

# DOCTRINA DIGITAL

[www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar)

**FRANCISCO A. M. FERRER**

Coordinador

## DOSSIER DE DERECHO SUCESORIO

*Ley 27.587 de reformas al Código Civil  
y Comercial en materia de sucesiones*

JORGE OSVALDO AZPIRI - MARCOS M. CÓRDOBA

FRANCISCO A. M. FERRER - JORGELINA GUILISASTI

ESTEBAN M. GUTIÉRREZ DALLA FONTANA

MARIANA B. IGLESIAS - GÉRONIMO JOSÉ MARTÍNEZ

GRACIELA MEDINA - OLGA ORLANDI - FERNANDO PÉREZ LASALA



**RUBINZAL - CULZONI**  
**EDITORES**

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - 1013 Buenos Aires

Salta 3464 - Tel. (0342) 401-9300 - 3000 Santa Fe

[editorial@rubinzal.com.ar](mailto:editorial@rubinzal.com.ar) - [www.rubinzal.com.ar](http://www.rubinzal.com.ar)

[www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar) - [www.facebook.com/rubinzal.culzoni](https://www.facebook.com/rubinzal.culzoni)

Doctrina digital. Dossier de derecho sucesorio / Graciela Medina  
... [et al.] ; coordinación general de Francisco A.M. Ferrer.- 1ª ed.  
revisada.- Santa Fe : Rubinzal Culzoni, 2021.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: online  
ISBN 978-987-30-2251-7

1. Derecho. I. Medina, Graciela. II. Ferrer, Francisco A.M., coord  
CDD 346.052



Esta obra se publica bajo una Licencia Creative Commons de Atribución – No Comercial – Sin Obra Derivada (by-nc-nd).

Se permite el uso personal, la reproducción y puesta a disposición de terceros sin fines comerciales. Velando por el respeto de los derechos intelectuales, se deberá mencionar la autoría y a Rubinzal Culzoni Editores en todos los casos. No se permite la generación de obras derivadas.

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

---

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

## ÍNDICE

<i>Presentación</i> , por FRANCISCO A. M. FERRER . . . . .	4
<i>La ley 27.587 de reformas al Código Civil y Comercial en materia de sucesiones</i> , por JORGE OSVALDO AZPIRI . . . . .	5
<i>Donaciones. Agravamiento de las incertezas</i> , por MARCOS MAURICIO CÓRDOBA . . . . .	14
<i>Consecuencias de una reforma apresurada y cuestionable</i> , por FRANCISCO A. M. FERRER . . . . .	25
<i>Las tensiones expuestas a raíz de la modificación introducida al artículo 2386 del Código Civil y Comercial de la Nación</i> , por JORGELINA GUILISASTI . . . . .	37
<i>Un nuevo atentado contra el sistema legitimario</i> , por ESTEBAN M. GUTIÉRREZ DALLA FONTANA . . . . .	45
<i>Interpretación de las reformas a la acción de reducción en el sistema de Derecho Privado argentino</i> , por MARIANA B. IGLESIAS . . . . .	51
<i>Afectación de la legítima hereditaria</i> , por GERÓNIMO JOSÉ MARTINEZ . . . . .	73
<i>Modificación a la acción de reducción. Ocho razones que avalan la reforma</i> , por GRACIELA MEDINA . . . . .	86
<i>Las modificaciones a la reducción y el régimen de protección de la legítima: quita de coherencia al sistema y transgresión de principios constitucionales</i> , por OLGA ORLANDI . . . . .	96
<i>La nueva ley 27.587 sobre reducción y colación de donaciones. ¿El fin justifica los medios?</i> , por FERNANDO PÉREZ LASALA . . . . .	117

## PRESENTACIÓN

La editorial Rubinzal-Culzoni nos encomendó preparar un número especial de *Doctrina digital* sobre el contenido de la ley 27.587 de reformas al régimen de la acción de reducción de donaciones efectuadas por el causante en perjuicio de sus herederos legitimarios, en cuanto importa una modificación sustancial del régimen protectorio de las legítimas hereditarias, tema que por más de cien años ha sido motivo de estudios y arduos debates y tratamiento en numerosas jornadas nacionales de Derecho Civil, e incluso durante el trabajo de la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación, que se decidió por mantener el sistema tradicional, estructuralmente modificado ahora por esta imprevista reforma.

El objetivo de este *dossier* ha sido entregar a los lectores un panorama ilustrativo de las reformas sancionadas, con un comentario crítico de los especialistas en Derecho Sucesorio, desde las distintas perspectivas de los autores: pues hay quienes ven favorablemente estas reformas, o las aceptan parcialmente, y también hay quienes la rechazan de plano, quizás la mayoría.

Seguramente estos trabajos servirán como base para futuros análisis y estudios de los cambios legislativos consagrados, y en tal sentido el objetivo de esta publicación se habrá cumplido.

Agradecemos especialmente el esfuerzo de los prestigiosos profesores que generosamente han aportado sus importantes reflexiones y análisis para esta publicación, que no dudamos será de vital utilidad para los operados jurídicos.

FRANCISCO A. M. FERRER

# **LA LEY 27.587 DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN MATERIA DE SUCESIONES**

por JORGE OSVALDO AZPIRI

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El artículo 2386. 3. El artículo 2457. 4. El artículo 2458. 5. El artículo 2459. 6. Conclusiones.

## **1. Introducción**

La ley 27.587 ha introducido reformas a los artículos 2386, 2457, 2458 y 2459 del Código Civil y Comercial de la Nación que han quedado redactados como se comenta en el apartado siguiente.

El propósito de estas reformas es avanzar para que las donaciones dejen de ser títulos observables que afectan el tráfico inmobiliario, ya que esos actos jurídicos se encuentran supeditados a que no afecten la legítima de los legitimarios.

Se plantea entonces la disyuntiva entre el destino incierto que puede tener una donación ante la existencia de legitimarios y la circulación válida de actos jurídicos sobre bienes registrables.

Las normas que se comentan se inclinan por privilegiar la validez de dichos actos en aras de favorecer las operaciones que tengan como antecedente un acto a título gratuito.

Para lograr ese objetivo se centran en cuatro aspectos fundamentales. Por una parte, se modifica la solución anterior dada a la situación que contempla el artículo 2386 del CCCN al cambiar la acción de reducción por la acción de colación para brindar una respuesta a esa cuestión.

El segundo punto de inflexión se encuentra en el amparo del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso cuando el donatario o sus sucesores hayan constituido derechos reales sobre el bien donado evitando su extinción cuando prospera la acción de reducción.

La tercera modificación tiende a limitar el aspecto reipersecutorio de la acción de reducción permitiendo que se pueda desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota de legítima.

Y finalmente, se consagra el principio de que el conocimiento de la donación dentro de los antecedentes dominiales no implica actuar con mala fe.

Es evidente que la pulsión existente entre el tráfico inmobiliario y la protección de la legítima ha quedado zanjada a favor de la primera de las alternativas.

O dicho de otra manera, cuando se conceden mayores derechos a los donatarios y sus subadquirentes se están cercenando derechos de los legitimarios.

Frente a este claro espíritu de las nuevas normas, pasaré a comentar brevemente cada modificación en particular.

## **2. El artículo 2386**

La nueva norma establece: “*Donaciones inoficiosas*. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero”.

La reforma consiste en que antes se contemplaba la acción de reducción por el valor del exceso y ahora se alude concretamente a la acción de colación con la consiguiente compensación de la diferencia en dinero.

La cuestión había dividido a la doctrina con anterioridad a la sanción del CCCN pero en los Fundamentos del Anteproyecto expresamente se expuso: “Se proyecta solucionar un problema oscuro en la doctrina nacional: el de si las donaciones que exceden la suma de la porción disponible y la porción legítima del donatario están sujetas a reducción o si sólo se debe el valor excedente a modo de colación. Se

ha estimado preferible la solución según la cual, aunque haya dispensa de colación o mejora, esa donación está sujeta a reducción por el valor del exceso”.

Esta modificación no es menor sino que tiene una importancia significativa. Ello es así porque como la colación se hace en valores y no en especie, se concreta mediante una operación contable pero nunca con la reipersecución del bien donado.

Esto trae aparejado que el descendiente o cónyuge donatario conservará el bien donado y podrá transmitirlo libremente y con títulos perfectos a terceros, mutando su obligación a entregar una suma de dinero para compensar la diferencia entre el valor de lo que efectivamente recibió por donación y lo que le correspondía por su cuota hereditaria más, en su caso, lo atribuido por dispensa o mejora en la medida de la porción disponible.

Como consecuencia de ello, ya no serán aplicables al caso las normas referidas a la reducción total o parcial de la donación, la cuestión sobre los derechos reales constituidos por el donatario, los casos de percimiento total o parcial del bien donado o la insolvencia del donatario. Tampoco serán aplicables las normas referidas a los derechos reales constituidos por el donatario o la posesión del bien durante diez años (arts. 2453, 2454, 2455, 2456, 2457 y 2458).

Por lo tanto, el donatario tendrá que compensar la diferencia que corresponda en dinero pero no podrá cuestionarse la validez de los actos que pueda haber realizado respecto del bien donado.

Se cumple de este modo el propósito de la nueva ley de asegurar el tráfico inmobiliario.

Se había cuestionado también la ubicación de dicha norma dentro del capítulo de la colación cuando en realidad se refería a un caso de reducción, situación que ahora queda solucionada al encuadrarse concretamente la acción de colación<sup>1</sup>.

También es preciso tener en cuenta que si ha mediado dispensa o mejora en todo o en parte de la porción disponible, el cálculo final del valor a colacionar deberá tomar en cuenta esas circunstancias.

<sup>1</sup> Ver AZPIRI, Jorge O., *Derecho Sucesorio*, 5ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, p. 230.

Por supuesto que, frente al caso que se comenta, la obligación del descendiente o del cónyuge de colacionar se materializa con una menor atribución de bienes porque ya ha sido beneficiado con un anticipo de la herencia, o bien, si aquellos no fueran suficientes, con una compensación en dinero a favor de los restantes coherederos.

Debe recordarse al respecto que la Corte Suprema de Justicia tiene establecido: “La colación se convierte en una deuda pecuniaria si la cuota de la persona obligada no alcanza a compensar el valor de la donación, por haber recibido en vida más de lo que le tocaba en la sucesión, en cuyo caso tiene que pagar en efectivo la diferencia”<sup>2</sup>.

En caso de insolvencia del descendiente o cónyuge que no pueda compensar con el valor de otros bienes o en dinero el perjuicio sufrido por los otros coherederos, se habrá quebrado la igualdad entre los coherederos y afectado la legítima de éstos.

### **3. El artículo 2457**

La redacción que se le ha dado a esta norma es la siguiente: “*Derechos reales constituidos por el donatario*. La reducción extingue con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. Sin embargo, la reducción declarada por los jueces no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso”.

Se ha agregado el segundo párrafo a la norma anterior, mediante el cual se establece una importante excepción a la regla de la extinción de los derechos reales cuando prospera la acción de reducción.

Esto significa que en el caso de que la acción de reducción haya sido receptada, el bien registrable deberá volver a poder del legitimario con los derechos reales que se hubieran constituido sobre dicho bien, en la medida que el tercero haya sido de buena fe y el acto haya sido a título oneroso.

El caso que contempla la primera parte de la norma se materializa cuando el donatario ha constituido un derecho real sobre el bien do-

<sup>2</sup> E. D. 186-437.

nado, por ejemplo, una hipoteca en garantía de un mutuo, y luego es vencido en la acción de reducción.

En tal supuesto, en principio el bien debe ser restituido al legitimario libre de todo gravamen, sin perjuicio de la subsistencia respecto del donatario y el tercero de la deuda originaria, pero ya sin la garantía real.

La excepción incorporada por la nueva norma significa que si el tercero es de buena fe y el acto fue realizado a título oneroso, el derecho real subsiste.

Ello trae como consecuencia que el bien registrable deberá ser reintegrado al legitimario con el gravamen que lo afecta, lo que disminuirá su valor y, producto de ello, en la medida que no quede salvada la legítima, podrá continuar con la reducción de otros bienes.

Y si no hubiere otras donaciones a reducir, quedará indefectiblemente afectada la legítima.

Para que esta excepción pueda tener lugar es imprescindible que el tercero sea de buena fe.

Según las disposiciones actuales, hay buena fe si no se conoce ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad (art. 1918).

Además hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 1919 del CCCN la buena fe se presume, salvo prueba en contrario.

Ahora bien, según el artículo 1565 se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante. A este respecto, se aplican los preceptos de este Código sobre la porción legítima.

Un acto, en este caso una donación, es inoficiosa cuando el actor no respeta los límites que a su voluntad fija la ley. Ese acto surtirá sus efectos hasta el límite legal y el resto devendrá en un acto parcialmente ineficaz.

La donación hecha en vida por el causante es un acto plenamente válido pero sujeto a la condición de que, al producirse su fallecimiento, no se haya superado la porción disponible, en cuyo caso será calificada como inoficiosa.

Nótese al respecto que el artículo 392 protege a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso aunque el acto sea nulo, por lo que con mayor razón debe existir este amparo ante la donación válida en el momento en que se otorga pero con la posibilidad de que sea en su oportunidad considerada inoficiosa.

Lo que resulta de la reforma es que cuando en los antecedentes dominiales exista una donación, el tercero no será considerado de mala fe, como ocurría hasta el presente.

Y si además el derecho real responde a un acto oneroso, el legítimo deberá recibir el bien con esa afectación.

Llegado a este punto, en el ejemplo que se está comentando, el tercero acreedor hipotecario podrá reclamar su crédito al legítimo que ha vencido en la acción de reducción y eventualmente ejecutar el bien registrable reintegrado.

Sin perjuicio, por supuesto, de la posibilidad que le cabe perseguir al donatario por el mutuo que ya no estará garantizado por el derecho real de hipoteca.

La observación que se hizo en su momento sobre el artículo 2457 en su redacción original, en el sentido de que era poco probable que exista interés de un tercero en constituir un derecho real sobre un bien que ha sido donado por cuanto había un riesgo cierto respecto de la subsistencia de la garantía<sup>3</sup>, ha quedado ahora superada.

En efecto, el acreedor podrá verse beneficiado porque no sólo mantendrá como deudor a quien constituyó el derecho real sino que también subsiste la garantía real sobre el bien ahora en poder del legítimo.

Sin duda, esta solución resulta disvaliosa para el legítimo aunque el propósito de la reforma ha sido favorecer al acreedor que ha contratado de buena fe y a título oneroso. Con ello, vuelven a estar en el tráfico inmobiliario las donaciones para que se pueda constituir sobre esos bienes derechos reales sin que resulte perjudicado el acreedor.

<sup>3</sup> AZPIRI, ob. cit., p. 303.

#### 4. El artículo 2458

La disposición modificada dice así: “*Acción reipersecutoria*. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota de legítima”.

La reforma ha incluido tan sólo la salvedad referida a lo dispuesto en el artículo anterior.

Esto significa que el donatario no podrá desinteresar al legitimario abonando en dinero el perjuicio a la legítima cuando se hubieran constituido derechos reales sobre el bien donado. Y tal solución protege al donatario o a sus subadquirentes ya que no se extinguen los derechos reales constituidos sobre los bienes donados cuando ha mediado buena fe y título oneroso.

Ya antes de esta ley se ha sostenido: “Es sin duda la defensa de la circulación de los bienes registrables lo que justifica que el pago en dinero detenga los efectos reipersecutorios de la acción cuando el donatario o el subadquirente adquieren el bien registrable alcanzado por la liberalidad inoficiosa. El interés es la medida de la acción y justamente el pago en sucedáneo, al completar en dinero la legítima del afectado, privaría al legitimario de su interés en reivindicar la cosa”<sup>4</sup>.

Con ello, el efecto reipersecutorio de la acción de reducción queda desnaturalizado en la medida en que sea salvado el perjuicio sufrido por el legitimario en su protección legal con la entrega del dinero suficiente para resguardar su legítima.

De este modo, se reafirma la seguridad del tráfico inmobiliario al permitirse que el bien donado quede en poder del donatario o de sus subadquirentes siempre que se integre la legítima en dinero.

#### 5. El artículo 2459

Este artículo ha quedado redactado de la siguiente manera: “*Prescripción adquisitiva*. En cualquier caso, la acción de reducción no

<sup>4</sup> HERNÁNDEZ, Lidia y UGARTE, Luis, *Tratado de las sucesiones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. II, p. 404.

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. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”.

Dos son las modificaciones con relación a la redacción anterior.

La primera consiste en el agregado de la expresión inicial: “En cualquier caso” y esto significa que no tendrá relevancia alguna la forma en que se ha adquirido la posesión, ya sea que hubiera comenzado como una situación de hecho o que fuera consecuencia de la donación.

Tampoco resultará trascendente que el tercer adquirente lo haya hecho por un título gratuito u oneroso ya que la expresión utilizada comprende todos los supuestos.

Lo relevante será, entonces, que se haya podido demostrar la antigüedad de la posesión exigida por la norma y que en algún momento se ha perfeccionado el contrato de donación.

El segundo agregado se refiere a que no obstará a la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación.

Cabe reiterar aquí lo expuesto precedentemente respecto de la presunción de buena fe, pero lo relevante es que el donatario conoce que la donación puede ser declarada inoficiosa por superar la porción disponible conforme lo dispone el artículo 1565.

Sin embargo, la posesión por el plazo establecido tornará improcedente la acción de reducción o, como sugerí en otra oportunidad, el bien no puede integrar la masa de legítima<sup>5</sup>.

La frase añadida se refiere sin duda a la situación del subadquirente que ha recibido el bien del donatario. Ya sea que la posesión por diez años se haya cumplido estando el bien donado en cabeza del donatario o que tal plazo se complete siendo ya propietario el subadquirente, lo importante es que éste será siempre considerado de buena fe.

Y esta modificación es esencial a la reforma porque implica que se sanea el título observable de la donación con el transcurso del plazo señalado sin que se pueda objetar el conocimiento del acto gratuito con la consiguiente posible inoficiosidad de la donación.

<sup>5</sup> Ob. cit., p. 307.

## 6. Conclusiones

Como se señaló al comienzo, el propósito de la reforma ha quedado clarificado con el comentario de los artículos en particular.

La valoración crítica de esta ley dependerá de la posición que cada autor adopte respecto a la protección de la legítima.

Para aquellos que sostienen que la legítima es una institución ponderable dentro de nuestro Derecho que se encuentra plenamente justificada, esta reforma será seguramente considerada inconveniente<sup>6</sup>.

Esto es así porque se resguardan los derechos de los donatarios y terceros en perjuicio de los derechos de los legitimarios que podrán ver menoscabada su protección legal.

Otra parte de la doctrina, sin duda minoritaria y en la que me he enrolado, que cuestiona la vigencia de la legítima tal como ha sido regulada y propone eventualmente su supresión con la consiguiente libertad de testar con la sola pervivencia después de la muerte de las obligaciones asistenciales que el causante mantenía en vida, apoyará esta reforma.

No es del caso reiterar aquí los argumentos que se han esgrimido sobre este tema, entre ellos el que subyace en esta nueva ley beneficiando el tráfico inmobiliario, pero lo cierto es que cabe hacer una reflexión sobre la subsistencia de la legítima.

Si la legítima es una institución ponderable debe resguardarse celosamente su intangibilidad, situación que se resiente gravemente con esta ley.

Por el contrario, se observa que cada vez más, a partir de la sanción del CCCN y ahora con esta ley, se ofrecen oportunidades legales para que la legítima sea violada<sup>7</sup>.

Resulta ser un contrasentido mantener una institución supuestamente esencial para la familia y al mismo tiempo brindar cada vez más amplias posibilidades de que se vulnere esa protección legal.

Tal vez, en algún tiempo sea necesario plantearse la necesidad de una modificación integral de este instituto.

<sup>6</sup> Ver, entre muchos otros autores, los argumentos a favor y en contra de la legítima en HERNÁNDEZ y UGARTE, ob. cit., t. II, ps. 245 y ss.

<sup>7</sup> Ver cómo se desprotege a los legitimarios en el CCCN; AZPIRI, ob. cit., p. 285.

# **DONACIONES. AGRAVAMIENTO DE LAS INCERTEZAS**

por **MARCOS MAURICIO CÓRDOBA**

SUMARIO: 1. La valiosa tarea constructora del Código Civil y Comercial. 2. Ámbito de alteración de la normativa sancionada. 3. La legítima, su fuente y la sociedad argentina. 4. La reforma sancionada lesiona la armonía legislativa en su conjunto. 5. Las tareas actuales del Derecho Privado. 6. El divorcio de la ley y la sociedad. 7. Las tareas incumplidas del legislador.

La Cámara de Diputados de la Nación sancionó la ley que reforma el Código de Derecho Privado en lo referente a la acción de reducción de donaciones. El Proyecto había sido sancionado por la Cámara de Senadores. Consiste en la modificación de los artículos 2386, 2457, 2458 y 2459 del Código Civil y Comercial de la Nación.

## **1. La valiosa tarea constructora del Código Civil y Comercial**

Esta estructura jurídica reemplazó al Código Civil argentino que tuvo vigencia entre el 1º de enero de 1871 y el 1º de agosto de 2015. No sólo sustituyó la materia del Derecho Civil, sino que también, en un mismo cuerpo normativo, se unificaron normas contenedoras de todo el Derecho Privado, reemplazando asimismo el antiguo Código de Comercio y leyes complementarias de ambas codificaciones. La normativa incorporada al Derecho argentino desde hace un lustro atrás no sólo logró armonizar las normas del Derecho Civil y Comercial, sino que provocó la constitucionalización del Derecho allí contenido

y logró una composición armónica de normas de estas naturalezas diversas con estricto respeto de las jerarquías normativas. Causó lo que se denominó un diálogo de fuentes. La tarea que llevó a ese objeto tuvo una larguísima historia, que la podríamos sintetizar a partir del Anteproyecto de Bibiloni, el de la Comisión de 1936; el Anteproyecto del Ministerio de Justicia dirigido por el doctor Jorge Llambías de 1954 y, a partir de la década de 1980, los nueve intentos unificadores que tuvieron su primera manifestación específica en la ley 24.032, que resultó vetada totalmente por decreto 2719/91, que proponía la mencionada relación normativa. Tal lo dicho, fueron nueve los intentos para tal logro, entre los que podemos destacar la sanción de diputados del Proyecto elaborado por la Comisión Federal de Juristas de 1993; el Proyecto de 1998 que sirvió de base a la estructura contenida en el Código vigente.

En la actualidad, en las universidades de mayor prestigio de los países que informan influyendo en la construcción del Derecho continental, se estudia y ejemplifica con la obra argentina<sup>1</sup>.

En definitiva, la evolución jurídica de la República Argentina se obtuvo mediante un progreso necesario y suficiente a efectos de producir con la ley el elemento que hace a su primera finalidad que es proveer un elemento tendiente a la armonía en la relación intersocial, respetando el estándar moral de la sociedad a la que va dirigida, es decir, del grupo de personas de las cuales se extrae su cultura para calificarla, clasificarla y otorgarle consecuencias jurídicas. Ese proceso requirió de la participación de toda la comunidad, la que intelectualmente pueda realizar la calificación y clasificación de los acontecimientos sociales y también aquella otra que no es la que produjo el aporte científico, sino el que proveyó el material antecedente mediante la manifestación de su conducta habitualizada que superó el tamiz del estándar moral del grupo que luego resultó el sujeto de la organicidad de la estructura jurídica. El fruto de ello, en cuanto a los actos de la vida cotidiana del sujeto común, está constituido por el Código Civil y Comercial de la Nación. Su redacción final resultó

<sup>1</sup> Sapienza Universidad de Roma. Dottorato di Ricerca in Autonomia Privata, Impresa, Lavoro e Tutela dei Diritti nella prospettiva Europea e Internazionale, 2019.

del consenso de los legisladores de ambas Cámaras del Congreso de la Nación Argentina, reunidos en Comisión Bicameral. Ellos trabajaron sobre la propuesta que el Poder Ejecutivo les remitió, que les fue aportada por una Comisión de Juristas designados por el poder administrador, integrada por tres de los más destacados estudiosos ejercientes del Derecho argentino. Dos mujeres, una miembro de un superior tribunal de justicia provincial de inmenso reconocimiento y de gran prestigio internacional, la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci. La otra integrante de esta Comisión fue la profesora Elena Highton, catedrática de dos materias de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, institución educativa calificada entre las cien más prestigiosas del mundo<sup>2</sup>. Esta profesora, además, realizó una extensa carrera en la justicia nacional en lo civil y como ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al igual que el tercer integrante, me refiero al doctor Ricardo Lorenzetti, quien también es profesor titular de la Universidad de Buenos Aires y de la prestigiosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. La Comisión del Ejecutivo, a pesar de poseer la fortaleza de los antecedentes de construcción intelectual de sus tres miembros, ejerció la virtud de convocar a quienes consideró el casi centenar de juristas argentinos que acreditaron la mayor aptitud para aportar a esa tarea respetuosa de una evolución de 145 años producida por toda la sociedad jurídica argentina, a efectos de proveer la reforma del Código Civil y su unificación con el de Comercio.

## **2. Ámbito de alteración de la normativa sancionada**

La más destacada doctrina argentina sostiene que la finalidad de la reforma consiste en suprimir el efecto reivindicatorio de la acción de reducción. Ferrer explica que “esta acción funciona cuando donaciones efectuadas por el causante exceden la cuota de su herencia que la ley le permite disponer libremente y arrebata total o parcial-

<sup>2</sup> *La UBA: #75 del mundo y mejor Universidad de habla Hispana*, en <http://www.uba.ar/internacionales/noticia.php?id=668#:~:text=Este%20a%C3%B1o%2C%el%20Ranking%20QS,%C3%BAnica%20universidad%20latinoamericana%20y%20gratuita.>

mente la cuota legítima reservada a los herederos legitimarios o forzosos. La acción persigue dejar sin efecto la donación en la medida necesaria para cubrir la legítima afectada. No se anula, sino queda resuelta por cumplirse la condición resolutoria a la que estaba sujeta esa donación, es decir, la de lesionar la legítima del heredero forzoso del donante. Por lo cual, si el donatario ha enajenado el bien donado, al quedar sin eficacia la donación, como si no se hubiese realizado, se abre la acción reipersecutoria contra el subadquirente, porque la ha adquirido de alguien que no tenía derecho sobre el bien enajenado. Y esto tiene importancia relevante cuando el donatario ha caído en la insolvencia, pues careciendo la acción de su alcance reivindicatorio el arrebato de la cuota legítima del heredero o de los herederos perjudicados quedaría consumado y burlada la protección patrimonial sucesoria de la familia”<sup>3</sup>.

### **3. La legítima, su fuente y la sociedad argentina**

Considerando que las normas de orden público atienden intereses generales y que ello no implica intereses universales, se justifica el contenido de las disposiciones de este orden en un derecho que atiende el interés general del grupo denominado “familia” en el cual el Estado basa la organización social, no siendo éste el único elemento tenido en consideración, pues existe un interés social amplio en la certeza de la consecuencia de continuidad de los negocios jurídicos del causante, pues si ello no fuese así no existiría el crédito ni las obligaciones de cumplimiento continuado. Recordemos que la muerte constituye el hecho generador de la producción más intensa de efectos jurídicos. Desencadenamientos de tal ímpetu provocan la creencia de la necesidad de normas que regulen sus circunstancias atendiendo todo cambio que pueda privar de armonía la interrelación social<sup>4</sup>. Destacamos que 149 años después de la entrada en vigencia del Código velezano, el sistema sigue vigente, en otro texto legal, ajustado a la idiosincra-

<sup>3</sup> FERRER, Francisco A. M. y GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban M., *La amputación de la acción de reducción*, en L. L. del 2-12-2020.

<sup>4</sup> CÓRDOBA, Marcos M., *Orden público en el Derecho Sucesorio*, en L. L. del 18-11-2015, p. 1.

sia de la sociedad donde debe aplicarse, pues como decía Rousseau no se puede legislar sin considerar al pueblo destinatario de dicha legislación. Se argumenta que el fundamento de la sucesión legítima, junto con la supuesta voluntad del fallecido, es la solidaridad familiar<sup>5</sup>.

Explica Troplong que el principio de reserva en beneficio de ciertos parientes cercanos tiene su origen en el Derecho natural y el Código lo ha organizado sabiamente<sup>6</sup>.

Calificada doctrina francesa expone que cuando el padre de familia deja antepasados e hijos, es una ley natural que no le permite gastar todo su patrimonio en donaciones arbitrarias. La razón, el afecto y el interés familiar lo animan a asegurar a los demás y a sus hijos una parte razonable de sus posesiones<sup>7</sup>. En lo esencial ése es el Estado del Derecho que subsiste. Doctrina autoral argentina sostiene que el fundamento de la legítima está basado en la protección del interés familiar, considerando que el Derecho Sucesorio debe efectuar un mayor reconocimiento de la autonomía privada en el orden familiar, armonizando ello con los límites que imponen valores tales como el contenido en los principios éticos de solidaridad, asistencia, equidad y protección en función de las necesidades fundamentales de los miembros del grupo familiar<sup>8</sup>.

Fulchiron afirma que la cuestión de la solidaridad entre generaciones es, sin duda, una apuesta fundamental para el mundo contemporáneo. Si bien la naturaleza y las formas de estas solidaridades están estrechamente ligadas a las estructuras de cada sociedad, a su historia y su cultura, a su concepción de parentesco y alianza, a su construcción de lazos familiares, muchos fenómenos trascienden esta diversidad y plantean desafíos similares a todos los países. El alargamiento de la vida, la urbanización de las poblaciones, los cambios

<sup>5</sup> TORRENTE, A. y SCHLESINGER, P., *Manuale di Diritto Privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, ventunesima edizione, Giuffrè, Milano, 2013, p. 1296.

<sup>6</sup> TROP LONG, M., *Droit Civil expliqué. Des donations entre-vifs et des Testaments*, Administration du Journal des Notaires et des Avocats, Paris, 1862, t. 2, p. 123.

<sup>7</sup> TROP LONG, *Droit Civil expliqué...* cit., p. 126.

<sup>8</sup> MAQUIEIRA, M. y VANELLA, V., *La legítima hereditaria. Voluntad presumida por la ley y voluntad testamentaria*, en DFyP, 2013 (diciembre), p. 111.

económicos, las dificultades para ingresar al mercado laboral, la ruptura de los modelos familiares tradicionales, el aumento de las separaciones y recomposiciones familiares, la contracción de la familia en torno al núcleo formado por padres e hijos, a veces por un solo progenitor y sus hijos, la individualización de las relaciones dentro de la familia, constituyen tantos fenómenos que marcan profundamente las sociedades contemporáneas. Se borran viejas solidaridades personales y patrimoniales, surgen nuevas formas de solidaridad, re-diseñando las relaciones y planteando, a veces de manera dramática, el problema del destino de las personas más frágiles: los niños, los enfermos, los discapacitados y, especialmente, los ancianos<sup>9</sup>. Lo expuesto por el jurista francés encuentra identidad con la circunstancia sociojurídica de la República Argentina. Las nuevas formas de familia han causado que el único elemento común a todas ellas sea la solidaridad, pues hoy se reconocen consecuencias jurídicas, aunque diversas, a grupos basados en el vínculo matrimonial y a otros en los cuales éste no existe. La consanguinidad no es un elemento imprescindible para el reconocimiento de los vínculos parentales, ni tampoco la convivencia. Los deberes-derechos se han flexibilizado, pero sin embargo la solidaridad ha ampliado el alcance de los sujetos involucrados y así hoy la simple permanencia en una convivencia es apta para causarlos. Hoy, en Argentina, puede definirse a la familia como el grupo de personas alcanzado por las consecuencias de las normas que rigen la filiación, el matrimonio y las relaciones análogas a éste. Esta nueva concepción familiar no se encuentra aún reflejada en la transmisión sucesoria, aunque sí ha ocurrido un notable avance en el involucramiento de la solidaridad en materia sucesoria.

Éstos son los motivos por los que se impulsa que el Derecho de Sucesiones que se construya en Argentina continúe proveyéndose de los elementos que en valores morales le resulten afines y respondan a su historia cultural para que la producción del Derecho se enriquezca mediante los elementos “de otro” o “desiguales”, y se produzca aplicación hétero mejoradora, o en términos de los genetistas “el *vigor*

<sup>9</sup> FULCHIRON, H., *Les solidarités entre générations: Un défi pour le monde contemporain*, en *Derecho Moderno. “Liber Amicorum”* Marcos M. Córdoba, Rubinza-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. III, ps. 629-630.

*híbrido*, es decir, la mayor fortaleza proveniente de los aportes de diferentes características: la superación por la combinación de virtudes mediante la exogamia”<sup>10</sup>.

En ello Fulchiron propone afirmar una ética de solidaridad cuyo requisito fundamental, tanto moral como legal, implique respetar a la persona vulnerable.

El Derecho argentino, inspirado entre otros por el Derecho de la República de Cuba, en cuanto éste atiende específicamente cuestiones especiales derivadas de la discapacidad en el ámbito del Derecho de Sucesiones, incluso en un capítulo específico del Código Civil denominado *Herederos especialmente protegidos* ha introducido la norma contenida en el artículo 2448 del Código Civil y Comercial, que crea una mejora especial en favor de herederos con discapacidad, permitiendo que el causante los beneficie, además de con la porción de libre disponibilidad, con un tercio de la legítima. El impulso hacia la búsqueda de un objeto que reconociese una mayor función social de la herencia resultó parcialmente estéril pues la propuesta que efectué al legislador comprendía además, en el mismo beneficio, a aquellos sujetos que habían sacrificado su capacidad productiva o social para asistir al causante. La intención consistió en que, si bien la legítima continuara siendo un elemento de protección familiar, ésta no se basara en pautas objetivas de igualdad sino en elementos subjetivos de equidad y que, así como a los discapacitados se les ha logrado equiparar en parte las consecuencias desvaliosas de su carencia de algunas de las aptitudes de desempeño, la misma equiparación pudiese resarcir al miembro de la familia que, con su obrar solidario, sacrificó su interés individual.

En definitiva, la protección del Derecho Sucesorio, desde la concepción aquí expuesta, intenta que las funciones atribuidas como tareas de las instituciones que componen el Derecho Sucesorio tengan su fundamento en la equidad y no en la igualdad, y que esa equidad sea sostenida por los elementos que la sociedad a la cual se dirigen las

<sup>10</sup> CÓRDOBA, M. M., *La diversidad enriquecedora*, en *Seminario Permanente sobre Investigación del Desarrollo de las Ciencias Jurídicas por Incidencia de la Evolución de la Ciencia Biológica y de las Transformaciones Sociales*, Centro de Altos Estudios en Ciencias Sociales, Universidad Abierta Interamericana, 2012.

normas considere valiosos, destacando que tal requisito en el estándar moral de la sociedad argentina, lo cumple en contenido el principio general de solidaridad. El desafío debe atender que las distribuciones de la herencia no deben respetar sólo equivalencias cuantitativas, pues en aquellas relaciones jurídicas donde se involucran elementos patrimoniales y extrapatrimoniales, no es sólo lo cuantitativo lo que justifica el interés, pues lo cualitativo<sup>11</sup> generalmente reconoce una mayor vinculación con lo afectivo y con otros elementos que hacen a la dignidad humana.

La legítima hereditaria persistió, se ajustó y se amoldó a las nuevas realidades, a las sociedades del siglo XXI, manteniendo el legislador moderno su vigencia, con fundamento en la protección familiar y en la solidaridad intergeneracional.

En la misma senda, vemos que la institución legitimaria constituye un límite razonable para el ejercicio del derecho de propiedad y para el tráfico de bienes, pues como lo hemos desarrollado, el hombre antes que pensar en liberalidades por actos entre vivos o *mortis causa*, debe pensar y observar sus deberes personales y familiares.

Por último, ella es un instrumento para lograr ese objetivo, satisfaciendo en primer lugar el interés familiar en la persona de cada uno de sus integrantes<sup>12</sup>, lo cual se hace extensivo al de la comunidad en la cual se inserta y que el Estado a través de sus poderes constituidos debe proteger, pues si las leyes de la Nación descuidan las garantías positivas que deben dar a la existencia de las familias, atenta contra su propia estabilidad, toda vez que de la buena y sólida organización de aquéllas depende la prosperidad y bienestar de la sociedad<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> TULLIO, A., *I limite all'autonomia testamentaria: l'intangibilità dei diritti di riserva. Il divieto di pesi e condizioni*, en *Derecho Moderno. "Liber Amicorum" Marcos M. Córdoba* cit., t. III, ps. 593 y ss.

<sup>12</sup> BARBA, Vincenzo, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coord.), *Hacia un nuevo Derecho de Sucesiones*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, ps. 38/39. Citado por GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban Matías, *La protección de la familia como política del Estado constitucional de Derecho a través de la legítima hereditaria*, tesis doctoral, en biblioteca UCSF.

<sup>13</sup> ÁLVAREZ, Osvaldo O., *La figura de la legítima en el Derecho argentino*, en CONTE GRAND, Julio (dir.) y DE REINA TARTIÈRE, Gabriel (coord.), *Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario*, El Derecho, Buenos Aires, 2011, p. 645.

#### **4. La reforma sancionada lesiona la armonía legislativa en su conjunto**

Tal lo fundado, la estructura jurídica de la República Argentina se obtuvo mediante un progreso necesario y suficiente a efectos de producir con la ley el elemento que hace a su primera finalidad que es proveer un elemento tendiente a la armonía en la relación inter-social, respetando el estándar moral de la sociedad a la que va dirigida, es decir, del grupo de personas de las cuales se extrae su cultura para calificarla, clasificarla y otorgarle consecuencias jurídicas. De eso resultó una continuidad en la protección de la familia y una ampliación de los sujetos comprendidos en ella, con valorable respeto de las diversidades. En orden a la atención de los vulnerables se produjeron reconocimientos originales que destacan respecto a lo que resulta de la comparación de derechos con aquellas estructuras vigentes en los países con los que el nuestro tiene transferencia, tal la mejora estricta a favor de los discapacitados. La reforma daña la protección familiar y ello se agrava en aquellos supuestos en que las víctimas de tales agravamientos resulten ser los discapacitados, los niños, las personas vulnerables por edad avanzada.

#### **5. Las tareas actuales del Derecho Privado**

Los objetivos del Derecho de Sucesiones deben ser determinados en relación con las circunstancias del grupo social al que se dirigen las normas que los regularán. Ello requiere tener en consideración las tareas que deben ejecutarse para su logro. Esto es dependiente de los elementos que se involucren en ello, los que se encuentran condicionados por el estándar moral de cada sociedad.

#### **6. El divorcio de la ley y la sociedad**

En la construcción del Código Civil y Comercial de nuestro país, el legislador en muchos aspectos, luego de atender e ilustrarse con Carnelutti, Josserand, Savatier y Rodotà, siguiendo a De Lorenzo, ha optado por una solución basada en los valores haciendo prevalecer los extrapatrimoniales sobre los comerciales.

La reciente sanción legislativa coloca al Derecho argentino en dificultades para ser utilizado de modo seguro. Notables pensadores jurídicos plantean la inconstitucionalidad de la aplicación de sus normas y afirman que “Se ha privilegiado absolutamente el valor seguridad del tráfico jurídico, la estabilidad del contrato de donación, con desconocimiento total del valor que representa la familia y su protección patrimonial, que se ven desplazados sin que se haya admitido una propuesta o evaluado una solución intermedia, razonablemente equilibrada y conciliadora, entre ambos términos”<sup>14</sup>. La regulación normativa analizada es apta para dañar todo el delicado, riguroso y concienzudo sistema compuesto por derechos y obligaciones que previamente estaban perfectamente definidos.

Llama la atención que se desatienda la institución básica de la sociedad argentina para atender un reclamo de un sector que con lo resuelto no producirá los resultados anunciados, ante la creación de incertezas en la consecuencia de los actos. ¿Podrá prevalecer el interés patrimonial del tercero que, conector de la existencia del heredero discapacitado, intente hacer valer la determinación legal de su buena fe sobre los intereses del vulnerable?

## **7. Las tareas incumplidas del legislador**

El legislador es un intérprete de la realidad social cuya función de crear normas obligatorias debe realizarla con respeto a la subsistencia de aquellas que preexisten para no alterar el delicado equilibrio que el conjunto normativo requiere a efectos del cumplimiento de lo que el orden imperativo establece en los artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial. La ley, denominando así al conjunto de reglas y principios vigentes en el Derecho, tiene como primera tarea causar certeza en la consecuencia del obrar para dar así seguridad al sujeto. Sólo así cumple la finalidad de ser un elemento que aporta a la armonía en la relación intersocial. Las normas introducidas por las recientes sanciones legislativas crean un estado de incerteza que inhibirá a los sujetos del derecho a arriesgarse en el comercio jurídico, ya

<sup>14</sup> FERRER y GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, *La amputación de la acción de reducción* cit.

que la tendencia legislativa y lo que anuncia la doctrina jurisprudencial indican que la jerarquía normativa impulsada por la República Argentina a elevar a supralegalidad a las convenciones internacionales que protegen a niños, discapacitados y mayores adultos, provocarán la preeminencia de los intereses por ellas garantizados frente a la regla común contenida en el Código emparchado.

## **CONSECUENCIAS DE UNA REFORMA APRESURADA Y CUESTIONABLE**

por FRANCISCO A. M. FERRER

SUMARIO: I. Introducción. II. Una modificación retrógrada: el artículo 2386. III. La buena o mala fe del subadquirente de un bien donado en el régimen del Código Civil y Comercial. IV. El nuevo régimen de la ley 27.587. V. Conclusión.

### **I. Introducción**

Con la sanción de la ley 27.587 se consagró sorpresivamente una trascendente reforma sobre un aspecto fundamental del Derecho Sucesorio, que implica la práctica derogación del régimen protectorio de las porciones legítimas de los herederos forzosos. Se logró a instancias de la corporación notarial, con singular rapidez y sin el más mínimo debate sobre su conveniencia, sus efectos y coordinación con las normas de orden público del sistema de legítimas que siguen rigiendo. Una presentación formal instrumentada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) ante las autoridades de la Cámara de Diputados no tuvo respuesta alguna. Menos se requirió la opinión de los especialistas en la materia, de los institutos de Derecho Civil de las universidades y de las organizaciones sociales interesadas, como lo hizo en su oportunidad la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial, la cual consagró en esta materia lo que fue la expresión ampliamente mayoritaria de los estamentos consultados. Aquí, la parcialidad del colectivo que motorizó la sanción determinó que no hubiera un amplio debate sobre esta trascendente cuestión sucesoria, y se obtuvo en un momento particularmente especial de nuestro país, sumido en el marco de la tremenda conmoción sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19.

Se han modificado cuatro artículos: 2386, 2457, 2458 y 2459, con la finalidad de suprimir el efecto reipersecutorio de la acción de reducción, y brindar estabilidad a la donación que ha efectuado el futuro causante a un heredero forzoso, a un tercero, y por ende, garantizar la seguridad del tráfico jurídico. Con ello pasa a un segundo plano la protección patrimonial de los herederos forzosos, a quienes se los deje inermes frente a los actos de disposición a título gratuito del causante. En una palabra, en la tensión entre el tráfico jurídico y la familia, parece que ha vencido la seguridad del tráfico jurídico, desplomándose la defensa sucesoria de la familia.

Pero el apresuramiento e improvisación dejan muchas cuestiones pendientes, sombras, dudas y confusión, que serán, sin duda, fuente de litigios.

## **II. Una modificación retrógrada: el artículo 2386**

En el Código Civil estaba previsto que toda donación a un heredero forzoso sólo importaba un anticipo de su porción hereditaria, es decir, una entrega a cuenta que se debía computar al momento de practicar las operaciones particionarias y formación de la porción hereditaria del heredero donatario. Esto se lograba mediante el mecanismo de la colación y la obligación de los descendientes y ascendientes de aportar a la masa hereditaria los valores dados en vida por el causante (arts. 3476 y 3477, CC).

Ahora bien, si tomamos el caso común, de acuerdo al régimen del antiguo Código el valor del bien donado al descendiente, se concebía como un anticipo de su porción hereditaria, por lo cual podía ser un anticipo parcial de dicha porción, y la diferencia se debía cubrir con bienes hereditarios, o bien el valor de la donación coincidía con el valor del lote del heredero donatario, y su porción quedaba cubierta no teniendo derecho a recibir ningún hereditario.

Lo que no estaba previsto era que el valor de la donación superase el monto de la hijuela o lote del heredero donatario, y ya no existan bienes en la herencia para compensar ese valor a los otros descendientes o al cónyuge. Y aún más: si hubiera mediado mejora o dispensa de la colación, puede suceder también que el *donatum* haya excedido

ambas porciones, la disponible y la legítima del donatario. Ese exceso que ha recibido el donatario es precisamente la porción que les falta a sus coherederos para cubrir sus cuotas legítimas, pues en la herencia ya no quedan bienes para cubrirles ese faltante. El causante ha donado al descendiente los bienes más importantes y valiosos de su patrimonio. La situación no estaba contemplada en el Código de Vélez, por lo cual la solución doctrinal y jurisprudencial predominante fue la creación de un crédito en dinero a favor de los coherederos por el valor del faltante para integrar su cuota legítima, que se impuso a cargo del heredero donatario, con el fundamento constitucional del principio de igualdad y proporcionalidad que debe regir entre los herederos<sup>1</sup>.

Mientras el heredero donatario tuviese solvencia para pagar el crédito no hubo problemas. Pero advertidos de esta solución jurisprudencial, fueron apareciendo casos en que el crédito se tornó incobrable porque el heredero donatario resultaba insolvente. Y burlaba de tal modo a sus coherederos. La jurisprudencia debió seguir avanzando para impedir esta vulneración del sistema legal legitimario, y de los principios de igualdad de los herederos y de protección integral de la familia (arts. 14 bis y 16, CN), puesto que de consentirlo se consagraba en la práctica una desheredación indirecta de los herederos forzosos perjudicados. Y lo logró aplicando por analogía a estas donaciones las reglas de la reducción y su efecto reipersecutorio que persigue a los subadquirentes, previstas para las donaciones a terceros extraños a la familia. Esta solución justa lograda por la jurisprudencia y aprobada por la doctrina prácticamente unánime<sup>2</sup>, ha partido de una

<sup>1</sup> CCiv. Cap., en pleno, 11-6-1912, J. A. 5-1; CFed. de Paraná, 28-8-40, J. A. 72-408; CNCiv., sala A (voto del Dr. Llambías), 8-11-68, J. A. 1970-8-3; CCCom. de Rosario, sala 4ª, 25-10-76, Zeus 11-R. 10, fallo 474; CCCom. de Santa Fe, sala 2ª, 15-5-78, L. L. Supl. Provincial 1979-162 y ss.; etc. MÉNDEZ COSTA, María J., *Los herederos ante las ventas simuladas de su causante*, en *Estudios jurídicos notariales en homenaje a Carlos A. Pelosi*, N° 14, Instituto Argentino de Cultura Notarial, Buenos Aires, 1981; SPOTA, Alberto G., *Donación disfrazada, acción de reducción y dispensa de colación*, en L. L. 1986-B-85, etc.

<sup>2</sup> CNCiv., sala A, 29-8-85, L. L. 1986-B-85, etc.; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, 9ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, N° 996, y sus referencias; recomendación unánime aprobada por las XVIII Jornadas Nacionales

interpretación de la ley conforme a los postulados del artículo 2º del Código Civil y Comercial, teniendo en cuenta las finalidades de la ley, las normas análogas, las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos y los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Y se ha fundado en las garantías constitucionales de la propiedad (art. 17, CN) y de la herencia, su proyección necesaria amparada también por la Constitución según la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>3</sup>; en la igualdad de los herederos y en la protección integral de la familia (arts. 16 y 14 bis, CN), que comprende su protección patrimonial a través de las normas de orden público del Derecho Sucesorio.

Esta solución jurisprudencial fue receptada por el Código Civil y Comercial en el artículo 2386: “La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso”.

La nueva redacción al artículo 2386 vuelve todo para atrás, pues establece: “*Donaciones inoficiosas*. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero”.

Resulta claro, entonces, que suprime la acción de reducción y su efecto reipersecutorio; el perjuicio a la legítima lo convierte en el

de Derecho Civil (Buenos Aires, septiembre de 2001): “La acción de colación de que gozan los herederos forzosos no obsta el ejercicio de la acción de reducción por parte de los mismos cuando se encuentra vulnerada la legítima hereditaria”.

<sup>3</sup> CSJN, 30-6-41, *Fallos*: 190:159. La Corte en este fallo expresa: “La herencia no es, en nuestro país, un privilegio que fluya sólo de la ley, sino, una institución asegurada en la República por la Constitución Nacional, con la intangibilidad y preeminencia propias de las garantías consignadas en ella” (art. 31, CN). También lo sostienen: LAFAILLE, Héctor, *Curso de Derecho Civil. Sucesiones*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1932, t. I, N° 7; BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1995, t. I, p. 488, y *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 125; BADENI, Gregorio, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, t. I, ps. 460/461; QUIROGA LAVIÉ, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional argentino*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 203.

derecho a una compensación en dinero, o sea, en un crédito dinerario común como lo era al comienzo de la evolución jurisprudencial en este tema, con lo cual y habiendo caído en insolvencia el heredero donatario, queda consagrada la impunidad de la violación a los principios constitucionales citados, descartando de un plumazo la solución elaborada por los tribunales y apoyada por prácticamente la unanimidad de la doctrina jurídica argentina hasta el presente. Un verdadero retroceso legislativo que crea confusión, pues la normativa que regula la legítima sigue manteniendo su carácter de orden público: los legitimarios no pueden ser privados de su porción legítima por disposiciones testamentarias ni por actos entre vivos a título gratuito (art. 2444), y el testador no puede imponer gravámenes ni condición alguna a las porciones legítimas (art. 2447). A su vez, el artículo 12 del CCC establece que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público.

Por lo tanto, no dudamos que el antiguo cuestionamiento del crédito dinerario por su frustración para resarcir a los legitimarios perjudicados, se volverá a plantear<sup>4</sup> y con los mismos argumentos de orden constitucional para impugnar la solución retrógrada de la nueva norma.

### **III. La buena o mala fe del subadquirente de un bien donado en el régimen del Código Civil y Comercial**

Veamos rápidamente el régimen del Código Civil y Comercial.

El artículo 2457 disponía: “La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores”. Esta disposición es una consecuencia del carácter resolutorio de la reducción: si cae el dominio de titularidad del donatario, que es lo principal, con mayor razón deben hacerlo las restricciones y gravámenes que el donatario o el subadquirente le hayan impuesto al bien donado, puesto que son accesorios, como las hipotecas, servidumbres, usufructo, uso, habitación, superficie, etcétera. Los bienes

<sup>4</sup> Conf. GRIFFA, Florencia, *Algunas reflexiones acerca de los verdaderos alcances del Proyecto de Reforma al CCCN sobre donaciones inoficiosas y acciones de protección de la legítima*, N° II-A, en *Microjuris*, MJ-DOC-15617-AR, MJ15617.

retornan intactos al heredero, libres de todo gravamen<sup>5</sup>. Por supuesto, si la restitución fuera parcial, en la parte que continuase reteniendo el donatario o el subadquirente seguirán vigentes los derechos reales que hubiese constituido.

A su vez, el artículo 2458 del CCC expresaba: “El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, puede desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio de su cuota legítima”.

Por consiguiente, el heredero legitimario lesionado en su legítima por la donación del causante de bienes registrables tiene acción no sólo contra el donatario, sino también contra el subadquirente del mismo, sea a título oneroso o gratuito, e incluso contra los demás y eventuales subadquirentes sucesivos.

Los efectos de la reducción que contemplan estos dos artículos se producen contra los subadquirentes a título oneroso de bienes donados, por la circunstancia de que toda donación efectuada por quien tiene herederos forzosos presentivos es resoluble, por lo tanto da origen a un título de dominio imperfecto y vulnerable, sujeto a la condición resolutoria de que esa donación no perjudique la legítima de los herederos forzosos. Por lo tanto, quien adquirió en esas condiciones, sabe que la donación es un título imperfecto y que puede ser atacada cuando fallece el donante, si se comprueba que lesiona la legítima de los herederos forzosos del donante (arg. arts. 1565 y 2444). Si prospera la acción, se efectiviza la resolución de la donación y la deja sin efecto en la medida en que haya perjudicado la legítima del heredero accionante, y si el donante ha enajenado el bien, lo ha hecho a *non domino*, por lo cual esa enajenación cae y el subadquirente puede ser perseguido por el efecto reipersecutorio de la acción de reducción.

¿Pero este tercero podría invocar buena fe? Sí, pero es muy difícil que se configure porque para eso tendría que ser diligente y esta diligencia consiste en investigar y examinar los antecedentes del título de dominio del vendedor, tarea que le incumbe inexcusablemente al

<sup>5</sup> CNCiv., sala D, 16-6-2005, J. A. 2006-I-88.

propio adquirente y que constituye una condición ineludible de la buena fe del tercer adquirente demandado por reducción<sup>6</sup>. Resulta aplicable por analogía el artículo 1902, 3<sup>er</sup> párrafo, que lo exige para la prueba del justo título. Y para eso están los Registros (de la Propiedad, del Automotor, de los buques, de las aeronaves, etc.). Si de dicha investigación surge que el bien registrable que pretende adquirir, previamente había sido donado al vendedor, ya sabe entonces que el dominio que va a adquirir será un título vulnerable, pues la ley se presume conocida por todos (art. 8º, CCC). En consecuencia, se torna inviable en este caso la alegación de buena fe.

¿Podrá invocar el tercero demandado la protección que brinda a los subadquirentes de buena fe y a título oneroso el artículo 392 del CCC (antiguo art. 1051 del CC)? Claramente no, porque esta norma se refiere a que la transmisión antecedente haya sido anulada, y aquí no se trata de nulidad, sino de resolución de la donación, una vicisitud distinta no contemplada en la norma. Asimismo, el tercero adquirente no puede alegar buena fe porque, como hemos dicho, él debió realizar un examen de los antecedentes dominiales del bien que adquirió, de donde hubiese surgido la donación en la cadena de transmisiones, y en tal caso, hubiese adquirido conocimiento del riesgo que comportaba tal antecedente. Si no hizo la averiguación de antecedentes, no ha sido diligente ni puede, por lo tanto, invocar buena fe.

Tal era el régimen que rigió hasta la sanción de la ley 27.587. Veamos ahora las reformas introducidas.

#### **IV. El nuevo régimen de la ley 27.587**

La nueva redacción propuesta para el artículo 2457 es la siguiente: “*Derechos reales constituidos por el donatario*. La reducción extingue con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. Sin embargo, la reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre

<sup>6</sup> GUASTAVINO, Elías P., *La protección a terceros adquirentes de inmuebles*, en J. A., Doctrina, 1973-93, N° 11 y 12; ALTERINI, Atilio A., *Estudio de títulos*, en L. L. 1981-B-958; BELLUSCIO, Augusto C. y MAFFÍA, Jorge O., *Derecho Sucesorio*, Astrea, Buenos Aires, 2020, parág. 340, p. 378.

bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso”.

Y correlativamente modifica el artículo 2458 al que le agrega al comienzo el siguiente párrafo: “Salvo lo dispuesto en el artículo anterior”, y luego continúa con el mismo texto: “El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”.

La remisión al artículo anterior significa que queda a salvo el subadquirente de buena fe y a título oneroso.

Pero en ninguno de los dos preceptos nos indica en qué consiste la buena fe o la mala fe del tercero adquirente. Ni contienen remisión a otra norma que aclare el panorama.

En los escuálidos, mal redactados y confusos Fundamentos del Proyecto se menciona la última parte agregada por la ley al artículo 2459, según la cual “No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”, y se expresa que “La aclaración en la parte final del artículo forma parte de la protección que promueve el Proyecto, porque si bien el tercero puede tener conocimiento del acto jurídico originario (la donación) de la persona que le transmitió el bien, no necesariamente eso implica que pueda haber conocido respecto a la afectación de la legítima de un heredero forzoso”.

De acuerdo a los autores de esta reforma, habría que interpretar que la aclaración sobre la buena fe del subadquirente, del párrafo final del artículo 2459, integra también la noción de la buena fe de los terceros en los supuestos de los artículos 2457 y 2458. Por lo tanto el acreedor hipotecario o el subadquirente de un inmueble adquirido de quien lo hubo por donación, serían de buena fe aunque conociesen la existencia de la donación, y quedan a cubierto del efecto reipersecutorio de la acción de reducción. A contrario, sólo caerían dichos actos si se probase la mala fe de dichos terceros. Pero ¿en qué consiste la mala fe? La ley no lo aclara, como debiera<sup>7</sup>. En los

<sup>7</sup> En materia de petición de herencia la ley define la buena fe del tercero adqui-

Fundamentos del Proyecto de Ley se sugiere que habría mala fe si el tercero conocía que con la donación se violaba la legítima. Pero ¿cómo se prueba, si la lesión a la legítima recién se puede demostrar a la muerte del causante, cuando se forma la masa de cálculo para determinar su cuota y la porción disponible? Es, entonces, prácticamente imposible. Sólo en muy excepcionales casos se podría demostrar que el tercero adquirente conocía que con la donación ostensiblemente se lesionaba la legítima de los herederos forzosos: el padre que dona el bien más importante y de notorio mayor valor de su patrimonio al marido o conviviente de su hija, pero aun así éste podrá defenderse alegando que la consistencia del patrimonio es variable, puede aumentar o disminuir hasta la muerte del donante, por lo cual no se podrá saber hasta que ese acontecimiento ocurra.

La donación pasa, entonces, a ser un título perfecto, invulnerable, por más que despoje de su herencia a los descendientes o al cónyuge del causante, porque será prácticamente imposible demostrar que el subadquirente, aun cuando conociera el antecedente de la donación, y que el donante tenía herederos forzosos, conocía además el perjuicio que la donación causaba a los herederos legitimarios, porque la lesión a la legítima sólo se puede demostrar, como dijimos, después del fallecimiento del donante, haciendo los cálculos pertinentes con los bienes que dejó. Por lo cual siempre quedará cubierto del efecto reipersecutorio de la acción de reducción. En consecuencia, con este cambio conceptual desaparece virtualmente el efecto extintivo de la acción de reducción sobre los derechos reales constituidos por el donante o por el subadquirente sobre los bienes donados, como también, lógicamente, quedarán firmes los actos de enajenación de los mismos.

Los autores del Proyecto pretenden fundar este resultado inicuo afirmando que la norma propuesta está en concordancia con el artículo 392 del CCC, con lo cual confunden conceptos, porque ese artículo sólo contempla el caso de nulidad del título antecedente, y aquí no hay nulidad, sino resolución de la donación por lesionar la

rente: cuando ignora la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de éste están judicialmente controvertidos. La mala fe se deduce por la interpretación a contrario (art. 2315).

legítima. Además, aquella norma, por ser de excepción, no se puede extender por analogía.

Frente a esta interpretación, diríamos “oficial” de las nuevas normas, ya se ha elaborado una interpretación opuesta que mantiene la vigencia del régimen anterior sobre la buena y mala fe del subadquirente, debido a un estudio de la profesora Mariana B. Iglesias, y a los análisis del profesor Osvaldo Pitrau, cuyas conclusiones compartimos<sup>8</sup>. Sostiene la jurista que ni el artículo 2457 ni el 2458 especifican en qué consiste la buena fe del tercero, ni tampoco contienen una remisión expresa al artículo 2459, cuyo último párrafo aclara que no obsta la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación. Y afirma que no resulta posible aplicar a los supuestos contemplados en aquellos dos artículos este alcance amplio de la noción de buena fe, en primer lugar, porque el artículo 2459 se refiere notoriamente a una situación distinta, y además porque en esta materia rige el orden público sucesorio, que no ha sido modificado (art. 2444), por lo cual se impone una interpretación restrictiva, y no extensiva, de la tipificación de la buena fe del tercero. En consecuencia, al no tipificar específicamente la buena fe para los supuestos que contemplan los artículos 2457 y 2458, ni establecer excepciones a las reglas generales de la buena fe, corresponde recurrir a la regla general del artículo 1902, 3<sup>er</sup> párrafo, según la cual cuando se trata de cosas registrables la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales. Por lo tanto, el tercero será de buena fe si del estudio del título surge que en sus antecedentes no ha existido donación. En caso contrario, estará anoticiado de la vigencia del artículo 2444 que establece que los herederos forzosos no pueden ser privados de su legítima ni por testamento ni por actos de disposición a título gratuito. Por consiguiente, el conocimiento de la existencia de una donación lo convierte al tercero en un adquirente de mala fe,

<sup>8</sup> IGLESIAS, Mariana, *La modificación de normas relativas a la acción de reducción de donaciones y reipersecutoria del Código Civil y Comercial de la Nación: una reforma que aportará conflictos, no soluciones*, en L. L. del 2-12-2020; PITRAU, Osvaldo, disertación en las jornadas sobre *Reflexiones sobre la acción de reducción a partir de la reforma al CCC*, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Buenos Aires, del 9-12-2020.

y lo habilitaría, en su caso, a ejercer el derecho que le acuerda el artículo 2458 de pagar en dinero el perjuicio que la donación le haya producido al heredero reclamante.

El argumento luce contundente y fundado, por lo cual no se podrá prescindir del mismo mientras el legislador no reformule adecuadamente toda esta materia.

## V. Conclusión

Como vemos, las soluciones arbitradas en su apresuramiento no han tenido en cuenta el contexto normativo del Derecho Sucesorio en el cual se injertan, su carácter vigente de orden público y la necesaria coordinación que implicaba semejante reforma de las normas modificadas con el resto del ordenamiento legal. El resultado es una regulación confusa, incoherente, que seguramente generará litigios, criterios doctrinales y jurisprudenciales discordantes e inseguridad para los justiciables. Y además está viciada de inconstitucionalidad por violentar las garantías de igualdad, de la propiedad y de la herencia, y de las normas de la Carta Magna y de las convenciones y tratados de derechos humanos que mandan promover y consagrar plenamente la protección integral de la familia (arts. 14 bis, 16 y 17, Constitución Nacional; art. VI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 16.1 y 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 17.1 y 21, Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–).

Como ya lo hemos advertido<sup>9</sup>, se ha querido privilegiar absolutamente el valor seguridad del tráfico jurídico, y la estabilidad del contrato de donación, relegando totalmente el valor que representa la familia y su protección patrimonial, desplazados sin evaluar una solución equilibrada y conciliadora entre ambos valores, seguridad del tráfico y protección de la familia, en atención a que el régimen de legítimas se amolda a la conciencia social, a las costumbres, y, en suma, a la

<sup>9</sup> FERRER, Francisco A. M. y GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban M., *La amputación de la acción de reducción*, en L. L. del 2-12-2020, N° X.

idiosincrasia de la sociedad argentina, y es el criterio ampliamente predominante en la doctrina jurídica nacional.

Por ello, concluimos en que el legislador debe ocuparse de este trascendente tema con fuerte incidencia en la sociedad, reformular la regulación de las legítimas y su régimen protectorio contemplando equitativamente los intereses y valores en juego, la seguridad del tráfico y el amparo patrimonial de la familia, pero también computando las nuevas formas familiares, y no solamente la fundada en el matrimonio, para lograr finalmente un derecho más justo, más solidario y más humano.

# LAS TENSIONES EXPUESTAS A RAÍZ DE LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA AL ARTÍCULO 2386 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

por JORGELINA GUILISASTI\*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Tensiones que se manifiestan en la reforma. 2.1. Primera tensión: seguridad en el tráfico de bienes frente a la protección de la legítima. 2.2. Segunda tensión: la familia protegida a través de la legítima. 3. Breve conclusión.

## 1. Introducción

El 11 de noviembre pasado el Congreso de la Nación sancionó la modificación de los artículos 2386, 2457, 2458 y 2459 del CCCN.

Esta modificación ha motivado que la doctrina especializada se haya expedido a favor y en contra de los cambios en el sistema de protección a la legítima<sup>1</sup>, sobre todo cuando se trata de donaciones realizadas a favor de legitimarios obligados a colacionar.

\* Profesora adjunta ordinaria de Derecho Sucesorio (FCJyS UNL); profesora pro-titular de Derecho Sucesorio (Facultad Teresa de Ávila –UCA–, Sede Paraná).

<sup>1</sup> FERRER, F. A. M., *Retroceso legislativo. Proyecto del Senado que desarticula la defensa de la legítima*, en Rubinzal Online, RC D 3225/2020; CABULI, E. y LORENZO, J. M., *El proyecto de modificación de la acción de reducción en donaciones inoficiosas*, en L. L. del 23-10-2020, p. 1; AR/DOC/3495/2020; GRIFFA, M. F., *Algunas reflexiones acerca de los verdaderos alcances del Proyecto de Reforma al CCCN sobre donaciones inoficiosas y acciones de protección de la legítima*, 30-10-2020, MJ-DOC-15617-AR, MJ15617; MEDINA, G., *Nueva ley de reducción y colación de donaciones. De la protección de la legítima a la protección del tráfico jurídico y del adquirente de buena fe*, en L. L. del 17-11-2020, AR/DOC/3778/2020.

En este trabajo se propone reflexionar sobre las tensiones que se ponen de manifiesto con los textos modificados, para contribuir a un debate que subsiste, pese a la reforma.

## **2. Tensiones que se manifiestan en la reforma**

A continuación, se describen los valores que se confrontan, al menos en apariencia, con la modificación al Código Civil y Comercial en acciones referidas a la legítima.

### *2.1. Primera tensión: seguridad en el tráfico de bienes frente a la protección de la legítima*

Para describir las tensiones que se ponen de manifiesto con la modificación del Código unificado, se transcriben los textos del artículo 2386, que es el que concentra la mayor atención, dentro de las normas reformadas<sup>2</sup>.

Al respecto, el mencionado artículo en el CCCN sancionado por la ley 26.994 dispone: “La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso”.

Por su parte, el texto sancionado establece lo siguiente: “Artículo 2386 – *Donaciones inoficiosas*. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero”.

De la lectura de ambos textos, se destaca que la redacción de la norma derogada permite promover la acción de reducción contra el legitimario obligado a colacionar, cuando la donación ha excedido la porción disponible más la porción legítima del donatario.

Esta acción, con sus efectos reipersecutorios, según los Fundamentos del Proyecto, atenta contra la seguridad en el tráfico de bienes, dado que, en un estudio de títulos, cualquier notario determinará que

<sup>2</sup> En este trabajo no se abordan las reformas a los artículos 2457, 2458 y 2459.

si hay una donación que antecede a la adquisición actual, puede ser resuelta, por lo que también caerán los gravámenes que recaen sobre el bien donado<sup>3</sup>.

Cabe mencionar que en el Código Civil derogado no estaba prevista la acción de reducción en forma expresa para perseguir las donaciones a legitimarios; sin embargo, al no estar excluida la legitimación pasiva de aquéllos, no estaba vedada, por lo que fue admitida por parte de la doctrina<sup>4</sup> y la jurisprudencia<sup>5</sup>.

Es decir, en relación con los herederos obligados a colacionar donaciones del causante, al admitir la procedencia de la acción frente a donaciones que exceden la porción disponible y la legítima del donatario, los restantes legitimarios podían recurrir a esta acción para perseguir el bien donado.

El ejemplo clásico es el de la donación del único bien del causante a uno de sus hijos, sin que haya otros para poder imputar a las hijuelas de los hijos que no fueron beneficiados con la liberalidad.

Esta postura fue recogida por el Código unificado, que entró en vigencia a partir del 1º de agosto de 2015, si la donación supera la porción disponible del causante más la porción legítima del donatario, en el artículo 2386 ya transcrito<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Los Fundamentos del Proyecto son los siguientes: “se busca una mejora en el Código Civil y Comercial, en cuanto a la protección de los terceros subadquirentes de bienes de carácter registrable que sean de buena fe y a título oneroso, teniendo como antecedente la adquisición de un bien mediante un contrato de donación, que no puede constituirse en un contrato al que el ciudadano común deje de recurrir y deba obtener el fin deseado disfrazando con un ropaje oneroso su ánimo de liberalidad”.

<sup>4</sup> BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, 5ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1980, t. II, N° 996, p. 156; PÉREZ LASALA, J. L., *Tratado de sucesiones*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, N° 590, p. 806; recomendación unánime aprobada por las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, septiembre de 2001).

<sup>5</sup> CNCiv., sala A, 29-8-85, L. L. 1986-B-85; C2ªApel. de Paraná, sala II, 22-2-93, “Talagañis, Alejandro c/Talagañis, Miguel y otros s/Ordinario de nulidad de escritura pública”.

<sup>6</sup> Pérez Lasala admite que, en este supuesto, no hay igualdad entre los coherederos, ya que para el autor la colación no da lugar para reclamar un crédito sino para la imputación del valor (ob. cit., p. 809).

Es decir, frente a la seguridad del tráfico se opone la protección de la familia y, como consecuencia, se impone la necesidad de mantener incólume el patrimonio del causante a través de la acción de reducción.

De esta manera, en el contexto del CCCN sancionado por la ley 26.994, todas las donaciones pueden resultar inoficiosas y no sólo las que el causante realizó a terceros.

En el marco de la mencionada tensión de valores, se antepone el interés de los descendientes y del cónyuge frente a la de los terceros adquirentes del bien donado.

De todas maneras, se advierte que aun en este marco legislativo, la prelación por el interés de los legitimarios no es tan absoluta, dado que el artículo 2386, en la redacción de la ley 26.994 abre dos cuestiones que no los benefician.

En primer lugar, se puede advertir como injusto que en el supuesto que describe la norma los descendientes y el cónyuge tienen sólo la acción de reducción, que sólo les permite proteger sus porciones legítimas, y pierden la posibilidad de promover la de colación para completar sus hijuelas para mantener la igualdad.

Por otra parte, en el caso de la acción de reducción, tanto el donatario como los subadquirentes pueden oponer la prescripción adquisitiva decenal del bien donado para frustrar la acción (art. 2459, CCCN), lo que permite concluir que la protección, en cierta manera, denota debilidad, al establecer dicha defensa que frustra la posibilidad de perseguir el bien<sup>7</sup>.

En este sentido, la acción de colación no impone un límite temporal de la donación cuyo valor se pretende colacionar, salvo el previsto para la legitimación activa del que la promueve (art. 2395, CCCN).

El nuevo texto del artículo 2386 del CCCN, en cambio, veda la posibilidad de promover la acción de reducción contra el donatario con obligación de colacionar.

<sup>7</sup> FERRER, *Retroceso legislativo. Proyecto del Senado que desarticula la defensa de la legítima* cit.; GRIFFA, *Algunas reflexiones acerca de los verdaderos alcances del Proyecto de Reforma al CCCN sobre donaciones inoficiosas y acciones de protección de la legítima* cit.

De esta manera, ya no se puede perseguir el bien por el ejercicio de la acción de reducción y el efecto jurídico es que las donaciones realizadas a los descendientes y al cónyuge ya no serán consideradas inoficiosas.

En síntesis, el dominio ya no es imperfecto sino que, por el contrario, es perfecto desde el acto de la donación, dado que ya no se puede resolver, al no considerarse una donación inoficiosa en los términos del artículo 1565 del CCCN.

En este sentido, la reforma hace prevalecer el valor seguridad en el tráfico de los bienes frente a la protección de la familia vedando la integración del patrimonio del causante con los bienes donados por éste a través de la acción de reducción<sup>8</sup>.

De todas maneras, siempre está la posibilidad de que el descendiente o el cónyuge obligado a colacionar renuncien a la herencia o sean excluidos por indignidad o por las causales previstas en los artículos 2436 y 2437 del CCCN.

En estos casos, la acción de reducción es procedente, por lo que la donación realizada a uno de estos herederos legitimarios puede resultar inoficiosa. En definitiva, el dominio deviene imperfecto.

Cabe agregar que estas circunstancias no pueden ser conocidas antes de la muerte del donante, por lo que una donación realizada a un descendiente o al cónyuge siempre podrán ser perseguidas a través de la acción de reducción, aunque las causas se reduzcan a las expuestas.

En definitiva, la reforma admite sólo la acción de colación entre los legitimarios, generando un crédito por el exceso, en miras a resguardar la seguridad en el tráfico de bienes.

Sin embargo, es oportuno observar nuestra sociedad e indagar sobre sus intereses actuales ya que, más allá de la seguridad en el tráfico de bienes, es probable que encontremos opiniones que no han sido

<sup>8</sup> Esta modificación ha sido criticada duramente por el profesor santafesino Francisco A. M. Ferrer en la publicación citada. En cambio, opinan a favor: MEDINA, *Nueva ley de reducción y colación de donaciones. De la protección de la legítima a la protección del tráfico jurídico y del adquirente de buena fe* cit.; CABULI y LORENZO, *El proyecto de modificación de la acción de reducción en donaciones inoficiosas* cit.

escuchadas al mantener la protección de la legítima, como sucede con los que tienen la propiedad o la gestión de empresas familiares, con el donatario que ha recibido un inmueble de sus progenitores y no puede hipotecarlo para garantizar un préstamo bancario, debido a la amenaza de la resolución de la donación si afectara la legítima de otros herederos legitimarios, con el donatario que quiere vender ese bien, etcétera.

Entendemos que la discusión excede el ámbito académico y exige la apertura a otros sectores para arribar a conclusiones útiles a los intereses de los destinatarios de la norma, que en este caso son todas las personas que conforman nuestra sociedad.

## 2.2. *Segunda tensión: la familia protegida a través de la legítima*

Si concluimos que la seguridad en el tráfico de los bienes desplazó a la protección a la familia o, mejor dicho, al patrimonio familiar, es una buena oportunidad para interrogarnos sobre la finalidad de esta tutela jurídica, en su dimensión actual.

En principio, cabe mencionar que el Derecho Sucesorio reconoce al grupo familiar que ha sido considerado como noción de familia en sentido amplio, para establecer la vocación sucesoria. Esto deriva de la vocación legítima, que se sustenta en los vínculos familiares de parentesco y matrimonio, con los límites dispuestos por la ley<sup>9</sup>.

Dentro de esta fuente, además, los herederos que se consideran más próximos, tienen derecho a una porción legítima. Los legitimarios, en consecuencia, son los descendientes, los ascendientes y el cónyuge supérstite<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Los límites de la vocación hereditaria que tiene como fuente la ley, se encuentran en el primer párrafo del art. 2424 del CCCN: “*Heredero legítimo*. Las sucesiones intestadas se defieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código”.

<sup>10</sup> Art. 2444 del CCCN: “*Legitimarios*. Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge”.

El primer párrafo del art. 2445 del CCCN establece las porciones legítimas: “La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio”.

Es evidente que el sistema se sustenta en vínculos familiares, pero excluye aquellos admitidos en el nuevo Derecho de Familia, en el que se protegen otras relaciones socioafectivas, que no pueden ser ignoradas por el legislador, como las de los convivientes o la del progenitor afín. Estas relaciones se sustentan en lazos que justifican su regulación como el principio de solidaridad familiar<sup>11</sup>, ya que la CN no define al grupo familiar hegemónico o preferente para nuestro ordenamiento jurídico.

Esta nueva mirada de la protección familiar no puede ser indiferente al Derecho Sucesorio, que no las contempla. Por esa razón, sostener que sólo el vínculo de parentesco justifica el derecho del legitimario a proteger la porción sobre la que el causante no puede disponer libremente, resulta excesivo, si no se adecua al nuevo paradigma imperante en las relaciones familiares.

En definitiva, la tensión que se pone de manifiesto se refiere a las relaciones familiares que el ordenamiento jurídico pretende proteger, después de la muerte del titular del patrimonio. En síntesis, ¿cuál es la familia que se protege? Entendemos que ya no es la familia conformada en base a vínculos de parentesco o de matrimonio.

Corresponde formular otra pregunta, para determinar la intención del legislador: ¿puede el legislador imponer una restricción al causante para que disponga a título gratuito sólo por el hecho de tener descendientes, ascendientes o cónyuge?

La respuesta, sin lugar a dudas, genera opiniones encontradas, que deben ser debatidas con la profundidad que el tema merece, para concluir si corresponde mantener una defensa tan extrema a los herederos legitimarios.

Por otra parte, es sabido que las personas, en la medida en que una legislación afecta sus intereses patrimoniales, busca otras formas para evadir prohibiciones o eludir protecciones como, en este caso, la legítima de los descendientes y el cónyuge.

<sup>11</sup> Estos lazos presuponen convivencia y socioafectividad, por lo que están alcanzados por el principio de solidaridad familiar, que es considerado un principio general que rige el Derecho de Familia (MEDINA, G. y ROVEDA, E., *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, ps. 82 y ss.).

Es probable que en el siglo XXI el Derecho tenga que respetar la voluntad del causante en relación con su patrimonio, dado que la familia ya no es una unidad productiva sino que tiene otras bases de cohesión y otros principios que la rigen, como el de solidaridad familiar.

Como cuestión final, nos planteamos si no es contrario a la moral que los descendientes especulen con el patrimonio de su ascendiente, al igual que los ascendientes con el de los descendientes y los cónyuges recíprocamente, cuando no participaron en su formación, hasta el extremo de resolver sus actos de disposición a título gratuito si al momento de su muerte excede la porción disponible.

### **3. Breve conclusión**

Entendemos que la nueva regulación tiende a resguardar la seguridad en el tráfico de bienes al reformar los artículos 2386, 2457, 2458 y 2459 del CCCN.

Sin embargo, esta reforma no significa que implique un cambio legislativo en detrimento de la familia, dado que se debe revisar esta protección, partiendo de la reformulación de sus fundamentos.

En síntesis, la nueva regulación nos invita a reflexionar sobre presupuestos que deben ser revisados, para discutirlos en un marco no sólo académico sino de proyección social, para que el Derecho Sucesorio se acerque a los requerimientos de nuestra sociedad.

## UN NUEVO ATENTADO CONTRA EL SISTEMA LEGITIMARIO

por ESTEBAN M. GUTIÉRREZ DALLA FONTANA

Hemos tenido conocimiento de la sanción de una norma que modifica cuatro artículos del Código Civil y Comercial (arts. 2386, 2457, 2458 y 2459), quitando un elemento esencial del régimen de legítima hereditaria, cual es el efecto reipersecutorio de la acción de reducción.

La norma sancionada inconsultamente y a instancias del sector notarial afecta sin dudas la legítima hereditaria, como limitación a la libertad de disponer a título gratuito –entre vivos o *mortis causa*– por parte de la persona del causante. La afecta, pues se deja de lado el fundamento de protección familiar invocado por el legislador de 2015 al sancionar el Código Civil y Comercial y se da prelación a la seguridad del tráfico jurídico, en cuyo desarrollo haya una donación, en un claro detrimento de la protección de los herederos legitimarios, como integrantes del grupo familiar.

Para demostrar el perjuicio mayúsculo que genera esta afrenta, desarrollaremos aunque sea brevemente, cuál es el fundamento de la institución legitimaria.

La existencia de la legítima hereditaria se contrapone efectivamente a la amplitud del concepto de libertad irrestricta de disponer, dado que ante la presencia de los titulares de esta porción, el titular de los bienes no podrá ejercitar con libertad absoluta tal prerrogativa, constituyéndose en un límite a la misma.

Su fundamento radica en la decisión del Codificador Vélez Sársfield, quien tuvo en cuenta las altas metas establecidas por los constituyentes de 1853, quienes en el Preámbulo de nuestra Consti-

tución Nacional establecieron que eran objetivos del Congreso General Constituyente, entre otros, “la promoción del bienestar general”, siendo el Código Civil una verdadera ley orgánica de la Ley Suprema.

Roberto Natale expresa que el hombre no puede olvidarse del amor filial ni tampoco del conyugal, los cuales sostienen un marco de natural y sincero afecto, en el que el productor de la riqueza encuentra consuelo espiritual<sup>1</sup>.

Eduardo Busso agrega que la limitación a la facultad de disponer libremente de las cosas de su dominio por actos a título gratuito, entre vivos o *mortis causa*, “se asienta sobre bases tan sólidas como son las del deber moral y social que tiene una persona hacia su familia de proveer a las exigencias económicas de ésta, aun para el tiempo posterior a la muerte”<sup>2</sup>.

Es la familia, por lo tanto, el grupo orgánico de la comunidad política. La enseñanza, que nos brinda la historia de los pueblos, demuestra claramente la gravitación decisiva de la familia sobre la fuerza de una nación<sup>3</sup>.

En consecuencia, la familia constituye la base de la organización social, lo que amerita su protección, dado que es la fuerza de la Nación y además fomenta y garantiza la cohesión social. Dicha protección se realiza a través de la normativa dictada por el propio Estado, a partir de la Constitución Nacional, en un todo (art. 14 bis).

La familia como sujeto de protección<sup>4</sup> es una institución de derecho humano fundamental de la sociedad y, como dijo Busso, “la legítima debe contemplarse como un factor de estabilidad social”<sup>5</sup>.

Desde la sanción del mismo Código Civil hubo defensores y detractores del sistema.

<sup>1</sup> NATALE, Roberto M., *La acción de reducción*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2008, p. 29.

<sup>2</sup> BUSSO, Eduardo B., *Algunos aspectos de la protección a la legítima*, en E. D. 12-814.

<sup>3</sup> FERRER, Francisco A. M., *Proyecciones políticas de la familia*, en J. A. 1977-II-781.

<sup>4</sup> Ver por todos MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo G., *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, ps. 5 y ss.

<sup>5</sup> BUSSO, *Algunos aspectos de la protección a la legítima* cit., p. 814.

Ya desde antiguo las posturas respecto a la limitación que ello constituía para la persona titular de la propiedad eran encontradas, pues se argumentaba confiscatoriedad, limitación excesiva y violación del derecho de propiedad, entre otros.

Sin embargo, de otra parte se afirmaba que se protegía la familia, la sociedad y por ende a toda la comunidad, estableciendo dicha limitación.

Entre los primeros destacamos a José Olegario Machado<sup>6</sup>, quien sostuvo que la herencia forzosa es un elemento de atraso que esteriliza el esfuerzo de los padres, que fomenta la vagancia y la inutilidad de aquellos que esperan el fallecimiento del causante y que transforma a un hombre útil "...que con su esfuerzo individual se habría conquistado una fortuna contribuyendo a la riqueza nacional..." en una especie de parásito, que no hace esfuerzo alguno. Aseveraba asimismo que no es justo que un hombre disponga libremente de sus bienes durante su vida a título oneroso y se lo prive de hacerlo para después de su muerte a título gratuito<sup>7</sup>.

Del otro lado, citaremos a Llerena<sup>8</sup>, quien afirmó que el sistema legitimario se funda en la moral, la justicia y la estabilidad social. En la moral, pues fomenta los vínculos y la cohesión familiar, ya que el fruto del trabajo quedará dentro del ámbito familiar<sup>9</sup>. En la justicia, porque el hombre, antes que pensar en liberalidades, debe pensar y cumplir con sus deberes para con su familia. En la estabilidad social, pues al ser la familia el núcleo primigenio de la sociedad, su firmeza hace al desarrollo personal de sus integrantes y, en consecuencia, de las sociedades organizadas sobre bases sólidas, pues fortificar la estabilidad de la familia es fortificar la estabilidad del Estado.

<sup>6</sup> MACHADO, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Librería e Imprenta Europea de M. A. Rosas, Casa editora, Buenos Aires, 1921, t. IX, ps. 369/370.

<sup>7</sup> MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino* cit., t. IX, p. 371.

<sup>8</sup> LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, Librería y Editorial "La Facultad", Buenos Aires, 1931, t. IX, ps. 531/532.

<sup>9</sup> OVSEJEVICH, Luis, *Legítima*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1979, t. XVIII, p. 63.

No obstante ello, el sistema que ha perdurado desde los orígenes del Código Civil es el de las legítimas hereditarias, no como una limitación irrazonable a la libertad de testar, sino como una cortapisa que, tomando en consideración a la familia como ese núcleo esencial de toda sociedad, se vea protegido y resguardado frente al deseo o la voluntad del titular del patrimonio, quien olvidando los vínculos que lo unen con la prole, el cónyuge o sus ascendientes decide disponer a título gratuito, entre vivos o por causa de muerte, al decir de Natale.

El titular dominial puede disponer en forma gratuita de los bienes de su patrimonio, pero ello tiene como única legal y razonable restricción que lo debe hacer dentro de los límites de la porción disponible.

Lisandro Segovia<sup>10</sup> nos dice que la “...ley divide el patrimonio del difunto que tiene herederos forzosos, en dos porciones: una disponible [...] y otra indisponible, que constituye la porción necesaria de los herederos forzosos, o sea la legítima [...] De manera que, determinada la última, la otra fracción de la herencia, forma la porción llamada disponible”<sup>11</sup>.

El momento de determinación de la legítima hereditaria, no es otro que luego de la muerte del causante, cuando el heredero se encuentra con los bienes transmitidos *mortis causa*, menos las deudas y cargas (*relictum*), con más el valor de las donaciones colacionables (*donatum*).

En consecuencia, el heredero legitimario debe hacer una recomposición del patrimonio que dejó el causante, a los efectos de verificar si su derecho forzoso legitimario ha sido afectado por las disposiciones testamentarias o entre vivos, efectuadas a título gratuito.

Si nada ha dejado, es decir, si no ha quedado *relictum*, sólo se contabilizará como herencia el *donatum*, esto es, las donaciones que

<sup>10</sup> SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Imprenta Pablo Coni Editor, Buenos Aires, 1881, t. II, p. 550.

<sup>11</sup> En idéntico sentido BARASSI, Lodovico, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. de Ramón García de Haro de Goytisolo y Mario Falcón Carreras, Bosch, Barcelona, 1955, vol. I, p. 449; BARBERO, Doménico, *Sistema del Derecho Privado*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967, t. V, p. 219.

el causante hubiera hecho en vida, por lo cual nace un crédito de dominio a favor del heredero que ha sido afectado en su legítima.

Pero esto no ocurre de pleno Derecho, sino que el heredero legítimo que ha visto vulnerada su porción legítima deberá accionar a través de la acción de complemento o de reducción, para requerir lo que aún le falta para cubrir su cuota o para demandar volver a sus justos límites la porción disponible, excedida por la liberalidad del autor de la sucesión.

En consecuencia, observamos que el hombre durante su vida puede disponer a título oneroso o gratuito. Si contrae nupcias o forma pareja y tiene hijos, entonces esa libertad encuentra una limitación, fundada en la protección familiar de aquellos integrantes con derecho a la porción legítima.

Sostener lo contrario, insistimos, sería olvidar los deberes que un progenitor tiene con su prole (responsabilidad procreacional), un cónyuge con el otro, o un hijo con sus padres.

Como dijo Llerena, “si saben que el jefe de la casa tiene la libertad de dejar para después de su muerte lo que han adquirido entre todos a los extraños, la esposa dejará de ser económica y hacendosa, el hijo dejará que trabaje sólo su padre, ocupándose tan sólo en derrochar lo que éste gane...”<sup>12</sup>, es decir, se produciría la desunión y el quiebre de la institución familiar.

De lo dicho se desprende, en nuestra opinión, que con la sanción de la modificación de las normas referidas, se despoja con premura al heredero de su cuota legitimaria, se le quita sustancia a su derecho, en beneficio del tráfico negocial, basado en un contrato de donación que los perjudica. Ello se contradice, a su vez, con la decisión del legislador de 2015 que mantuvo el carácter de observable del título derivado de la donación, ante la presencia de herederos legítimos.

A su vez, con la sanción de la ley 27.587 se confunden acciones y su fundamento (colación-reducción, art. 2386); se establece un concepto de mala fe, claramente impracticable e improbable (art. 2457); se transforma la legítima en un derecho creditorio dependiente de la

<sup>12</sup> LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino* cit., t. IX, p. 531.

solvencia del donatario y el subadquirente (art. 2458) y se insiste con una norma claramente inconstitucional, como la del artículo 2459.

A ello cabe sumar, que con lo normado la legítima queda en una mera expresión de deseos, en una suerte de crédito contra el donatario, cuya efectiva percepción dependerá de su solvencia, un despropósito.

Mejor que esta reforma sesgada hubiera sido derogar el sistema de legítima hereditaria y, en su lugar, establecer un sistema de libertad de testar, pero ello no se hizo pues no está en la cultura social testar.

En consecuencia, a nuestro entender esta reforma traerá sin dudas más perjuicios que beneficios, más litigios y conflictos que paz y tranquilidad, pues cuando el legislador hace una ley debe tener como Norte las altas metas plasmadas en el Preámbulo de nuestra Ley Suprema, como son afianzar la justicia, consolidar la paz interior y promover el bienestar general.

# **INTERPRETACIÓN DE LAS REFORMAS A LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN EN EL SISTEMA DE DERECHO PRIVADO ARGENTINO**

por **MARIANA B. IGLESIAS**<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción: la inseguridad jurídica como paradigma de esta ley. 2. La ley y el Código Civil y Comercial de la Nación: inconsistencias generales con el sistema y en especial con el orden público sucesorio. 3. Análisis de los artículos modificados: la necesidad de una interpretación sistemática de la ley en el contexto del Código Civil argentino. 3.1. Metodología. 3.2. Análisis de la reforma. 3.2.1. Análisis del artículo 2386 del CCC. 3.2.2. Análisis del artículo 2457 del CCC. 3.2.3. Análisis del artículo 2458 del CCC. 3.2.4. Análisis del artículo 2459 del CCC. 4. Funcionamiento de las normas reformadas interpretadas en el sistema de Derecho Privado argentino. 5. Los operadores del Derecho y la interpretación. 6. Palabras finales.

## **1. Introducción: la inseguridad jurídica como paradigma de esta ley**

Una reciente reforma del Código Civil argentino, relativa a la acción de reducción, ha impactado de lleno en el tradicional régimen sucesorio argentino, quebrando la íntima relación que debe existir entre la legítima hereditaria y el efecto reipersecutorio de la acción de reducción, al modificar varias normas que pretenden eliminar a este último, generando una enorme desprotección al legitimario perjudicado.

<sup>1</sup> Abogada; doctora en Derecho; directora de la especialización en Derecho Sucesorio, Facultad de Derecho (UNR); Prof. titular de Derecho de las Sucesiones, Facultad de Derecho de la UNR.

No hay legítima hereditaria si las acciones que la protegen no pueden perseguir el inmueble donado a fin de reintegrarla.

Diversos sectores siempre presentaron a este efecto, propio de la acción de reducción, desde una perspectiva de tensión de valores –aparentemente contrapuestos– en relación con los sujetos interesados en el conflicto. Se pensaba que en la protección de los terceros radicaba la protección del tráfico y la seguridad jurídica, en tanto que el resguardo de la legítima amparaba una tutela de la justicia o, si se quiere, de la equidad, asignando así únicamente valor al mercado y menospreciando los conflictos familiares.

Pero esa tensión valorativa escondía una mayor complejidad puesto que tutelar la legítima también supone conceder seguridad jurídica en el marco de las relaciones familiares y sucesorias.

Con esta ley, la balanza de la justicia intenta desequilibrarse en desmedro de los legitimarios afectados, que a esta altura cabe recordar, usualmente no serán poderosos sino más bien vulnerables en busca del resguardo de aquello que resulta necesario para su personalización. No puede desconocerse que la praxis jurídica demuestra que quienes accionan por reducción suelen ser los más desvalidos de las estructuras familiares o, lisa y llanamente, los que por diferentes razones fueron excluidos e intentan ingresar previamente a través de una acción filiatoria.

Extremar los planteos, como ha hecho esta ley, puede conducir a soluciones de abrogación de valores y con consecuentes perspectivas simplificadoras de los problemas a resolver. Ésa es la razón por la cual, y más allá de la técnica legislativa empleada, el CCC buscó una postura de síntesis a través de una solución heterodoxa mediante el artículo 2459, que si bien no encontró adeptos en ninguno de los sectores en pugna, hoy advertimos que se trataba de una mirada que buscaba un equilibrio entre todos los interesados.

Esa prudencia del legislador –sorprendentemente a tan sólo 5 años de su vigencia– pretende ser sustituida de raíz, a través de un discurso que parece abroquelarse en la bandera de buscar una única seguridad jurídica, puesto que desgraciadamente no parece contar con un paño suficientemente amplio para comprender a todos los involucrados.

Mayor gravedad reviste, debido a que la falta de rigor técnico y la carencia real de fundamentos nos llevan a pensar que, en el caso de que finalmente la misma sea promulgada, los conflictos no cesarán, como explicaremos en este trabajo.

Es que una correcta interpretación de la ley ha de recurrir también al elemento literal y además al sistemático, potenciado en este caso por tratarse de una reforma parcial del Código Civil y Comercial, dentro del sistema de Derecho Privado codificado, la que –además– se produjo de la noche a la mañana, sin ninguna clase de debate o apertura.

La pluralidad de elementos hermenéuticos citados nos llevan a una profunda convicción en cuanto a que la reforma nos conduce a un gran pantano cuyas consecuencias judiciales hoy resultan impredecibles. Por esa vía, lo que quiso construirse como la seguridad de algunos, puede constituirse en la inseguridad para todos.

Sólo debe apelarse a que la interpretación de todos los operadores jurídicos –abogados y abogadas, notarias y notarios y jueces y juezas– puedan encauzar el desorden y la desmesura que esta ley provoca por las enormes contradicciones que la ley en sí misma plantea y mucho más aún cuando se la pretende enmarcar en el Código Civil y Comercial.

## **2. La ley y el Código Civil y Comercial de la Nación: inconsistencias generales con el sistema y en especial con el orden público sucesorio**

La ley plantea una serie de desajustes técnicos que –no sólo– desquician el sistema de legítimas, sino que obligan a una interpretación sistémica de la ley en el Código Civil y Comercial que ineludiblemente habilitarán diferentes orientaciones hermenéuticas que en definitiva terminarán igualmente conspirando contra la seguridad del tráfico y de las propias sucesiones. Entraremos en territorio de incerteza, dudas, especulaciones interpretativas, es decir, un regreso aún peor al que se presentaba en el pasado y hace más de un siglo y que comenzara con el plenario “Escary c/Pietranera”.

Previo al análisis de la reforma en sí misma, nos parece pertinente,

que de manera muy sintética confeccionemos un listado de inconsistencias que la ley genera en el sistema del Código Civil y Comercial de la Nación, lo que –ineludiblemente– obligará a interpretarla de modo coherente con éste, conforme surge del artículo 2º del CCC. Se destaca –asimismo– que los fundamentos de la ley no contribuirán para facilitar su hermenéutica, debido a que sólo explican –y de manera deficiente y superficial– el funcionamiento aislado de la reforma, pero no en el marco del Código.

La reforma que propone el legislador de manera aislada podría –quizás– tener más chances de funcionar conforme su pretendido objetivo. Pero la cuestión es que jamás puede interpretársela despojándola del sistema de legítimas. Es decir que no basta con el agregado de un par de palabras en un par de artículos, corresponde que ese par de palabras se ajusten al sistema. Éste resulta el principal desajuste de la ley tal como pasaremos a desmenuzar en el siguiente listado:

1. La reforma al artículo 2386, ubicado metodológicamente en la regulación de la acción de colación, autoriza a colacionar una donación inoficiosa. Recordamos que el objeto de la colación es buscar la igualdad de los herederos a partir de adelantos de herencias realizados mediante donaciones, sin dispensa de colación y dentro de la porción disponible. La donación inoficiosa es aquella que va más allá de la porción disponible y objeto de la acción de reducción. Es decir que se propone superponer el objeto de ambas acciones, con el fin de eliminar la reipersecución propia de la acción de reducción y convertirla en un cálculo de valores que es propio de la colación, perjudicando en caso de insolvencia del donatario al legitimario perjudicado en su legítima.

2. El artículo 2386 ordena que el exceso en la porción disponible debe compensarse en dinero, lo cual no es –a priori– el mecanismo de la colación, el que sólo lo será en tanto en cuanto los bienes del acervo no alcancen para cubrir su hijuela. Resta preguntarse, entonces, atento a la contundencia de la afirmación, si corresponde abonar en dinero aun en el supuesto de que existan bienes en el acervo para cubrir tanto la porción hereditaria como el perjuicio de legítima.

3. La reforma plantea también inconsistencias con relación al tercero de buena fe y a título oneroso, debido a que –si bien buscaría protegerlo– no aporta claridad si dicha protección lo es durante los diez años contados desde la entrega de la posesión que determina el artículo 2459 del CCC o una vez finalizados los mismos.

4. Que asimismo, la ley fundamenta la protección de los subadquirentes de buena fe, en el artículo 392 del CCC, norma que aplica a los actos nulos, mientras que el supuesto que aquí nos ocupa tiene que ver con la resolución de la donación. La norma general aplicable a estos terceros jamás podría ser el artículo 392, sino el artículo 1902 del CCC que determina la obligación del estudio de títulos para que pueda considerarse al tercero de buena fe.

5. Que solamente caracteriza la buena fe en el artículo 2459 del CCC y no así en los artículos 2457 y 2458, no resultando tan claro que debe aplicarse a los últimos la caracterización de la misma que se realiza en el artículo 2459.

6. A lo explicado en el punto anterior y en cuanto a la reforma al artículo 2457 del CCC se incorpora que la transmisión no afectará la validez de los derechos reales sobre los bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso, no ponderando a qué buena fe se refiere, si a la regla general del artículo 1902 del CCC o a la excepción consagrada por el nuevo artículo 2459 del CCC, lo que será objeto de cuestionamientos.

7. Que si la ley busca proteger al tercer adquirente, no se entiende la validación de la acción reipersecutoria, la que debió haber sido eliminada y no ratificada –como se hizo– con restricciones, debido a que ello demuestra que el tercer adquirente sigue siendo responsable y que la buena fe se configura conforme el artículo 1902 del CCC.

8. Que resulta contradictorio que si bien la ley busca proteger a los terceros adquirentes, a la vez proceda a restringir también la responsabilidad que le cabe a los donatarios en relación con los legítimos afectados, puesto que estos donatarios se verían beneficiados con el artículo 2459 del CCC, al impedir que los perjudicados en su legítima –una vez transcurridos los diez años contados desde la po-

sesión del bien donado–, no puedan accionar, si el donante fallece con posterioridad a dicho plazo. Ilustraremos con un ejemplo la gravedad de la lesión al crédito del legitimario. Supongamos que el donante hubiese decidido donar sus bienes a un tercero ajeno a la familia. En virtud del artículo 2459, transcurridos los diez años contados desde la entrega de la posesión, nada podrán reclamar los legitimarios, puesto que no sólo carecen de la acción debido a la norma citada sino que, además, no podrán valerse del artículo 2386 del CCC debido a que en este caso el tercero no es legitimado pasivo de la acción de colación. En este aspecto la respuesta jurídica del reformador se torna –una vez más– ostensiblemente asistemática puesto que se autoriza una solución más grave para el caso que el donatario sea el heredero forzoso (el que no queda atrapado en el art. 2459) y con limitación, en relación con los donatarios ajenos a tal calidad. Además de generar una diferencia según que el acto gratuito sea entre vivos o mortis causa, en el primer supuesto con todas las limitaciones que marcamos, mientras que en el segundo sin ninguna limitación.

9. Que al ampliar el objeto de la colación en el artículo 2386 e incluir la posibilidad de que mediante esta acción se ataque a las donaciones inoficiosas aplicando un efecto más propio de la colación (que de la reducción que debiera ser la acción idónea) como es desinteresar al legitimario perjudicado con dinero, se podrá perseguir al donatario a partir de la muerte del donante, tanto por la donación inoficiosa como por las donaciones que funcionen como adelanto de herencia.

De allí luce la saltante contradicción –desde la postura del legislador– que impediría, por un lado –y conforme al artículo 2459 del CCC–, que transcurridos los diez años de la posesión del bien, no pueda reclamarse al donatario por la donación inoficiosa, mientras que si demanda por colación no tendría obstáculo alguno, salvo, por supuesto, la insolvencia del donatario. Por supuesto que la colación sólo funciona entre los herederos forzosos y la reducción contra los donatarios, sean o no forzosos.

10. Que estas inconsistencias obedecen a que no fue alterado el artículo 2444 del CCC que estipula que los legitimarios no pueden ser privados de su legítima por actos de disposición entre vivos a

título gratuito, norma ésta que –junto con otros– configura el orden público sucesorio, el que no ha sido cuestionado en la reforma.

11. Por último, la inconsistencia máxima que consiste en buscar la protección del mercado para un acto que no es de mercado, como el contrato de donación. El donatario no tiene perjuicios debido a la gratuidad del mismo y el tercero tampoco los tiene, ya que con una mínima conducta diligente y mediante un simple estudio de títulos obtendrá la información necesaria que le indique si le conviene o no arriesgarse a adquirirlo, por una eventual vulneración a la legítima hereditaria.

Por ende, cuando se manifiesta que lo que se quiere proteger es el tráfico comercial, puede afirmarse que está protegido, sin esta reforma. A nadie tomaría desprevenido la situación. Diferente es que lo que se pretenda proteger sean intereses distintos a los de estos terceros, no plasmados en la ley. Adviértase que la reforma al artículo 2459 no sólo protege al tercero –que supuestamente sería el objetivo de la ley–, sino también al propio donatario, lo que resulta el mayor desquicio. Es decir que, al legitimario perjudicado no sólo se le elimina el efecto reipersecutorio de la reducción, sino que el artículo 2459 –que buscaba limitar los alcances reipersecutorios– hoy los elimina pero continúa vigente la norma en el sentido de impedirle al legitimario accionar, no sólo contra el subadquirente, sino también contra el propio donatario que se benefició con la donación. Por ende, no se busca proteger al tercer adquirente, sino la posibilidad de realizar donaciones con libertad y sin restricciones, aun en el caso de que ataque la legítima hereditaria, beneficiando a unos y perjudicando a otros, vulnerando las más elementales normas constitucionales.

Como si hasta aquí fuera poco, se adiciona la contradicción respecto a que si se demanda por colación, tendría acción con independencia del transcurso de los diez años contados desde la posesión (cinco desde la muerte del donante), mientras que si se vale de la reducción, su planteo se encuentra limitado a dicho período. Volvemos al principio: dos acciones diferentes, con el mismo objeto y distintos alcances.

Completamente asistemática la reforma e ineludible la necesidad de la interpretación de esta ley en el sistema del CCC.

### **3. Análisis de los artículos modificados: la necesidad de una interpretación sistemática de la ley en el contexto del Código Civil argentino**

#### *3.1. Metodología*

El encuadre efectuado hasta aquí responde al esquema de fuentes que plantea el artículo 1° del CCC, y a la interpretación conforme al artículo 2° del CCC que nos determina en cuanto a la obligación de interpretar de modo coherente con el sistema. Es decir, no es posible una interpretación aislada de la ley sino dentro del sistema.

Se observa, así, que el régimen de fuentes del Derecho Privado gira en torno a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos y la interpretación en torno al sistema. De esta manera, el operador jurídico –cualquiera sea el rol que asuma (abogado/a, juez/a, investigador/a notaria/o, etc.)– debe construir la respuesta jurídica del caso concreto a partir de la debida ponderación de las normas implicadas<sup>2</sup>.

Esa ponderación, a su vez, debe tener en cuenta al artículo 12 que regula el orden público, como así también –y en especial– las normas que detentan el orden público sucesorio, como por ejemplo, las que regulan los montos de legítima o el propio artículo 2444 del CCC, entre otros.

En este sentido el profesor Ciuro Caldani explica que “Es dado advertir que en la concepción del Código Civil y Comercial, de un modo destacado en el artículo 2°, el ordenamiento normativo prevalece sobre las normas aisladas. El valor propio del ordenamiento es la coherencia y, si bien el Código de 1869 atendía a ella de manera significativa, por ejemplo porque se remitía a la analogía y a los principios generales, en la codificación de 2014 este valor adquiere más relevancia expresa. En el artículo 3°, la obligación de resolver de manera razonablemente fundada parece expresar que el Derecho Civil y Comercial es un sistema material en que el juez, depositario

<sup>2</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Consejo de Investigaciones, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, 1976. Puede verse también en <http://cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/959/793>.

del ‘poder residual’, puede recurrir con libertad a la autointegración y a la heterointegración”<sup>3</sup>.

Partiendo de estas precisiones procedemos a analizar la reforma.

## 3.2. *Análisis de la reforma*

### 3.2.1. *Análisis del artículo 2386 del CCC*

La nueva redacción al artículo 2386 del CCC quedó del siguiente modo: “*Donaciones inoficiosas*. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero”.

Texto conforme el CCC: “*Donaciones inoficiosas*. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso”.

La reforma comienza por modificar el objeto de la colación, permitiendo –que esta acción que juega exclusivamente buscando la igualdad de los herederos alterada por donaciones realizadas en vida del causante– también sirva para el supuesto de que la donación desborde la porción disponible afectando la legítima hereditaria. Esta modificación significa la eliminación del efecto reipersecutorio que era propio a la acción de reducción de donaciones y que permitía la efectividad en la protección a la legítima hereditaria, que se lograba con la resolución de la donación.

Es decir que si un padre concreta una donación a uno de sus hijos puede suceder que esa donación: 1) quepa en la porción disponible por tanto es colacionable, o 2) quepa en la porción disponible pero que se trate de una mejora, por lo que *no* es colacionable, o 3) que la donación con o sin mejora desborde la porción disponible y vulnere la legítima, lo que será –con esta reforma– también objeto de colación.

<sup>3</sup> Entrevista al Dr. Miguel Á. Ciuro Caldani, vol. 29 (2016), *Cartapacio de Derecho*, Facultad de Derecho, Unicen.

Por tanto, conforme la norma en análisis, la vulneración a la legítima hereditaria deberá ser compensada con dinero en efectivo de propiedad del donatario, encontrando como única limitación, la prescripción liberatoria de la acción de colación que son cinco años contados a partir de la muerte del causante.

La norma deja en claro que se trata de una obligación de pagar la suma de dinero que corresponda a la reconstrucción de la legítima hereditaria vulnerada, además del pago de intereses conforme surge del artículo 2394 del CCC que expresa que se “debe los intereses del valor colacionable desde la notificación de la demanda”.

Por tanto, deberá demandarse la suma debida en concepto de vulneración a la legítima hereditaria y desde la notificación de la demanda corresponderá la aplicación de intereses.

### 3.2.2. *Análisis del artículo 2457 del CCC*

La nueva redacción al artículo 2457 del CCC quedó del siguiente modo: “*Derechos reales constituidos por el donatario*. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. Sin embargo la reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe a título oneroso”.

Texto conforme el CCC: “*Derechos reales constituidos por el donatario*. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores”.

La norma regula dos situaciones:

- a) La constitución de derechos reales por el donatario o sus herederos, y
- b) los derechos reales sobre bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe a título oneroso.

En el primer caso los extingue, mientras que en el segundo caso determina que sólo serán válidas las transmisiones del donatario, si han sido a favor de terceros de buena fe a título oneroso.

Entonces he aquí el meollo de la cuestión, ¿cuándo el tercer ad-

quirente es de buena fe? La norma no la tipifica como sí lo hace el artículo 2459 del CCC.

Ahora bien, ¿es posible valerse de la calificación de la buena fe incluida en el artículo 2459 para calificar la conducta del tercero en el marco de esta norma? Nosotros entendemos que *no* es posible, debido a que el régimen que aquí se aborda forma parte del orden público sucesorio, lo que obliga a una interpretación restrictiva. De modo que no resultaría jurídicamente posible –para tipificar la buena fe en esta norma– valerse de una excepción incluida en otra, que regula una situación diferente<sup>4</sup>.

Esta respuesta obedece a la interpretación de la ley en un marco sistémico y no aislado.

Como adelantamos, interpretamos que no es posible la remisión al artículo 2459 del CCC por varios motivos. El primero de ellos obedece a que el artículo 2459 del CCC califica a la buena fe de una manera excepcional, puesto que la regla aplicable a este supuesto surge del artículo 1902 del CCC, que en su última parte expresa: “...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”. Esta norma se encuentra incorporada dentro de las disposiciones generales del Libro Cuarto correspondiente a los derechos reales. Comentando la norma se ha afirmado que “La tercera parte de la norma sintetiza lo que ya la doctrina había considerado exigible para las cosas registrables, para configurar la buena

<sup>4</sup> En diferentes normas sucesorias, cuando se pretende una calificación determinada o concreta de buena fe, se la incluye en el texto. Así, el art. 2315 del CCC expresa: “*Actos del heredero aparente*. Son válidos los actos de administración del heredero aparente realizados hasta la notificación de la demanda de petición de herencia, excepto que haya habido mala fe suya y del tercero con quien contrató. Son también válidos los actos de disposición a título oneroso en favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de éste están judicialmente controvertidos. El heredero aparente de buena fe debe restituir al heredero el precio recibido; el de mala fe debe indemnizar todo perjuicio que le haya causado”. Puede advertirse que la norma específica que la buena fe se constituye para el tercero cuando ignora la existencia de herederos con igual o mejor derecho o que los derechos estaban siendo ventilados en sede judicial.

fe: el estudio de los títulos, la matricidad y las constancias registrales, a lo que se le une en casos especiales –como el de los automotores– los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial”<sup>5</sup>.

Reafirmando esta idea, en igual sentido el artículo 1918 del CCC dice: “Buena fe. El sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad”.

También, y para aquellos que interpretan –como lo hace el legislador en los fundamentos de la ley– que resultaría aplicable el artículo 392 del CCC se llega a idéntica conclusión que con el artículo 1902 explicado. Su primer párrafo expresa: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso”. Desde nuestra perspectiva no se trata de un acto nulo el supuesto en análisis, pero para quienes así lo califican, reiteramos, la conclusión sería idéntica.

Comentando el artículo 392 del CCC se explica que “En lo referido a la transmisión inmobiliaria, se habían enfrentado durante la vigencia del Código Civil derogado, dos criterios: Uno amplio –minoritario– postulaba la llamada ‘buena fe registral’. Tenía buena fe quien se había atenido a los datos de los Registros de la Propiedad Inmueble si de ellos resultaba que el enajenante estaba legitimado para disponer del bien. Esta tesis partía de la base de que la buena fe del tercero se presumía en todos los casos (arts. 3262 y 4008) y ella existía, por lo tanto, ‘por la simple circunstancia de suceder a título particular de quien está legitimado registralmente’. El otro criterio, más restringido –y ampliamente mayoritario–, entendía atinadamente que no bastaba la buena fe registral. Se requería la realización por el subadquirente del estudio de títulos con la finalidad que de ellos surgiera la

<sup>5</sup> ALTERINI, Jorge (dir.) y ALTERINI, Ignacio (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, t. IX, comentario al art. 1902 (Proview).

legitimidad de los antecedentes del bien adquirido. Ha de recordarse que la función de los registros inmobiliarios es meramente declarativa y no perfeccionadora o constitutiva del dominio. *Esta tesis computa con acierto que la buena fe en materia inmobiliaria sólo se presumirá si se realizó el estudio de títulos. Otra vez, la trascendencia que supone la protección del subadquirente en detrimento del verdadero titular del derecho, determina la necesidad de que se haya desarrollado una razonable diligencia que descarte todo obrar negligente. Es menester un comportamiento diligente, prudente y previsor*<sup>6</sup>.

En segundo lugar, porque la norma que analizamos forma parte del orden público sucesorio. El artículo 2444 del CCC determina que la legítima no puede ser vulnerada por actos entre vivos a título gratuito. De igual manera siguen vigentes los montos de legítima hereditaria. En cuanto a la conceptualización del orden público sucesorio el artículo 12 del CCC dispone: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”. De esta forma una convención estaría dejando de lado el orden público.

En tercer lugar, que no obra ninguna remisión en la norma y, por ende, no cabe la interpretación extensiva a la caracterización de la buena fe en el artículo 2459 del CCC.

En síntesis, y por las razones expuestas, para caracterizar la buena fe del artículo 2457, jamás puede apartarse de las reglas generales (art. 1902), puesto que no hay remisión al artículo 2459 del CCC, y tampoco podría recurrirse a una interpretación extensiva a esta norma, debido a que el orden público imperante impone una interpretación restrictiva de la norma (art. 12, CCC).

Por tanto, el tercero será de buena fe cuando demuestre a través de su conducta diligente y realizando el estudio de títulos, que en su antelado no existe una donación. En caso contrario, estará alertado –porque el derecho se presume conocido– de la vigencia del artículo 2444 del CCC, que determina que la legítima no puede ser vulnerada por actos a título gratuito, y por ende, ante la eventual

<sup>6</sup> ALTERINI (dir.) y ALTERINI (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* cit. El destacado nos pertenece.

vulneración deberá responder al legitimario perjudicado. Ergo, una donación en el antelado lo convierte en tercer adquirente de mala fe y lo habilitaría, en su caso, a abonar el perjuicio que el bien donado haya generado en la legítima hereditaria de quien reclama. Por supuesto, que lo satisface en dinero.

### 3.2.3. *Análisis del artículo 2458 del CCC*

La nueva redacción al artículo 2458 del CCC quedó del siguiente modo: “*Acción reipersecutoria*. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”.

Texto conforme el CCC: “*Acción reipersecutoria*. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”.

Como ya lo hemos expresado, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación convierte al efecto reipersecutorio de la acción de reducción del Código de Vélez, en una acción reipersecutoria, logrando a partir de tal solución, que no sólo se cumpla con la protección a la legítima hereditaria devolviendo en especie el bien donado, sino pudiendo optar –tanto el donatario como el subadquirente– en satisfacer en dinero la legítima vulnerada.

Hecha esta aclaración, y en sintonía con el artículo 2457, la acción reipersecutoria regulada en esta norma específica que salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables, pudiendo tanto el donatario como el subadquirente demandado, satisfacer en dinero el perjuicio a la cuota legítima. El “salvo” buscaría proteger a los terceros adquirentes a título oneroso de buena fe, motivando nuevamente la problemática que expusimos en el comentario al artículo 2457, en cuanto a que no regula cómo se configura o caracteriza esa buena fe y la imposibilidad de realizar una interpretación extensiva al artículo 2459, sino todo lo contrario, restrictiva, debido al orden público imperante.

Esta norma, además, termina de justificar que el tercer adquirente está obligado a satisfacer en dinero el perjuicio por la vulneración a la cuota legítima, y que responde salvo la buena fe, conforme el artículo 1902.

El Código Civil y Comercial es un sistema, y como tal debe entenderse, sobre todo por la dinámica que el cuerpo legal tiene, en donde no necesariamente las respuestas se encuentran en una misma ubicación metodológica. Las disposiciones generales de distintas instituciones jurídicas, el título preliminar, el bloque constitucional, entre otros, nos obligan a analizar en un marco amplio y no puntual de la norma modificada. No basta con suprimir el efecto reipersecutorio, o pretender que la buena fe en materia de sucesiones funcione de manera diferente al resto de las situaciones, sin una regulación propia, clara y precisa que autorice la excepción del caso, tal como lo ejemplificamos con el heredero aparente (ver nota al pie).

Por tal motivo, la reforma requiere una interpretación sistémica, y no antojadiza, lo que nos lleva a concluir que el tercero responderá no con el bien, sino desinteresando en dinero al legitimario perjudicado en su legítima, y será de buena fe sólo en caso de que del estudio de títulos no surja una donación.

#### 3.2.4. *Análisis del artículo 2459 del CCC*

La nueva redacción al artículo 2457 del CCC quedó del siguiente modo: “*Prescripción adquisitiva*. En cualquier caso 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. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”.

Texto conforme el CCC: “*Prescripción adquisitiva*. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901”.

La norma, antes de la presente reforma, pretendía lograr un equilibrio entre el tráfico comercial y los legitimarios afectados, por lo

que se idea una solución *sui generis* que buscaría de alguna manera y en sentido figurado “sanear” el título del inmueble por la donación al legitimario, del efecto de las acciones de reducción y reipersecutoria. Es decir que, transcurridos los diez años de posesión del bien donado, el heredero forzoso perjudicado no tendría acción ni contra el donatario ni contra el subadquirente.

La reforma en esta norma tipifica o caracteriza la buena fe, y de manera expresa explícita que no obstará a la buena fe del tercero, el conocimiento de la existencia de la donación.

En este caso, la buena fe aparece tipificada. Quizás de manera superficial podría pensarse que la calificación de buena fe que detalla este artículo, debiera extenderse a las normas abordadas anteriormente.

Sin embargo, creemos que los artículos 2457 y 2458 del CCC regulan situaciones diferentes relativas a la acción de reducción. Este artículo impone el límite de diez años, para reclamar tanto al donatario como al subadquirente, no permitiendo tampoco –con el nuevo agregado– oponer la prescripción adquisitiva (ver nota ampliatoria del tema)<sup>7</sup>. Lo expuesto explica que, transcurridos los diez años de posesión contados desde la entrega de la posesión, el título dejó de ser resoluble y pasó a ser seguro.

#### **4. Funcionamiento de las normas reformadas interpretadas en el sistema de Derecho Privado argentino**

En consecuencia, la reforma debe interpretarse del siguiente modo: durante el período de diez años que se cuenta desde la entrega de la

<sup>7</sup> Ampliando el tema, oportunamente explicamos, con relación al funcionamiento del art. 2459 del CCC: “Precisemos algunos aspectos de su ejercicio: a) Si bien la norma comienza diciendo que la acción de reducción ‘no procede contra [...] [los] que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión’, creemos que no impide ejercer la acción de reducción en este supuesto, sino que, ante una demanda de esta naturaleza, corresponde oponer la prescripción adquisitiva. Insistimos en que no se trata de una prescripción liberatoria de la acción de reducción, sino de una prescripción adquisitiva en el sentido del saneamiento del título. b) Va de suyo que, por más que el artículo identifique sólo a la acción de reducción, al incluir en el mismo al subadquirente, se entiende que también comprende a la acción reipersecutoria”. Véase IGLESIAS y KRASNOW, *Derecho de las Familias y las Sucesiones*, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 1120.

posesión, si el donante fallece, el legitimario podrá reclamar (valiéndose de la acción de reducción de donaciones o la reipersecutoria según el caso) tanto al donatario como al tercer adquirente del bien donado, la satisfacción de su cuota de legítima, la que no será en especie sino satisfecha en dinero, no pudiendo el subadquirente del inmueble donado, ampararse en la buena fe, si en los antelados del título obra una donación.

Ello obedece a que sólo el artículo 2459 del CCC tipifica la buena fe, pero no lo hace en el resto de las normas modificadas, motivo por el cual –al no estipular qué se considera como buena fe en los supuestos que contemplan los artículos 2457 y 2458, es decir, al no establecer excepciones a la regla general para dicha caracterización– corresponde regirse por las disposiciones generales que aludimos (arts. 1902/1918 y para algunos art. 392).

Es por ello que el intérprete no puede valerse de la caracterización de la buena fe del artículo 2459 del CCC para aplicarse a los artículos 2457 y 2458; obedece a que está en juego el orden público.

El artículo 12 del CCC determina que “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”. En este caso, el orden público sucesorio aparece manifiesto en el artículo 2444 del CCC que dice: “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”. Es decir que se impone un límite concreto a la autonomía de la voluntad en cuanto a los actos de disposición a título gratuito.

Ese orden público obliga a interpretar de manera restrictiva. Por tanto, si la norma no contiene una excepción que se aparte expresamente de las normas generales y que tipifique a la buena fe para el caso concreto, la interpretación no puede extenderse a una norma más gravosa que viola el orden público y que a su vez constituye una excepción a la regla general ideada para otra disposición legal. Por tanto, al no contener los artículos 2457 y 2458 del CCC una calificación propia para el supuesto que regulan, corresponde aplicar el artículo 1902 durante el transcurso de los diez años.

Una vez transcurridos los diez años de la posesión, se cierra la

posibilidad de reclamar por reducción tanto al tercer adquirente como al donatario.

Si el donatario es heredero forzoso podrá demandar la colación, para lo cual tendrá como plazo máximo de prescripción liberatoria de la acción, cinco años contados desde la muerte del donante, no quedando atrapado en la regla del artículo 2459 del CCC.

## 5. Los operadores del Derecho y la interpretación

Tal como ya lo explicaba Fornieles, “[l]a legítima es una institución protectora de la familia. Cuando una persona tiene hijos, padres o cónyuge, la ley le restringe la facultad de donar sus bienes o de hacer legados, no permitiéndole beneficiar a los extraños sino dentro de cierta medida. Divide su patrimonio en dos porciones: una que la reserva para los herederos antes mencionados y que constituye la *legítima* de los mismos; y otra, que le deja para que use de ella libremente, ya sea con donaciones a terceros o mejorando a los suyos: eso es lo que se llama porción disponible [...] La legítima y la porción disponible son las dos partes correlativas de un mismo todo, la herencia, y establecer el monto de la una equivale a fijar el de la otra. No existe, pues, libertad absoluta de donar, ni libertad absoluta de testar”<sup>8</sup>.

El artículo 2444 del CCC, junto con el resto de las normas que imponen el orden público sucesorio, no han sido modificadas.

Ello impone una interpretación sistémica de las normas reformadas en el marco del Derecho que obliga tanto a los notarios/as, los abogados/as y a la hora de resolver si se presenta el conflicto, a los jueces/zas. Resulta esperable que los/as notarios/as extremen las medidas de información sobre los conflictos que aquí describimos; que los abogados/as resulten activos/as en interpretar esta reforma en los horizontes actuales del Derecho Privado y que los jueces y juezas resuelvan aplicando esta reforma en el contexto de un sistema de normas, presididos por la Constitución y el bloque constitucional, y no a partir de una norma aislada del sistema del que forma parte.

<sup>8</sup> FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, t. II, p. 81.

Además, deberá tenerse presente el Título Preliminar del Código. Explica Lorenzetti que “El Título Preliminar es concebido como la puerta de entrada al Código Civil y Comercial y al resto del sistema, lo que tiene varias consecuencias. Este Título retroalimenta todo el Código nutriéndolo de los principios fundamentales, por ello su lectura es primordial. Cada materia obliga a su interpretación a través del tamiz de este Título y de sus principios. La primera consecuencia es que articula la Constitución y todo el bloque de constitucionalidad, que incluye los tratados de derechos humanos, con el Derecho Privado. Ello es así porque en este título están las mismas categorías típicas que recoge la norma constitucional y que antes no existían en el derecho codificado. Es lo que ocurre en materia de tipos de derechos individuales y colectivos, y de bienes. La segunda es que constituye una parte general de todo el sistema, y no sólo del Derecho Privado...”<sup>9</sup>

En consecuencia, además de todas las normas que analizamos en el presente trabajo, se deberá atender:

1) El artículo 1º del CCC expresa que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

De interpretarse que la buena fue de los artículos 2457 y 2458 debe calificarse analógica o de manera extensiva a la tipificada en el artículo 2459 del CCC, importará una hermenéutica contraria a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República es parte.

De manera general, por no atender a la protección de la familia en sus diferentes formas, autorizando que se estimule y concrete la desigualdad entre los hijos e hijas de una persona y validando que a unos se les respete la legítima y a otros no, lo que produce la afectación

<sup>9</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires, ps. 21 y ss.

de varios tratados y convenciones que citamos de manera enunciativa y sólo a modo de ejemplo, a saber:

a) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* que dice en el artículo 2º, punto 2: “...2. Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”, como así también el artículo 10 que dice: “Los Estados Partes en el presente pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”. En igual sentido el artículo 3º del mismo cuerpo legal que expresamente dice: “Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente pacto”.

b) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 17: “*Protección a la familia*. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno conocimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

c) *Declaración Universal de Derechos Humanos*, artículo 7º: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Éstos son algunos de los diferentes supuestos de vulneración, de no aplicarse la reforma de manera sistemática. Asimismo, debe agregarse que cuando el damnificado sea un niño, niña o adolescente; o una persona con discapacidad, o que las donaciones supongan un mecanismo de violencia económica hacia el cónyuge o los hijos e hijas, supuestos en los que afectará, además, las convenciones respectivas.

2) También se deberá atender al artículo 2º del CCC que expresa que debe interpretarse *de modo coherente con todo el ordenamiento*. Explica Lorenzetti que “El artículo 2º establece reglas generales en materia de interpretación de la ley. Una definición importante es que ella debe ser ‘coherente con todo el ordenamiento’, lo cual implica asumir que existe, como dijimos en el capítulo anterior, pluralidad de fuentes y que la coherencia es un proceso a posteriori, que se completa en el momento interpretativo”<sup>10</sup>. Esto valida la posibilidad de interpretaciones como lo proponemos en el presente trabajo. Ello importa dejar de lado una interpretación exegética y aislada de las normas reformadas, para dar paso a una hermenéutica sistémica, incluyendo la otra parte de la cuestión, cual es el orden público sucesorio.

3) Debe tenerse en cuenta el orden público sucesorio, que conforme surge del artículo 12 del CCC, impone una interpretación restrictiva y no extensiva en cuanto a que la tipificación de la buena fe del subadquirente incluida en el artículo 2459, no puede extenderse a los artículos 2457 y 2558 del CCC.

4) En especial los jueces y juezas a la hora de fallar, deberán tener presente que los artículos 2457 y 2458 ofrecerán varias dificultades y algunas de ellas como las que aquí expusimos. Por ende, a la hora de determinar la calificación de la buena fe del tercer adquirente

<sup>10</sup> LORENZETTI, *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina* cit., p. 41.

en los supuestos de las normas citadas, deberán elegir la norma aplicable e interpretarla. Ello les obligará a incluir en la sentencia el método y el proceso que los convenció de resolver en uno y otro sentido, a fin de cumplir con la razonabilidad que exige el artículo 3° del CCC.

## **6. Palabras finales**

En síntesis, creemos que por las razones apuntadas, la reforma no aportará más que conflictos, tanto para el donatario como para el subadquirente, y obviamente para el legitimario, lo que había quedado solucionado –con equilibrio para todos los involucrados– con el texto del artículo 2459 del CCC.

No vemos cuál es el motivo por el que no pueda restringirse el tráfico en el caso que aquí analizamos de violación a la legítima hereditaria. Muchos supuestos restringen derechos. Así, nos encontramos con la afectación de la vivienda y los acreedores; o con la inoponibilidad de los contratos celebrados de manera cercana a la quiebra; entre otros.

De allí que pensamos que se trata de una reforma que perfora la idiosincrasia del Derecho Sucesorio argentino, y que no refleja el sentir de una sociedad, que jamás se ha quejado del sistema de legítimas, lo que se agrava por la carencia de fundamentos de la ley y los profundos desajustes técnicos que la misma padece.

# AFECTACIÓN DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA

por GERÓNIMO JOSÉ MARTINEZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Distinción entre la acción de colación y la acción de reducción. III. Los artículos que se modifican. IV. Conclusiones.

## *Voces*

Legítima hereditaria. Donaciones inoficiosas. Acción de reducción. Prescripción adquisitiva. Efecto reipersecutorio.

## **I. Introducción**

El Congreso nacional ha sancionado en fecha 11 de noviembre de 2020 el proyecto de ley que modifica cuatro artículos del Código Civil y Comercial y con ello se elimina el efecto reipersecutorio de la acción de reducción, que es la forma de hacer efectiva la acción de protección de la legítima hereditaria.

Con esta reforma se desprotege los derechos de los herederos forzosos (descendientes, ascendientes y cónyuge), quienes al no poder hacer efectiva la reipersecución de los bienes donados por el causante, torna en ilusorio su derecho a resguardar la porción que la ley le concede como norma de orden público.

La presente sanción de ley fue impulsada por un proyecto presentado por parte del notariado argentino, y reconoce su antecedente en otro proyecto con similares características del año 2010, el cual fue sumamente cuestionado por la Federación Argentina de Colegios

de Abogados (FACA), por la Asociación de Abogados de Buenos Aires y por el Colegio Público de Abogados de Buenos Aires.

“Asimismo se realizó el 29 de octubre de 2010 una reunión plenaria en Tucumán, y la FACA aprobó por unanimidad la siguiente Declaración: ‘Declarar la gravedad institucional que provocaría la aprobación legislativa de la reforma de los artículos 1831 y 3955 del Código Civil, que propone, en síntesis, quitarle el efecto reipersecutorio a la acción de reducción y con ello dejarla sin efectividad, permitiendo la impune violación del régimen de legítimas hereditarias y la norma constitucional que impone la protección de la familia’. A continuación se dispuso que se remitan estas conclusiones a las Comisiones pertinentes del H. Senado de la Nación, acompañando el dictamen elaborado por los doctores Francisco A. M. Ferrer y Roberto M. Natale. Posteriormente, la Comisión del H. Senado que trataba el Proyecto convocó a los representantes de las instituciones de la abogacía organizada, y allí estuvieron los doctores Roberto M. Natale, Francisco A. Magín Ferrer y otros colegas convocados, y debieron confrontar con los representantes de la federación de colegios notariales. El Proyecto finalmente no tuvo sanción y posteriormente perdió estado parlamentario”<sup>1</sup>.

Teniendo estado parlamentario el proyecto que luego enraizó en la sanción de ley que motiva el presente comentario, juristas especialistas en Derecho Sucesorio, entre ellos el doctor Francisco A. Magín Ferrer, advirtieron a la FACA la inconstitucionalidad del mismo y como consecuencia de ello la FACA realizó un pronunciamiento en tal sentido.

No obstante, y con una celeridad llamativa, el proyecto fue sancionado por ambas Cámaras y al tiempo en que estoy escribiendo esta nota sólo queda pendiente de ser promulgado por el Poder Ejecutivo.

Es de destacar que la FACA ha elevado al señor presidente de la República Argentina una nota a los fines que decrete el veto total del proyecto de ley sancionado por el Congreso nacional en fecha 11 de noviembre de 2020 (Registro del H. Senado N° 27.587).

<sup>1</sup> FERRER, F. A. M., publicación realizada en Rubinzal Online, RC D 3225/2020.

## **II. Distinción entre la acción de colación y la acción de reducción**

Debemos partir de una clara distinción de dos acciones típicas del Derecho Sucesorio, una de ellas es la acción de colación y la otra es la acción de reducción. Al referirnos a la acción de colación, a su vez, podemos distinguir entre acción de colación de donaciones y acción de colación de deuda; mientras que al referirnos a la acción de reducción podremos diferenciar la acción de reducción de donaciones y la acción de reducción de disposiciones testamentarias.

Cuando nos referimos a la acción de colación de donaciones, expresamos que es aquella acción que tiene por objeto proteger la igualdad en el reparto entre los herederos que deben colación (descendientes y cónyuge) y que consiste en una doble operación contable aritmética en virtud de la cual primero debemos computar a la masa hereditaria las liberalidades realizadas en vida por el causante para luego imputarla en la hijuela del coheredero donatario, y se realiza en valores, es decir, no en especie, lo que significa que no tiene efectos reipersecutorios.

Al conceptualizar la acción de reducción, decimos que se trata de una acción que tiene por objeto proteger la legítima hereditaria de aquellos herederos forzosos (descendientes, ascendientes y cónyuge) que, al estar tan próximos al causante, la ley les reserva una porción de la cual no podrán ser privados salvo justa causa de exclusión hereditaria. Mediante dicha acción se dejan sin efecto todas aquellas liberalidades, tanto las realizadas en vida como las dispuestas por testamento, que afecten la porción legítima de los mencionados herederos forzosos.

Dicha acción se efectiviza en especie, esto significa que tiene efecto reipersecutorio, es decir, que persigue y toma los bienes de quien los detente, incluso por encima de los derechos del tercer adquirente a título oneroso, pues de figurar en los antelados una donación, se torna el título en “observable” y “reiperseguible” generando en potencia la posibilidad del planteo de su inoficiosidad.

Las normas que regulan la legítima hereditaria son de orden público, por lo cual la ley actúa en forma imperativa, estableciendo

claramente que estas porciones reservadas a esta categoría especial de herederos se deben respetar aun en contra de la voluntad de las partes.

“La acción de reducción tiene por objeto proteger la porción legítima y sólo opera en caso de que aquélla se haya visto afectada para disminuir las donaciones que excedan la porción disponible, sin entrometerse en las posibles desigualdades provenientes de que el testador haya beneficiado a alguno de sus herederos forzosos.

”La acción de colación, en cambio, funciona aunque la legítima no se haya visto afectada ya que busca mantener la igualdad en la distribución entre herederos legitimarios”<sup>2</sup>.

### III. Los artículos que se modifican

Cuatro son los artículos del Código Civil y Comercial que han sido sancionados para su modificación: 2386, 2457, 2458 y 2459, los cuales procedo seguidamente a sus respectivos análisis individuales.

1) Se ha sancionado la modificación del artículo 2386 del Código Civil y Comercial y a los fines de poder cotejar su modificación, procederé seguidamente a transcribir su redacción originaria y la modificación introducida, subrayando en cada una de ellas sus diferencias.

En la redacción originaria el artículo 2386 expresa: “*Donaciones inoficiosas*. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, *está sujeta a reducción por el valor del exceso*”.

En su redacción modificada el artículo 2386 expresa: “*Donaciones inoficiosas*. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, *está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero*”.

En el artículo que observamos existe una clara confusión entre la acción de colación y la acción de reducción, cuya diferenciación ha

<sup>2</sup> MEDINA, G. y ROLLERI, G., *Derecho de las Sucesiones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 476.

sido expuesta en el punto II del presente y a la cual me remito en honor a la brevedad.

La lógica del artículo originario se funda en que toda liberalidad que excede la suma de la porción disponible más la legítima individual del donatario va a afectar la legítima individual del resto de los coherederos, y como ya hemos dicho, la acción de reducción es el remedio para tutelar la legítima hereditaria pues la acción de colación tiene como objeto proteger la igualdad en el reparto.

“La doctrina mayoritaria entiende que cuando el valor de la donación excede la porción de legítima del donatario más la parte de libre disposición, en ese caso se viola la legítima de otro heredero legitimario y por ello, deja de actuar la colación para entrar a regir la reducción”<sup>3</sup>.

Aquí la finalidad de la modificación persigue cercenar los efectos reipersecutorios que tiene la protección de la legítima hereditaria provocada por la donación que ha hecho el causante a uno de sus herederos forzosos, y es así que, describiendo el objeto de la acción de reducción, le asigna la modalidad de la acción de colación, la cual se ejecuta en valores, permitiendo compensar la diferencia en dinero. La cuestión es que si el coheredero donatario (descendiente o cónyuge) es insolvente, la compensación se torna en un crédito incobrable para el coheredero afectado en su porción legítima.

Con esta modificación al artículo 2386 se provoca una afectación de dos garantías constitucionales consagradas en los artículos 14 bis (protección integral de la familia) y 16 (igualdad ante la ley).

2) En cuanto al artículo 2457 del Código Civil y Comercial ha sido sancionada su modificación reproduciéndolo en su totalidad y agregando un párrafo, el cual procedo a subrayar con el fin de resaltar lo adicionado.

“Artículo 2457 – *Derechos reales constituidos por el donatario.* La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. *Sin embargo, la reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los*

<sup>3</sup> LLOVERAS, N.; ORLANDI, O. y FARAONI, F., *Derecho de Sucesiones*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 399.

*derechos reales sobre bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso”.*

Lo incorporado a la norma originaria provoca una clara desnaturalización de la acción de reducción, pues si por dicha acción se resuelve la donación, el bien vuelve a su titular (que fuera el donante y ahora causante) en el estado en que lo tenía antes de operada la transmisión por donación, es decir, sin los gravámenes que se pudieran haber llegado a constituir con posterioridad.

Al referirse lo agregado por la norma a “bienes registrables”, los derechos reales que se podrían constituir y oponer al legitimario serían, a modo de ejemplo: prenda, hipoteca, usufructo, uso, habitación, servidumbre, etcétera, es decir que el resultado de la acción de reducción introducido por la nueva redacción sería revocar el acto jurídico de donación y regresarlo a su titular para luego transmitirlo a su heredero con un peor derecho que él tenía originariamente. Esto beneficia al tráfico jurídico de los bienes sacrificando el derecho del legitimario, lo cual es inadmisibile.

Se atenta contra un principio de congruencia y lógica jurídica; la ley no puede expresar que se revoca un acto jurídico y a la vez decir que son válidos los actos realizados por quien ha dejado de ser titular del bien sobre el cual ha constituido derechos reales. Además, no puede desconocerse que, realizando un estudio de título, lo cual obra registralmente (buena fe registral), al existir una donación en los antelados, se torna en “observable” y “revocable” el mismo, y es sabido que tiene mejor derecho el acreedor del donante que el donatario, y con mucha más razón el legitimario del donante tiene mejor derecho que el donatario, pues sus derechos están protegidos por normas de orden público.

Siguiendo el razonamiento del párrafo anterior, con esta disposición se afecta uno de los principios que rige el Derecho, el cual expresa que “nadie puede ceder un mejor derecho que el que tiene”, es decir, con esta nueva norma para dar un ejemplo: el acreedor hipotecante le podría oponer al heredero legitimario su derecho real constituido por quien tenía un derecho “revocable” sobre el inmueble (donatario) y de prosperar la acción de reducción su efecto es resolver

la donación efectuada y volverla a su anterior titular registral (donante), pero con el gravamen impuesto por el donatario.

3) En relación con el artículo 2458 la norma modificada quedó redactada de la siguiente forma: “*Acción reipersecutoria*. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”.

La diferencia con la redacción del artículo 2458 originario del Código Civil y Comercial, consiste en que se ha agregado al principio del mismo: “Salvo lo dispuesto en el artículo anterior”, lo cual provoca una alteración incompatible con la naturaleza reipersecutoria que caracteriza a la acción de reducción.

El heredero forzoso que se encuentra afectado en su porción legítima hereditaria puede dirigir sus acciones tanto contra el donatario del bien donado como contra quienes resulten ser los subadquirentes de dichos bienes registrables, sin límite, es decir, persigue la cosa de mano de quien la detente, pues su derecho se encuentra protegido por una norma de orden público.

La pregunta que sigue es si el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso puede defenderse de esta acción invocando el artículo 392 del Código Civil y Comercial, el cual expresa: “*Efectos respecto de terceros en cosas registrables*. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso”.

“Siguiendo los argumentos de Ferrer, Natale y Córdoba, la resolución de la donación por la violación de la legítima de un heredero forzoso, es una vicisitud distinta a la nulidad aludida en el nuevo artículo 392 (similar al derogado 1051), por lo cual dicho supuesto resolutivo no estaría comprendido en la citada norma, que deja a salvo los derechos adquiridos por el tercero de buena fe y a título oneroso. No obstante la claridad del artículo 392, en cuanto acota su alcance únicamente al supuesto de nulidad del acto jurídico antece-

dente, para evitar interpretaciones distorsionantes que persiguen ampliar el ámbito de aplicación de una norma de excepción, conviene aclarar que la acción reipersecutoria contenida en el artículo 2458 procede aun contra subadquirentes de buena fe y a título oneroso, prevaleciendo así la protección adecuada de la legítima, de acuerdo con la doctrina ampliamente mayoritaria que ya se ha pronunciado respecto de la misma cuestión suscitada en el antiguo régimen”<sup>4</sup>.

Pero teniendo en cuenta que la reforma al artículo 2458 agrega: “salvo lo dispuesto en el artículo anterior” y siendo que el anterior 2457 reformado expresa: “la reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso”, provoca como lógica consecuencia que al tercero de buena fe y a título oneroso no se le podrá oponer la acción de reducción, es decir que a él no lo alcanzarán sus efectos reipersecutorios.

Ahora queda por dilucidar cuándo ese tercero es de buena fe, y aquí puede sumarse algo más grave aún, pues el artículo 2459 agrega en su modificación sancionada que “no obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación” y con todo ello llegamos a la conclusión de que se ha revertido la naturaleza misma de la donación, la cual pasa de ser un título observable e imperfecto, pues su eficacia quedaba sujeta a la condición resolutoria de no afectar la legítima hereditaria, a ser un título inobservable y perfecto, en detrimento de los derechos de los herederos legitimarios quienes podrán ser burlados en su legítima y desprotegidos por más de ser la misma de orden público.

Si quisiéramos atacar el acto intentando probar la mala fe del tercer adquirente a título oneroso, sería imposible, pues al tiempo de la donación no puede saberse si tal liberalidad afecta o no la legítima hereditaria, pues su cálculo sólo podrá realizarse al tiempo de la muerte del donante, pues recién allí se conocerá uno de los componentes necesarios para su determinación, el cual consiste en la masa hereditaria.

<sup>4</sup> MEDINA y ROLLERI, *Derecho de las Sucesiones* cit., p. 619.

En un ejemplo podremos advertir los efectos de esta reforma: si una persona dona todos sus bienes a otra y luego esta última los vende y se insolventa, el derecho de sus herederos forzosos se transformará en un crédito incobrable, pues no podrá efectivizarlo del donatario y el tercero a título oneroso (a quien no se le podrá probar mala fe), queda cubierto por la interrupción del efecto reipersecutorio de la acción de reducción, ergo, se han creado normas que permiten vulnerar las legítimas hereditarias.

Con esta modificación al artículo 2458 se provoca una afectación clara de la garantía constitucional consagrada en el artículo 14 bis (protección integral de la familia).

4) Se ha sancionado también la modificación al artículo 2459 del Código Civil y Comercial, el cual ha quedado redactado de la siguiente forma: “*Prescripción adquisitiva*. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”.

Este artículo ya era muy cuestionado en su redacción originaria, la cual es reproducida totalmente por la reforma y además agrega un párrafo que provoca aún más su controvertida existencia, que consiste en: “No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”.

Los principales cuestionamientos que se generan al artículo originario son los siguientes:

- Contraría uno de los principios básicos en el Derecho: “*actio nondum nata non præscribitur*”, es decir que la acción que aún no ha nacido no puede prescribir. En este artículo se dispone que el plazo de prescripción adquisitiva empieza a correr desde que el donatario comience a poseer la cosa donada, por lo cual el plazo de prescripción de 10 años puede transcurrir en vida del donante y eso provocaría que si a su muerte ya transcurrió dicho plazo la acción nació muerta. Además, permite a los terceros subadquirentes unir posesiones conforme el artículo 1901 para alcanzar el plazo de los 10 años con los fines prescripti-

vos. Parte de la doctrina opina que este artículo lesiona el derecho de defensa del heredero forzoso perjudicado.

- Asimismo, este artículo desconoce que la base del cálculo para determinar la legítima sólo puede efectuarse al tiempo de fallecimiento del causante, pues recién allí se conocerá la masa hereditaria (que son los bienes transmisibles mortis causa que deja el causante al tiempo de su muerte), a la cual se le deberán restar las deudas, y luego se le deberán sumar el valor de las donaciones realizadas. Por lo cual no es posible al tiempo de la donación si tal liberalidad va a afectar o no la legítima hereditaria.

“Se ha sostenido que con esta disposición legal se desprotege a la legítima hereditaria por cuanto mientras está corriendo dicho plazo de prescripción adquisitiva, el heredero forzoso presuntivo no tiene acción para defenderse, la cual recién le nace con la muerte del donante, cuando adquiere la calidad de heredero, en cuya oportunidad frecuentemente ya se habrá cumplido aquel plazo de diez años, con lo cual se consuma la lesión a la legítima”<sup>5</sup>.

Pero la norma es más cuestionable con lo que se ha adicionado con la reforma sancionada: “No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”. El hecho de que el conocimiento de la existencia de la donación no obste a la buena fe del poseedor del bien donado para lograr su prescripción, o bien del tercer subadquirente, sólo puede ser inadmisiblemente aceptado para favorecer el tráfico jurídico en desmedro de los derechos de los legítimarios.

La gravedad de lo planteado podría ser llevada por analogía, tal como lo planteara precedentemente, a la conceptualización de la buena fe del artículo 2458. Esto significa una disminución del derecho, y de no reconocer esta situación quizás el próximo paso podría ser que los acreedores del donante tampoco pudieran plantear la inoficiosidad de la donación realizada por su deudor, quien para eludir sus obligaciones dispone de sus bienes mediante donaciones, y si el do-

<sup>5</sup> CÓRDOBA, M. M., *Sucesiones*, Eudeba y Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2016.

natario luego dispone en forma onerosa, tampoco podría accionar útilmente conforme a lo ya expuesto con relación a la buena fe.

Este antecedente legislativo nos lleva a pensar que si quien se halla protegido por una norma de orden público (heredero forzoso) encuentra su desprotección en la propia ley, más aún lo podría estar quien no se ve en tal situación, en concreto el acreedor del donante.

Hoy podría decirse que “el patrimonio del deudor es la garantía de su acreedor”, pero mañana podríamos modificar la ley y expresar que ello es “sin perjuicio de los derechos adquiridos por el tercero de buena fe y a título oneroso” y agregar, al igual que plantea la reforma en el artículo 2459, que “no obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”.

Esto trae una inaceptable consecuencia: inseguridad jurídica.

#### **IV. Conclusiones**

La sancionada reforma provoca una desarmonización del sistema jurídico y desnaturaliza la acción que tutela la legítima hereditaria al quitarle los efectos reipersecutorios, todo lo cual torna el derecho del legitimario en un crédito que sólo se hará efectivo para el caso de que el donatario sea solvente.

El sistema de legítima hereditaria se sostiene justamente en el orden imperativo que la ley debe ejercer para su efectivo cumplimiento, y la forma de ejecutarlo es reipersiguiendo el bien donado de manos de quien lo detente, de no ser así, el heredero legitimario quedará desprotegido sin poder efectivizar su derecho, y como colofón de ello obtendrá una resolución judicial que no podrá ejecutar.

La reforma ha incurrido en un grave error conceptual, confundiendo la acción de colación con la de reducción, al tiempo de que en el artículo 2386 dispone que ante el caso que plantea dicha norma, el cual es un claro supuesto de afectación de legítima hereditaria, dispone que la donación inoficiosa “está sujeta a la acción de colación, debiendo compensarse en dinero”, cuando es sabido que la acción que protege la legítima hereditaria es la de reducción y no la de colación como el artículo expresa.

Con lo agregado al artículo 2457 se crea una flagrante incongruen-

cia, pues dicho artículo expresa que si prospera la acción de reducción se resuelve la donación, pero por otro lado incorpora: “la reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso”. Es decir, el bien vuelve al titular no como se lo entregó al donatario, sino con los derechos reales constituidos por quien resultó vencido, por lo cual el legitimario podría verse desplazado por aquel titular del derecho real constituido o transmitido por el donatario. Es una clara desnaturalización de la acción de reducción que torna ineficaz su ejercicio.

Con relación al artículo 2458, su agregado inicial, “salvo lo dispuesto en el artículo anterior”, provoca como lógica consecuencia que al tercero de buena fe y a título oneroso no se le podrá oponer la acción de reducción, es decir que a él no lo alcanzarán sus efectos reipersecutorios. Esto torna en ilusorio el derecho del legitimario, pues la mala fe no podrá ser probada ya que al tiempo de la liberalidad no es posible saber si afecta la legítima hereditaria, dado que uno de sus componentes para su cálculo, que es la masa hereditaria, sólo se conocerá el día de la muerte del donante, y lógicamente el donatario manifestará que no podía saber al tiempo de la liberalidad si la misma afectaría o no la legítima de los herederos forzosos.

También se ha modificado el concepto de buena fe del subadquirente del bien que proviene de una donación al expresar en el artículo 2459 que “no obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”, lo cual provoca inseguridad jurídica, pues justamente al tomar conocimiento de la existencia de una donación en los respectivos registros se genera el conocimiento del adquirente de la existencia de un título esencialmente revocable, pues “nadie puede ceder un mejor derecho del que tiene”, y con esta reforma se crea una inadmisibles y muy peligrosa excepción, la cual hoy es impuesta a los herederos legitimarios, y quizás mañana se pretenda imponer con otra reforma, a los acreedores del donante, utilizando este mismo antecedente normativo.

La reforma busca favorecer el tráfico jurídico de los bienes, sacrificando la legítima hereditaria de los herederos forzosos, lo cual es inaceptable.

La modificación sancionada afecta garantías constitucionales tales como “la protección integral de la familia” (art. 14 bis), “igualdad” (art. 16), “propiedad” (art. 17), todas las cuales se encuentran fuertemente arraigadas en nuestro Derecho, e incluso avaladas por tratados internacionales.

Finalmente, concluyo que esta reforma legislativa provoca la desarmonización de nuestro sistema normativo en relación con la legítima hereditaria, una mayor inseguridad jurídica, y una flagrante afectación a la protección integral de la familia.

# MODIFICACIÓN A LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN OCHO RAZONES QUE AVALAN LA REFORMA

por GRACIELA MEDINA

SUMARIO: I. Introducción y objetivos. 1. Artículo 2386. 2. Artículo 2457. 3. Artículo 2459. II. Ocho fundamentos que avalan la reforma. 1. Da seguridad al tráfico jurídico. 2. Facilita el crédito. 3. Evita injustas diferencias entre herederos que recibieron donación de dinero y herederos que recibieron donación de bienes registrables. 4. Contribuye a sincerar el sistema y evita el fraude y la simulación. 5. Protege al tercer adquirente de buena fe y a título honoroso. 6. Revaloriza el concepto de buena fe. 7. Favorece a las personas jurídicas sin fines de lucro. 8. Compatibiliza la protección de la legítima con la seguridad jurídica. a) Normas preventivas. b) Normas defensivas. III. Conclusión.

## I. Introducción y objetivos

En el presente artículo nos proponemos analizar exegéticamente las reformas a los artículos 2386, 2457, 2458 y 2459 del Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994, introducidas por el proyecto de ley impulsado por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación el 11 de noviembre de 2020 y dar ocho razones que avalan, justifican y hacen propicias las modificaciones.

### 1. *Artículo 2386*

*“Donaciones inoficiosas.* La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación

o mejora, está sujeta a colación, pudiendo compensarse la diferencia en dinero u otros bienes a elección del donatario”.

El artículo reformado repite un artículo del proyecto de reforma del Código Civil de 1998, cuyo objetivo radica en tratar de brindar seguridad jurídica a las operaciones inmobiliarias evitando la posibilidad de ejercer acciones de reducción entre herederos forzosos y permitiendo que entre descendientes y cónyuges sólo se pueda ejercer la acción de colación.

Al respecto hay que tener en cuenta que la colación supone computar en la masa partible el valor de las donaciones que el causante le ha hecho en vida a un heredero forzoso que concurre con otros herederos forzosos, e imputar en su propia porción ese valor, para compensar a los demás herederos en bienes hereditarios equivalentes a los que le fueron donados al colacionante, es decir, al heredero donatario.

La computación es una agregación o adición contable del valor de lo donado al caudal relicto. La imputación supone la aplicación del valor donado a la cuota hereditaria del colacionante.

La compensación implica para los herederos forzosos no donatarios recibir más bienes del caudal relicto, con el fin de igualar las porciones hereditarias de todos los herederos forzosos. Para que se pueda efectuar esa compensación tiene que haber bienes suficientes en el caudal hereditario.

Por ejemplo, si un causante con dos herederos forzosos le ha donado a uno de ellos una cosa por valor de 2.000, al morir deja 4.000, habrá que computar el valor donado al caudal relicto, lo cual sumará un total de 6.000. La participación o cuota de cada heredero es de 3.000, pero como uno de ellos recibió en vida 2.000, se imputará ese valor a su porción, de manera que la parte del heredero donatario estará formada por 2.000 del valor de la donación y por otros 1.000 del caudal relicto, total 3.000. El heredero no donatario recibirá 3.000 del caudal relicto.

La acción de colación en la Argentina es una colación contable, en la cual no se traen bienes a la masa hereditaria, ni se produce ningún aporte material. Se trata de una operación aritmética de con-

tabilidad donde el obligado no debe restituir a la masa el bien ni su equivalente en efectivo, sino computar su valor para disminuirlo en la hijuela que le corresponde.

Este sistema está basado en el *moins prenant* de la doctrina francesa, cuyo significado es tomar de menos y es la forma utilizada por el Código Civil y Comercial en su artículo 2396 que establece que “La colación se efectúa sumando el valor de la donación al de la masa hereditaria después de pagadas las deudas, y atribuyendo ese valor en el lote del donatario”.

Éste es también el sistema del Código Civil español, en cuyo artículo 1045 se expresa: “No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios”.

Es el sistema del Código Civil alemán, recogido en el artículo 2055, párrafo 1º, que dice: “En la partición se imputa a cada coheredero en su porción hereditaria, el valor de la atribución que ha de traer a colación. El valor de todas las atribuciones que han de traerse a colación se adiciona al caudal relicto, en tanto que éste corresponda a los coherederos entre los que tiene lugar la colación”.

No ofrecen dificultad los casos en que el valor de la donación colacionable es menor o igual que el correspondiente a la cuota del heredero donatario en la herencia. La materialización de la cuota del heredero surge de sumar el caudal hereditario neto y el valor de la donación, dividiendo ese monto resultante por el número de herederos.

Aplicando los principios comunes de los artículos 2396 y siguientes, en tales casos se procederá a descontar, en el momento de la partición, el valor de la donación en la hijuela del donatario, recibiendo de menos bienes hereditarios y compensando con más bienes a los demás coherederos; o no recibiendo nada si la donación es igual a la cuota hereditaria del donatario, repartiendo entonces el caudal entre los otros coherederos.

La dificultad surge cuando el valor de la donación es mayor que la cuota hereditaria del heredero donatario, excediendo la parte de libre disposición y la porción de legítima del donatario; en ese caso

se viola la legítima de otro heredero forzoso. Por ello deja de actuar la colación y entra a regir la reducción. Aquí según el CCyCN ya no corresponde igualar las porciones de los herederos forzosos sirviéndose de operaciones contables, sino que hay que aplicar la reducción para defender la legítima de otro heredero forzoso de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2386, que en su texto original decía: “*Donaciones inoficiosas*. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso”.

Pongamos un ejemplo: un causante tiene dos hijos, Adrián y Bartolo. Al hijo Bartolo le dona un campo que tiene un valor de 900.000. Al morir sólo queda en el caudal hereditario un departamento valorado en 100.000. Se suman el *donatum* y el *relictum*, formando una masa ficticia de 1.000.000. La donación al hijo Bartolo de 900.000 viola la legítima del hijo Adrián (masa ficticia de 1.000.000, legítima global de 700.000) que es de 350.000, a cada hijo. El hijo Adrián se quedará con el departamento (valuado en 100.000) y en el régimen del CCyCN Adrián podía iniciar una acción de reducción por 250.000 (350.000-100.000) con lo que cubriría su legítima de 350.000. En ese supuesto luego de dictada la sentencia de reducción de la donación a Adrián le corresponderá una participación en el campo de 250.000 más el departamento de 100.000, con lo que cubrirá su legítima de 350.000. En cambio, aplicando el régimen nuevo Adrián no podría iniciar una acción de reducción.

En el sistema del CCyCN anterior a la reforma del año 2020, la acción de reducción se podía ejercer contra el donatario que no es heredero forzoso y contra el donatario que es heredero forzoso, cuando se viola la legítima de otro heredero forzoso. En el Derecho extranjero esta posición está fuera de discusión, pues ninguna legislación hace distingo en la acción de reducción, si está dirigida contra extraños o contra otros herederos forzosos.

En el sistema reformado en el año 2020, la acción de reducción no se puede ejercer contra descendientes y cónyuges.

Para entender lo antedicho hay que tener en cuenta que el sistema argentino diferencia la acción de reducción de la de colación, porque

mientras que el objeto de la acción de colación es proteger la igualdad de los herederos forzosos el objeto de la acción de reducción es la protección de la legítima. Así, estas acciones se diferencian en que:

- 1) La acción de reducción tiene por objeto proteger la porción legítima y sólo opera en caso de que aquélla se haya visto afectada para disminuir las donaciones que excedan la porción disponible, sin entrometerse en las posibles desigualdades provenientes de que el testador haya beneficiado a alguno de sus herederos forzosos.

La acción de colación, en cambio, funciona, aunque la legítima no se haya visto afectada ya que busca mantener la igualdad en la distribución entre herederos legitimarios.

- 2) La reducción puede invocarse aun contra la voluntad del causante ya que hace prevalecer el orden público del instituto de la legítima hereditaria; por el contrario, la colación procede sólo si el causante guardó silencio, pues ésta se presume como adelanto de la herencia, y sólo no prospera al efectuar una dispensa de colación.
- 3) La acción de reducción tiene efectos reipersecutorios, aunque pueda compensarse el excedente afectado en dinero, en tanto que la colación se traduce en una mera operación contable.

El sistema que fue aprobado por la Cámara Nacional de Diputados el 11 de noviembre de 2020 cambia profundamente el sistema hereditario argentino al privar de la acción de reducción a los descendientes y al cónyuge cuando vean menoscabadas sus legítimas por donaciones efectuadas a herederos forzosos excepto a ascendientes.

El cambio de régimen encuentra su fundamento en la necesidad de proteger al tráfico inmobiliario, la seguridad jurídica y sincerar el sistema, ya que antes de la reforma los inmuebles que tenían como antecedente una donación no eran comprados, ni aceptados como garantía por el temor al ejercicio de una acción de reducción, esto obligaba a ocultar el contrato de donación con otras formas jurídicas o a donar dinero que no estaba sujeto a reducción. Estas situaciones buscan ser evitadas con la nueva legislación que privilegia el tráfico inmobiliario a la protección de la legítima mediante la acción de

reducción, manteniendo intactas las otras acciones protectorias, como la de complemento de legítima.

## 2. *Artículo 2457*

*“Derechos reales constituidos por el donatario.* La reducción extingue con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. Sin embargo, la reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso”.

En cuanto a la acción de reducción cabe recordar que la reducción es una acción que protege la legítima contra aquellas disposiciones testamentarias y donaciones que realizó el causante en exceso de su porción disponible, y mediante la cual se busca reducir ese excedente, hasta dejar integrada la cuota legítima del heredero accionante. Esta acción procede contra terceros adquirentes, a los que el nuevo artículo busca proteger cuando fueren de buena fe y a título oneroso.

“La seguridad del tráfico jurídico, que tanto preocupa a los notarios –dice Fernando Pérez Lasala–, queda cubierta con la protección del tercer adquirente a título oneroso y de buena fe, sin necesidad de imponer la colación a supuestos propios del instituto de la reducción. Se obtendría el mismo resultado jurídico, sin violentar las instituciones”.

## 3. *Artículo 2459*

*“Prescripción adquisitiva.* En cualquier caso, la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez (10) años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”.

La redacción dada al artículo en cuestión constituye una oportunidad perdida de corregir un texto largamente criticado por la doctrina nacional, ya que la prescripción de la acción de reducción no puede comenzar a correr en vida del causante, porque la acción nace con su muerte.

No obstante que el texto insiste en una redacción hay que rescatar el último párrafo de la norma comentado en cuanto señala *que no afecta la buena fe del comprador el mero conocimiento de la existencia de la donación*. Ello es correcto y guarda correlación con todo el nuevo régimen que busca proteger al tercer adquirente de buena fe.

Pensamos que con esta norma el tercero que quiera adquirir un inmueble y que se le informe por el resultado del estudio de título que entre los antecedentes del bien consta una donación, puede comprar con tranquilidad porque el conocimiento de este antecedente no afecta su buena fe.

La buena fe del adquirente se verá afectada cuando el mismo comprador sea parte de una maniobra defraudatoria o conozca que la venta es con fines fraudulentos o de mala fe, pero la simple existencia de una donación entre los antecedentes dominiales no hace presumir la carencia de buena fe del comprador.

## **II. Ocho fundamentos que avalan la reforma**

### *1. Da seguridad al tráfico jurídico*

En el régimen del CCyCN siempre que existía una donación de un bien registrable existía la posibilidad de que este bien estuviera sujeto a acción de reducción, lo que le restaba valor de mercado y en muchos casos los excluía del tráfico jurídico, porque no podían ser adquiridos con préstamos hipotecarios.

### *2. Facilita el crédito*

En el sistema del CCyCN, los bancos no aceptaban como garantías para préstamos hipotecarios inmuebles que tuvieran como antecedente una donación, lo que disminuía el acceso al crédito, dificultaba la compra de inmuebles y constituía un severo problema si éstos estaban destinados a vivienda.

Con el nuevo régimen incorporado con la reforma del año 2020 se facilita el crédito al excluir de la acción de reducción a los bienes que han sido donados a los hijos y al cónyuge, lo que constituye una importantísima razón que avala el cambio.

3. *Evita injustas diferencias entre herederos que recibieron donación de dinero y herederos que recibieron donación de bienes registrables*

El sistema del CCyCN marca una feroz e injusta diferencia entre los herederos que recibieron la donación del dinero para comprar un inmueble y aquellos a quienes se les donó un inmueble, ya que los primeros no están sujetos a acción de reducción y los segundos sí. Ello constituye una injusta distinción que nos demuestra que el sistema no basta para proteger la legítima de los herederos forzosos cuando la donación es de bienes no registrales y entorpece el tráfico jurídico cuando lo donado es un bien sujeto a derechos registrales.

4. *Contribuye a sincerar el sistema y evita el fraude y la simulación*

El régimen del CCyCN de reducción de donaciones llevaba a que muchas veces se disfrazara la donación del inmueble a los descendientes, bajo otros ropajes jurídicos o se simularan compraventas entre padres e hijos, o se constituyeran sociedades simuladas, o en lugar de donar inmuebles se donara dinero para la compra del predio porque sobre el dinero, al no ser un bien registrable, no se puede realizar la acción de reducción.

El nuevo sistema hace innecesario esconder la donación a descendiente porque este contrato no está sujeto a acción de reducción.

5. *Protege al tercer adquirente de buena fe y a título honeroso*

Con la reforma se pretende dar una mayor protección al tercero de buena fe impidiendo que se puedan reducir las donaciones que afecten la legítima de terceros adquirentes de buena fe.

El nuevo sistema deja de lado la tesis que estima más justa la protección del legitimario burlado en su derecho por la conducta antijurídica de su pariente, que la del adquirente que pagó el precio de mercado del inmueble; que es totalmente ajeno a la relación de los coherederos; que obró con entera buena fe; que, normalmente, no pudo conocer la existencia de la particularísima situación que podría originar el desbaratamiento de su derecho, y que, además, recurrió

al escribano de su confianza, que hizo el pertinente estudio de títulos sin poder mensurar el equilibrio del acervo al momento del fallecimiento, ni encontrar ostensible indicio de imperfección o de posibles riesgos.

6. *Revaloriza el concepto de buena fe*

Tras la reforma introducida en el año 2020 al sistema de reducción de donaciones, debe ser considerado de buena fe el adquirente que no conoció o no hubiera podido conocer, actuando con razonable prudencia, la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el donatario, o que los derechos de éste están judicialmente controvertidos no siendo suficiente que el adquirente conozca la existencia de la donación, para estimarlo de mala fe.

7. *Favorece a las personas jurídicas sin fines de lucro*

Cumplen un gran fin social, como las asociaciones, fundaciones y las organizaciones religiosas, entre otras, quienes normalmente reciben bienes en donación y padecen los efectos que tiene la actual acción de reducción por cuanto tienen dificultades para transmitir bienes recibidos por donación; lo que puede frustrar la consecución de su objeto. Estas personas jurídicas ven entorpecidas sus funciones si deben esperar diez años a partir de la toma de posesión del inmueble por el donatario, para poder disponer del bien sin observabilidad alguna del título.

8. *Compatibiliza la protección de la legítima con la seguridad jurídica*

Algunas voces han sostenido que esta reforma desprotege totalmente la legítima hereditaria.

Consideramos que ello no es así, y que por el contrario se mantiene el régimen legitimario con su esquema protectorio pero se lo compatibiliza con la necesidad de seguridad en el tráfico inmobiliario.

En efecto, la protección de la legítima tras la reforma es implementada a través de dos tipos de normas: las preventivas y las persecutorias.

a) *Normas preventivas*

Dentro de ellas podemos encontrar al artículo 2447, mediante el cual no pueden imponerse gravámenes ni condiciones; el artículo 2449 que dispone la irrenunciabilidad de la legítima; el 1010, referido a que los pactos hereditarios autorizados no pueden afectar la legítima hereditaria; el artículo 2448 que prevé la mejora estricta del legitimario discapacitado; el artículo 2460, relativo a la constitución de usufructo, uso y habitación o renta vitalicia, y el 2461 de transmisión de bienes a legitimarios.

b) *Normas defensivas*

En este grupo podemos encontrar a las acciones de protección de la legítima, que son los remedios legales previstos por el legislador para subsanar la legítima que ya ha sido afectada.

Tras la reforma entre cónyuges y descendientes se mantienen tres tipos de acciones: de entrega de la legítima (2450), de complemento (2451) y de reducción de disposiciones testamentarias (2452); como se advierte, la modificación legislativa no extingue las acciones de protección de la legítima entre herederos forzosos.

Por otra parte, excepto en las relaciones entre descendientes y cónyuge se mantienen cuatro tipos de acciones: de entrega de la legítima (2450), de complemento (2451), de reducción de disposiciones testamentarias (2452) y de reducción de donaciones (2453).

La supresión de la posibilidad de ejercer la acción de reducción de donaciones entre herederos forzosos descendientes y cónyuge no impide la protección preventiva de la legítima, ni el ejercicio de las restantes acciones, sino que compatibiliza la protección legitimaria con la necesaria seguridad del tráfico jurídico.

### **III. Conclusión**

Creemos que la reforma es valiosa y que el sistema sucesorio debe reflejar los valores que queremos para el país que deseamos; así, si deseamos un país con más desarrollo y equidad, debemos esforzarnos en tener instituciones que alienten la seguridad jurídica.

# **LAS MODIFICACIONES A LA REDUCCIÓN Y EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA: QUITA DE COHERENCIA AL SISTEMA Y TRANSGRESIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

por OLGA ORLANDI<sup>1</sup>

SUMARIO: 1. Alcance de estas reflexiones. 1.1. Posiciones y argumentos a favor. 1.2. Posiciones y argumentos en contra. 2. La legítima. Medios de protección. 3. La acción de reducción. Efecto reipersecutorio. 3.1. Los nuevos límites del efecto reipersecutorio. 4. Modificaciones al artículo 2386. 4.1. Procedencia excepcional de la reducción. Derogación. 4.2. El nuevo artículo 2386: la colación. 5. Modificación al artículo 2457 del CCyC. Derechos reales constituidos por el donatario. 5.1. El artículo 2457 del CCyC de la ley 26.994. 5.2. El nuevo texto del artículo 2457 del CCyC es erróneo y confuso. 6. Modificación al artículo 2458 del CCyC. 6.1. El artículo 2458 derogado. 6.2. El artículo 2458 modificado. 7. Modificación al artículo 2459 del CCyC. 7.1. El artículo 2459 del CCyC de la ley 26.994. 7.2. El artículo 2459 del CCyC modificado. 8. Conclusiones.

## **1. Alcance de estas reflexiones**

Ante la reciente modificación a las donaciones inoficiosas y acciones de protección de la legítima, en especial de los efectos reipersecutorios de la reducción (ley 27.587/2020), estas breves líneas de reflexión se concretan en la temática mencionada y no tienen como

<sup>1</sup> Profesora titular de la cátedra “B” de Derecho Privado VI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Especialista en Derecho de Familia. Investigadora. E-mail: orlandi.olga@gmail.com.

objeto un posicionamiento ante el profundo debate que merece “la autonomía personal versus la legítima”. El cambio legislativo analizado proviene de intereses económico-financieros y corporativos que desdibujan el derecho de propiedad y los derechos de los legitimarios.

En el examen de las modificaciones sancionadas, comparamos con la normativa consagrada en la ley 26.994/2015 –señalando la evolución y diferencias en relación con el Código Civil derogado–, centrando el abordaje en el tradicional *efecto reipersecutorio* de la reducción y su trascendencia en la efectividad de los derechos de los legitimarios.

Las donaciones que pueden afectar la integridad de las legítimas comprenden las realizadas a alguno de los propios herederos legitimarios, en perjuicio de los demás –en casos particulares– (art. 2386, CCyC), o a terceros, en perjuicio de todos los herederos (arts. 2457, 2458 y 2459), dado que en cualquiera de estos casos se configura como antecedente una donación hecha bajo condición resolutoria legal –en el caso de que conculque la legítima–, resultando en consecuencia un dominio revocable eventual.

Analizamos las nuevas expresiones de los artículos modificados por la ley 27.587 (arts. 2386, 2457, 2458 y 2459 del CCyC) en el contexto de regulación de la legítima en el CCyC vigente<sup>2</sup> que en esencia pretenden impedir el efecto reipersecutorio –acción reipersecutoria– en las acciones de reducción entre herederos forzosos y también aquellas dirigidas a subadquirentes a título oneroso y de buena fe considerando que debe primar la seguridad en el tráfico jurídico.

<sup>2</sup> El Proyecto fue aprobado por el HS el día 15-10-2020 y por la Cámara de Diputados el 11-11-2020. Antecedentes: El diputado Luis Francisco Cigogna, en 2017, presentó el proyecto de supresión de la acción de reducción entre herederos forzosos en la Cámara de Diputados (expte. D-2482-17), donde fue aprobado por unanimidad el día 22 de noviembre del año 2017 y fue rechazado en Senadores. Al no ser tratado durante los años 2018 y 2019, perdió estado parlamentario. En el año 2020, el proyecto fue presentado nuevamente por los senadores Juan M. Pais, Beatriz G. Mirkin, Claudio M. Doñate, Cristina López Valverde, Inés I. Blas, Adolfo Rodríguez Saá, María T. M. González y Silvina M. García Larraburu, expte. S-328/2020. Los escribanos de la capital federal insistieron en el sostenimiento del proyecto, hasta lograr su aprobación en busca de impedir las acciones de reducción entre herederos forzosos y también aquellas dirigidas a subadquirentes a título oneroso y de buena fe.

Las modificadas confunden conceptos y desconocen el fundamento de las acciones protectorias de la legítima –en especial la reducción– al eliminar en cuatro normas el efecto reipersecutorio de la acción.

### 1.1. *Posiciones y argumentos a favor*

Conocimos varios proyectos propiciados por el colectivo de notarios que reiteraban las propuestas<sup>3</sup> apoyando la supresión del efecto reipersecutorio en la acción de reducción con relación a las normas pertinentes del Código Civil derogado y otros con respecto al Código Civil y Comercial de la Nación. Esencialmente se sostiene desde esta posición que *subvierte la seguridad jurídica inmobiliaria, provoca un estancamiento del crédito y obliga al donante a una simulación*.

Graciela Medina parece no acordar con algunos de los cambios, pero concluye expresando que se busca dar seguridad al tráfico jurídico y proteger al tercero de buena fe; responde a las necesidades que tiene la sociedad moderna, de certeza negocial y respeto a la buena fe contractual. Siempre que exista una donación de un bien registrable, existe la posibilidad de que este bien esté sujeto a acción de reducción, lo que le resta valor de mercado y en muchos casos lo excluye del tráfico jurídico, ya que los bancos no aceptan inmuebles que tienen como antecedente una donación para la constitución de mutuos hipotecarios, lo que disminuye el acceso al crédito, dificulta la compra de inmuebles, y constituye un severo problema, si éstos están destinados a vivienda. Acentúa desde su posición que este cambio de paradigmas no merece objeciones, por cuanto considera que las políticas públicas en torno al Derecho de Sucesiones deben adecuarse a los intereses de la sociedad en que se dictan<sup>4</sup>.

### 1.2. *Posiciones y argumentos en contra*

Otra mirada –opuesta– se resiste a tales modificaciones con fun-

<sup>3</sup> Entre otros proyectos: CD 132/20; 1819-D-201; S-2836/18; exptes. 2482-D-2017, 3434-D-2019.

<sup>4</sup> MEDINA, Graciela, *Nueva ley de reducción y colación de donaciones. De la protección de la legítima a la protección del tráfico jurídico y del adquirente de buena fe*, en L. L. del 17-11-2020; AR/DOC/3778/2020.

damento en que quitarle el efecto reipersecutorio a la acción de reducción es dejarla sin efectividad; queda en gran parte vacuo el sistema protectorio régimen de legítimas hereditarias y transgrede la norma constitucional que impone la protección de la familia con fundamento en la solidaridad familiar<sup>5</sup>.

El eje está en considerar si debe primar el fundamento del efecto reipersecutorio que radica en el orden público que impera respecto de la porción legítima, o tal argumento quedaría totalmente neutralizado frente al orden público que también gobierna el régimen de los derechos reales (art. 1884, CCyC)<sup>6</sup>. Ante el conflicto de intereses tutelados, ¿cuál de ellos debe primar?

En una declaración la FACA se opuso al Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados en noviembre de 2020 señalando que “En los nuevos textos que proponen a los artículos 2457, 2458 y 2459 cambian el concepto de la buena fe del subadquirente, que se presumirá, aunque conozca que el bien que adquiere había sido donado al enajenante y aunque sepa que el donante tenía herederos forzosos a la fecha de la donación”.

El tema que abordamos es la anulación de los efectos reipersecutorios en la acción de reducción que ha sido receptado mediante la modificación de los artículos 2386, 2457, 2458, y 2459 del CCyC.

Desde la flexibilización del CCyC de 2015, en general se señalan como límites al efecto reipersecutorio de la reducción de donacio-

<sup>5</sup> Cfr. FERRER, Francisco A. M., *Retroceso legislativo. Proyecto del Senado que desarticula la defensa de la legítima*, en Rubinzal Online, RC D 3225/2020; GRIFFA, M. Florencia, *Algunas reflexiones acerca de los verdaderos alcances del Proyecto de Reforma al CCCN sobre donaciones inoficiosas y acciones de protección de la legítima*, en Microjuris.com Argentina, del 30-10-2020; MJ-DOC-15617-AR, MJD15617. Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) (reunión plenaria en Tucumán el 29-10-2010). Declaración: “Declarar la gravedad institucional que provocaría la aprobación legislativa de la reforma de los arts. 1831 y 3955 del Código Civil, que propone, en síntesis, quitarle el efecto reipersecutorio a la acción de reducción y con ello dejarla sin efectividad, permitiendo la impune violación del régimen de legítimas hereditarias y la norma constitucional que impone la protección de la familia”.

Ver conclusiones de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 7, Sucesiones; tema: *La legítima y su protección*.

<sup>6</sup> Cfr. VENTURA, Gabriel B., *Donaciones. Necesidad de modificar el artículo 2458 del Código Civil y Comercial*, en *Revista Notarial*, Año 2016/02, N° 94, Córdoba.

nes: los bienes registrables, la condición resolutoria legal y dominio revocable eventual (art. 2454, CCyC), el plazo de diez años de la posesión (art. 2459, CCyC), la prescripción de la acción de reducción (5 años desde la muerte del causante)<sup>7</sup>.

El efecto reipersecutorio ya había sido flexibilizado con la sanción del CCyC en 2015, sobre todo en cuanto el donatario puede desinteresarse al legitimario mediante el pago en dinero. Creemos que esta nueva modificación *quita coherencia al sistema de protección* de las legítimas vigente y en cierto modo *amputa los objetivos y efectos* admitidos por la doctrina jurídica argentina en la acción de reducción y su efecto reipersecutorio.

## 2. La legítima. Medios de protección

La legítima es una institución del Derecho Sucesorio, cuyas normas imperativas (orden público relativo) imponen un límite legal y relativo a la libertad de disponer por testamento o donación, reconociendo a los herederos legitimarios el derecho a determinada porción de la herencia, o de los bienes, o un derecho de crédito –según la posición que se asuma<sup>8</sup>–, del cual no pueden ser privados por el causante<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. LAMBER, Néstor Daniel, *Límites de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción en relación a las donaciones de inmuebles*, en *Revista del notariado*, N° 932, abril-junio de 2018.

<sup>8</sup> LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga; FARAONI, Fabian, *La sucesión por muerte y el proceso sucesorio*, Erreius, Buenos Aires, 2019, ps. 640 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. *Código Civil y Comercial explicado. Doctrina y jurisprudencia. Sucesiones. Artículos 2277 a 2671*, dir. por Ricardo Luis Lorenzetti, coautoría de Nora Lloveras, Olga Orlandi y Fabian Faraoni, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 425; LLOVERAS, ORLANDI y FARAONI, *La sucesión por muerte y el proceso sucesorio* cit.; LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga y FARAONI, Fabian, comentarios sobre el Libro VI del CCyC, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dir. por Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. VI; comentario a los arts. 2444 y ss., en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. XI, *Arts. 2277 a 2671*, dir. general: Jorge H. Alterini, directores del t. XI: Francisco A. M. Ferrer, Fulvio G. Santarelli, Alfredo M. Soto y coord. por Ignacio E. Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 567 y ss; *Derecho de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Libro Quinto. Ley 26.994*, dir. por Nora Lloveras, Olga Orlandi y Fabian Faraoni, Capítulo 6, *Colación de donaciones y colación de deudas*.

El incumplimiento de este deber impuesto por ley otorga a los legitimarios la facultad de utilizar las vías legales protectoras a fin de asegurar su derecho. La ley dispone remedios para resguardar el derecho de los legitimarios cuya legítima ha sido conculcada, otorgando al afectado las acciones tendientes a su protección, como medio de efectividad de los derechos consagrados<sup>10</sup>.

*Acción de protección a la igualdad de los legitimarios*, dir. por Nora Lloveras y Olga Orlandi, t. I, ps. 387 a 424; Capítulo 9, *Límites a la autonomía: la legítima hereditaria*, t. II, ps. 119 a 259, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

<sup>10</sup> Cfr. para el derecho anterior a la ley 26.994. HERNÁNDEZ, Lidia B., *Relación entre la colación y la reducción y el artículo 3604 del Código Civil*, en L. L. Litoral 1997, del 1-1-97, p. 22; LLOVERAS, Nora y ORLANDI, Olga E., *¿Colación o reducción entre coherederos?*, en J. A. 2002-III-1144, Lexis N° 0003/009104; ORLANDI, Olga E., *Las acciones de reducción y colación: similitudes, diferencias y discrepancias*, en J. A. 2001-IV-938, Lexis N° 0003/008581 o 0003/008590; PÉREZ LASALA, José Luis y MEDINA, Graciela, *Acciones judiciales en el proceso sucesorio*, Depalma, Buenos Aires, ps. 3/18; ORLANDI, Olga E., *La legítima y sus modos de protección. Análisis doctrinario y jurisprudencial en la dinámica del proceso sucesorio*, Colección de Derecho de Familia y Sucesiones, 2ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, ps. 195 y ss.; FERRER, Francisco A. M., *La acción de reducción*, en *Sucesiones. Libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, ps. 194 y ss.; MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, Depalma, Buenos Aires, t. II, p. 160, y *Manual de Derecho Sucesorio*, Depalma, Buenos Aires, ps. 129 y ss.; ZANNONI, Eduardo A., *Acción de reducción ejercida entre herederos forzosos*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2000-2, *Sucesiones*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 60; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Naturaleza del dominio adquirido a través de donaciones de quien tiene herederos forzosos. ¿Se trata de dominio imperfecto?*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2000-2, p. 71; LAFAILLE, Héctor, *Curso de Derecho Civil. Sucesiones*, Biblioteca Jurídica Argentina, t. II, Cap. XIII, ps. 175 y ss.; FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Tea, Buenos Aires, 1958, t. II, ps. 107 y ss.; BELLUSCIO, Augusto César, *Vocación sucesoria*, Depalma, Buenos Aires, 1975, y *Acción de complemento de la legítima*, en L. L. 1985-E-672; NATALE, Roberto N., *La acción de reducción*, Advocatus, Córdoba, 2008; LAJE, Eduardo J., *Los actos gratuitos del causante y la porción legítima*, en J. A. 1948-I, Sección Doctrina, p. 63; OVSEJEVICH, Luis, *Voz legítima*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, t. XVIII, ps. 115 y ss.; BORDA, Guillermo A., *Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, t. II, N° 971 y ss., ps. 118 y ss.; GOYENA COPELLO, Héctor R., *Tratado del Derecho de Sucesión*, La Ley, Buenos Aires, 1975, t. III, ps. 373/375; RÉBORA, Juan, *Derecho de las Sucesiones*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952, t. II, ps. 41 y ss.; DI LELLA, Pedro, *Reducción de las donaciones*

El CCyC regula expresamente: la acción de entrega de la legítima (art. 2450, CCyC), la acción de complemento (art. 2451, CCyC), la reducción de las disposiciones testamentarias (art. 2452, CCyC), la reducción de donaciones (art. 2453, CCyC). Nos interesa centrarnos en la acción de reducción de las donaciones y sus efectos.

### 3. La acción de reducción. Efecto reipersecutorio

El CCyC hace alusión a la reducción de las disposiciones testamentarias (art. 2452, CCyC) y a la reducción de las donaciones (art. 2453, CCyC). Posteriormente –en los artículos 2454 a 2459 del CCyC– especifica los efectos de la reducción.

La *acción de reducción* es el remedio legal otorgado a los legítimos frente a: a) disposiciones testamentarias –institución de herederos de cuota y legados– (art. 2452, CCyC), que mengüen la legítima de los herederos forzosos, y b) frente a las donaciones inoficiosas efectuadas en vida del causante (art. 2453, CCyC). Tiene por finalidad reconstituir la porción legítima que ha sido conculcada. Primero se reducen las disposiciones testamentarias y luego las donaciones.

Tal como estaba regulada –hasta la reciente modificación de los artículos referidos–, estimamos que la acción de reducción ha sido una acción personal, “reipersecutoria”, cuyo resultado es la resolución del dominio del legatario o donatario dentro de los límites establecidos, dado que se faculta al donatario a impedir la resolución entregando al legítimos la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima (art. 2454, CCyC), con lo que el efecto reipersecutorio era limitado por las opciones que se ponen en cabeza del donatario<sup>11</sup>. Otro límite al efecto reipersecutorio reside en la

*a heredero forzoso*, en J. A. 1995-IV-68; FARAONI, Fabian, *Acciones de protección a la legítima: aspectos procesales*, en J. A. 2001-IV; ORLANDI, Olga E., tesis doctoral: *La legítima*, Cap. V, ps. 227 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. ZANNONI, Eduardo, *Algunos aspectos sobre la igualdad entre herederos forzosos y la protección de la legítima hereditaria en el Proyecto de Código Civil (Acciones de colación y reducción)*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2012-3, *Proyecto de Código Civil y Comercial – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe,

nominada “prescripción adquisitiva regulada en el artículo 2459 del CCyC, hoy modificado”.

Los efectos de la reducción de las donaciones están regulados de una manera novedosa en el artículo 2454 del CCyC, que sigue los lineamientos elaborados por la doctrina y la jurisprudencia y prevé las distintas hipótesis en relación con las consecuencias de la reducción de las donaciones de acuerdo sea total o parcial; si el objeto es divisible o no y la novedosa opción en cuanto que el donatario puede impedir la resolución entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima, lo que tornaría su naturaleza en creditoria.

### 3.1. *Los nuevos límites del efecto reipersecutorio*

El ejercicio reipersecutorio de la reducción queda diluido según surge del tercer párrafo del artículo 2454 del CCyC mencionado. Al ser la donación un título imperfecto, el artículo 2458 del CCyC –hasta la actual modificación– admitía la persecución contra los terceros adquirentes de bienes registrables. Con relación al alcance del efecto reipersecutorio, cuando la donación era revestida de la apariencia de un acto oneroso, ha dado lugar a distintas interpretaciones en vigencia del CC y el CCyC<sup>12</sup>.

Ahora las nuevas modificaciones ponen límites al efecto reipersecutorio cuando las donaciones que pueden afectar la integridad de las legítimas hayan sido hechas a alguno de los propios herederos legitimarios, en perjuicio de los demás (art. 2386), o a terceros, en perjuicio de todos los herederos (arts. 2457, 2458 y 2459). Analizamos los cambios.

p. 655; MERLO, Leandro M., *La legitimación activa en la acción de reducción*, en *Erreiis. Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, junio de 2017, p. 479; IUSJU015940E; FEIGELMAN, Miriam R., *Las acciones de colación y reducción en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en *Erreiis. Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, octubre de 2017, p. 851.

<sup>12</sup> El art. 1051, CC derogado protegía al tercero adquirente de buena fe y a título oneroso cuando provenía de un *acto nulo*. De igual manera lo hace el art. 392 del CCyC.

#### 4. Modificaciones al artículo 2386

<p>Artículo 2386 (derogado) – <i>Donaciones inoficiosas</i>. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a <i>reducción</i> por el valor del exceso.</p>	<p>Artículo 2386 (modificado) – <i>Donaciones inoficiosas</i>. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a <i>colación</i>, debiendo compensarse la diferencia en dinero.</p>
--	---

##### 4.1. *Procedencia excepcional de la reducción. Derogación*

El artículo 2386 del CCyC<sup>13</sup> –hoy modificado– estatúa aquellas donaciones inoficiosas realizadas a un coheredero que daban lugar a la reducción. Se trata de la donación efectuada a un legitimario obligado a colacionar que excede tanto la porción disponible cuanto la porción legítima del donatario. Para la solución consagrada en el artículo 2386 del CCyC, que era la reducción, no tenía importancia si medió dispensa o mejora. Más simplemente: la norma admitía la acción de reducción contra las donaciones efectuadas a un descendiente y cónyuge, en las condiciones fijadas por el artículo 2386 del CCyC. Esta disposición debe coordinarse con el artículo 1565 del CCyC que estatuye sobre la inoficiosidad de las donaciones en general<sup>14</sup>; en tanto que el artículo en examen, se refiere específicamente sólo a las donaciones efectuadas a los descendientes y al cónyuge –conforme al sistema del CCyC–.

Debe aclararse: a) la donación es inoficiosa cuando excede la porción disponible conforme al artículo 1565 del CCyC, que se refiere a todas las donaciones que puede haber efectuado el causante; b) el

<sup>13</sup> El art. 2386, CCyC tenía como antecedente el derogado art. 3484 del CC y el art. 2340 del Proyecto de 1998. Por otra parte, también deben tenerse en cuenta los derogados arts. 1830, 1831 y 1832, CC (Libro Segundo, Sección Tercera, Título VIII, *De las donaciones*, Capítulo VII), en punto a las donaciones inoficiosas.

<sup>14</sup> Libro Tercero, *Derechos personales*; Título IV, *Contratos en particular*; Capítulo 22, *Donación*; Sección 3ª, *Algunas donaciones en particular*, art. 1565, *Donaciones inoficiosas* del CCyC.

artículo 2453 del CCyC dispone la reducción de las donaciones con el objetivo de cubrir la porción legítima del heredero respectivo, y c) el artículo 2386 del CCyC se refiere únicamente a las donaciones efectuadas al descendiente o al cónyuge, exigiendo que supere la porción disponible más la porción legítima del donatario, *reduciéndose* el excedente. Para la nueva redacción corresponde “colación”.

El artículo 2386 del CCyC de la ley 26.994 ponía fin al viejo debate de un pequeño sector de la doctrina que establecía que cuando se trataba de donaciones a herederos forzosos, siempre se aplicaban las reglas de la colación, negando entre ellos la acción de reducción.

La doctrina mayoritaria<sup>15</sup> y la jurisprudencia<sup>16</sup> entendían que cuan-

<sup>15</sup> Cfr. FERRER, Francisco A. M., comentario al art. 2386, ps. 443 y ss., en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* cit., t. XI; LLOVERAS y ORLANDI, *¿Colación o reducción entre coherederos?* cit., p. 1144; ZANNONI, *Acción de reducción ejercida entre herederos forzosos* cit., p. 60; LLOVERAS y ORLANDI, Cap. 6: *Colación de donaciones y colación de deudas. Acción de protección a la igualdad de los legitimarios* cit., t. I, ps. 398 y ss.

<sup>16</sup> CCCom. de Junín, 26-5-2016, “B. A. J. y otros c/B. B. C. s/Acción de Colación”, elDial.express del 3-6-2016, Año XVIII, N° 4495, <http://www.eldial.com/nuevo/>; elDial.com – AA9727. “En el caso y pese al nombre con que la sentenciante ha denominado la acción que prospera, luego de varios *devenires* en su fundamentación entre colación y reducción, la solución ha de ser mantenida ya que aquí el valor de lo donado más que exceder la porción disponible más la porción legítima del donatario, absorbió todo el acervo hereditario, por lo que estamos conforme explicaré ante una reducción (tal como fue también planteado en la demanda)”.

“A la luz de las previsiones del art. 2386, en coordinación con los arts. 2453 y 2458 y como se expresa en los Fundamentos que dieron lugar a la sanción del actual Código se soluciona ‘un problema oscuro en la doctrina nacional: el de si las donaciones que exceden la suma de la porción disponible y la porción legítima del donatario están sujetas a reducción o si sólo se debe el valor del excedente a modo de colación. Se ha estimado preferible la solución según la cual, aunque haya dispensa de colación o mejora, esa donación está sujeta a reducción por el valor en exceso’. Escapa a la función jurisdiccional e incluso a los requerimientos de este proceso valorar si esa opción y el paliativo que arbitra respecto a los efectos reipersecutorios vía una suerte de *prescripción adquisitiva breve* (art. 2459, CCCN), ha sido o no acertada. Lo cierto es que con su sanción ese criterio interpretativo es Derecho vigente”.

“Estoy convencido que la restitución del 50% indiviso debe ser restituido a título de reducción; sin perjuicio claro está de los derechos que como condómina-donataria le correspondan a la demandada por mejoras que hubiera introducido”.

do el valor de la donación excede la porción de legítima del donatario más la parte de libre disposición, se viola la legítima de otro heredero forzoso y, por ello, dejaba de actuar la colación para entrar a regir la reducción<sup>17</sup>. Cuando la donación hecha a un descendiente o al cónyuge excede la suma de la porción disponible más la legítima del donatario, la dispensa o la mejora que se haya efectuado, carecen de eficacia sobre el excedente. En este caso, el valor que lo supera está sujeto a reducción, que es la forma en que la ley protegía la legítima, lo que explica que un sector de la doctrina entienda que el artículo 2386 del CCyC, en tanto protege la legítima, debió estar incluido en el Título X del Libro Quinto y no dentro de las normas de la colación<sup>18</sup>.

#### 4.2. *El nuevo artículo 2386: la colación*

La modificación legislativa del artículo 2386 expresa: “*Donaciones inoficiosas*. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a ‘colación’, debiendo compensarse la diferencia en dinero”.

Se suprime así la acción de reducción y su efecto reipersecutorio, lo que llevaría a admitir en ciertos casos la impunidad de la violación a los principios constitucionales de igualdad y de protección integral de la legítima, descartando la solución elaborada por la jurisprudencia y apoyada por prácticamente la unanimidad de la doctrina jurídica argentina.

Parte de la doctrina que apoya los cambios en general no coincide en éste, porque expresan que “al suprimir la acción de reducción entre herederos forzosos, descendiente y cónyuges, se altera sustancialmente la protección de su legítima, porque la acción de colación es válida para proteger la igualdad entre los sucesores, pero no para proteger su legítima. La acción de colación está basada en el *moins*

<sup>17</sup> Cfr. PÉREZ LASALA, José Luis, *Tratado de sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, ps. 813 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. AZPIRI, Jorge O., *Derecho Sucesorio*, 5ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 230.

*prenant* de la doctrina francesa, cuyo significado es *tomar de menos*, que no basta cuando la legítima se ha menoscabado”<sup>19</sup>.

La obligación se desliga de los bienes recibidos en donación y pasa a ser una obligación dineraria del cónyuge o descendiente donatario, en caso de insolvencia del donatario.

La solución receptada resulta incoherente por cuanto haya o no dispensa de colación o mejora (sobre la porción disponible), el descendiente o cónyuge que ha recibido la donación no está obligado a colacionar; y si la donación que recibió, pese a la cláusula expresa de mejora, ha excedido la porción disponible más la porción legítima individual del donatario, sí o sí, por el exceso procede la acción de reducción, que es una acción que resguarda la legítima, y no la acción de colación, que tiene otra finalidad. En esencia, se tergiversa el objeto que tienen las acciones de colación y reducción.

## 5. Modificación al artículo 2457 del CCyC. Derechos reales constituidos por el donatario

<p>Artículo 2457 – <i>Derechos reales constituidos por el donatario</i>. La reducción <i>extingue</i>, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores.</p>	<p>Artículo 2457 – <i>Derechos reales constituidos por el donatario</i>. La reducción determinada por la vía judicial <i>no afectará la validez</i> de los derechos reales sobre los bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de <i>terceros de buena fe y a título oneroso</i>.</p>
--	--

### 5.1. El artículo 2457 del CCyC de la ley 26.994

El artículo 2457 del CCyC<sup>20</sup> de la ley 26.994 disponía que la reducción *extingue*, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores.

Como consecuencia del efecto reipersecutorio de la acción, quedaban

<sup>19</sup> Cfr. MEDINA, *Nueva ley de reducción y colación de donaciones. De la protección de la legítima a la protección del tráfico jurídico y del adquirente de buena fe* cit.

<sup>20</sup> La norma tiene como antecedente el art. 2406 del Proyecto de 1998.

extinguidos con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario y sus sucesores. El legitimario no puede ver disminuido el valor del bien donado en violación de su porción legítima, por los derechos reales que pudiera haber constituido el donatario. Aquí se veía claro el carácter resolutorio de la reducción, si cae el dominio de titularidad del donatario, con mayor razón deberían hacerlo las restricciones y gravámenes que el donatario o el subadquirente le hayan impuesto al bien donado, puesto que son accesorios (ejemplos: las hipotecas, servidumbres, usufructo, uso, habitación, superficie, etc. Los bienes retornan intactos al heredero, libres de todo gravamen)<sup>21</sup>.

Si la restitución fuera parcial, en la parte que continuase reteniendo el donatario o el subadquirente seguirían vigentes los derechos reales que hubiese constituido. El efecto extintivo de la reducción sobre las garantías reales constituidas sobre los bienes donados, no afectaba las relaciones jurídicas entre el legitimario y los terceros con quienes contrató.

Sosteníamos que éste era un régimen armónico y equilibrado que tenía en cuenta el interés de todas las partes. Ha sido suprimido por la ley sancionada desconociendo totalmente los derechos del legitimario, a quien lo dejan indefenso frente al subadquirente, premiando así el despojo a su herencia.

## 5.2. *El nuevo texto del artículo 2457 del CCyC es erróneo y confuso*

Los cambios borran conceptos jurídicos elementales y le asignan “buena fe” a quien nunca la podría oponer en nuestro ordenamiento legal. La reducción determinada por la vía judicial no afectará la validez de los derechos reales sobre los bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso.

El subadquirente de un bien registrable, que previamente había sido donado al vendedor, nunca puede ser de buena fe, porque ésta requiere diligencia que consiste en investigar los antecedentes del título de dominio del vendedor. Si hubo una donación previa en la

<sup>21</sup> CNCiv., sala D, 16-6-2005, J. A. 2006-I-88.

cadena de transmisiones, saltará de los registros y toda donación está sujeta a la condición resolutoria de que no perjudique la legítima de los legitimarios. En consecuencia, el tercer adquirente no puede alegar buena fe porque él debió realizar un examen de los antecedentes dominiales del bien que adquirió, de donde hubiese surgido una donación en la cadena de transmisiones, y esta tarea le incumbe inexcusablemente al propio adquirente si quiere luego invocar su buena fe.

Con la reforma se pretende dar una mayor protección al tercero para que no se puedan reducir las donaciones que afecten la legítima de terceros adquirentes de buena fe. Este artículo debe interpretarse en forma conjunta con el artículo 2459 del texto que reforma al Código Civil y Comercial que establece que “no afecta la buena fe del tercer adquirente el hecho que conociera la existencia de la donación”. Cambian entonces el concepto de la buena fe del subadquirente, que se presumirá, aunque conozca que el bien que adquiere había sido donado al enajenante y aunque sepa que el donante tenía herederos legitimarios a la fecha de la donación<sup>22</sup>.

En una declaración de la FACA se expresó<sup>23</sup>: “Hasta ahora, la buena fe consiste en ser diligente e investigar los antecedentes del bien registrable que se adquiere. Si aparece en la cadena de transmisiones una donación, ya se tiene conciencia de que, de acuerdo con la ley, que se presume conocida por todos, la donación está sujeta a resolución o ineficacia si posteriormente se demuestra que afecta la legítima de los herederos forzosos, por lo cual el subadquirente del donatario no puede invocar nunca buena fe. Ahora este sistema cambia. Habrá que demostrar la mala fe del subadquirente; o sea que a la fecha de la donación él sabía que con esa donación se perjudicaba a los futuros herederos forzosos del donante. Demostración ésta que en la práctica es imposible, porque la lesión a la legítima sólo se puede demostrar después del fallecimiento del donante, haciendo los cálculos pertinentes con los bienes que él dejó. Por lo tanto, con este cambio de concepto desaparece virtualmente el efecto extintivo de la

<sup>22</sup> Téngase presente el concepto de buena fe del art. 1902, CCyC. En cosas registrables la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales.

<sup>23</sup> Declaración de la Federación Argentina de Colegios de Abogados del 9-11-2020.

acción de reducción sobre los derechos reales constituidos por el donante o por el subadquirente sobre los bienes donados, como también, lógicamente, quedarán firmes los actos de enajenación de los mismos. Y esto es en perjuicio de los hijos o del cónyuge, que se ven privados de todo medio defensivo si el donatario resulta insolvente, aunque éste sea otro heredero o un tercero”.

## 6. Modificación al artículo 2458 del CCyC

<p>Artículo 2458 – <i>Acción reipersecutoria</i>. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.</p>	<p>Artículo 2458 – <i>Acción reipersecutoria</i>. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.</p>
---	---

### 6.1. *El artículo 2458 derogado*

En esta norma se delimitan los alcances de la acción reipersecutoria<sup>24</sup> a fin de perseguir que los bienes registrables dispuestos a título gratuito por el causante vuelvan a la masa en la medida que hayan conculcado la legítima. Esto debe leerse como que el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima (art. 2458, 2º párr., CCyC).

La resolución de la donación por la violación a la legítima es una vicisitud distinta a la nulidad aludida por el artículo 392 del CCyC<sup>25</sup>,

<sup>24</sup> El objeto: la acción de reducción tiene efecto reipersecutorio. Los bienes registrables dispuestos a título gratuito por el causante vuelvan a la masa en la medida que hayan conculcado la legítima. El donatario o subadquirente: desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

<sup>25</sup> Libro Primero, *Parte general*; Título IV, *Hechos y actos jurídicos*; Capítulo 9, *Ineficacia de los actos jurídicos*; Sección 4ª, *Efectos de la nulidad*, art. 392,

por lo cual dicho supuesto resolutivo no está comprendido en la citada norma, que deja a salvo los derechos adquiridos por el tercero de buena fe y a título oneroso. La acción reipersecutoria procedía aun contra los subadquirentes, prevaleciendo así la protección adecuada de la legítima. Desde esta posición se sostiene que es una vicisitud distinta a la nulidad aludida en el artículo 392 del CCyC, por lo que dicho efecto resolutivo no estaría comprendido en esta norma. El tercero adquirente no puede alegar buena fe porque debió realizar un examen de los antecedentes dominiales de donde surge si se adquirió por donación, o que existe una donación en la cadena de transmisiones.

El efecto reipersecutorio de la acción de reducción en especie ha sido debilitado. Para algunos se desvirtuaría el principio de partición en especie. Otros adhieren a la solución afirmando que asegura la estabilidad de los negocios y las posteriores transmisiones. Además, la solución es coherente con la regla de que la legítima debe ser calculada en valores (arts. 2445 y 2385, CCyC).

Parte de la doctrina deslinda conceptualmente la acción de reducción de la acción reipersecutoria. Sobre el particular, Iglesias expresa: “en sintonía con su propio título el artículo 2458 del CCyC no regula un efecto de la acción de reducción. Es decir, no se trata de un efecto reipersecutorio, sino que estamos ante una acción que permite perseguir al tercer adquirente del bien donado. Se trata de una acción autónoma e independiente de la acción de reducción de donaciones. Por lo tanto, si se demanda al donatario por reducción de donaciones se recurre a la acción de su mismo nombre. Pero, si a la vez se pretende demandar al tercer adquirente del bien donado, corresponde incoar conjuntamente la acción reipersecutoria”<sup>26</sup>.

CCyC: *Efectos respecto de terceros en cosas registrables*. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho (correlativo: art. 1051, CC derogado).

<sup>26</sup> IGLESIAS, Mariana B., *Sucesiones*, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2016, t. VIII, p. 587.

## 6.2. *El artículo 2458 modificado*

A lo expresado en el artículo 2458 del CCyC –hoy derogado– se antepone la expresión “salvo lo dispuesto en el artículo anterior”. Esto significa que queda a salvo el subadquirente a título oneroso y de buena fe.

Si a ello le sumamos el último párrafo que agregaron al artículo 2459: “No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”, significa que han modificado la naturaleza de la donación efectuada por un donante que tiene herederos forzosos. El subadquirente, aun cuando conociera el antecedente de la donación, y que el donante tenía herederos forzosos, siempre quedará a cubierto del efecto reipersecutorio de la acción de reducción. Se dirá que debería probarse su mala fe. Pero ¿en qué consiste? ¿En que el subadquirente conocía que con la donación se violaba la legítima? ¿Y cómo se prueba? Hay que tener presente que la lesión a la legítima recién se puede demostrar a la muerte del causante, cuando se forma la masa de cálculo para determinar su cuota y la porción disponible.

Si el donatario (heredero o extraño) resultase insolvente luego de vender el bien donado, quedaría consagrada la imposibilidad de recomponer la herencia a los legitimarios del causante. En múltiples casos atentaría contra el principio de igualdad de los legitimarios.

En definitiva, en el sistema nuevo no procederá acción alguna contra el tercero de buena fe a título oneroso que adquirió el bien registral donado del donatario legítimo o de sus sucesores. En tal caso debe ser considerado de buena fe el adquirente que no conoció o no hubiera podido conocer, actuando con razonable prudencia, la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el donatario; o que los derechos de éste están judicialmente controvertidos, no siendo suficiente que el adquirente conozca la existencia de la donación, para estimarlo de mala fe.

La remisión al artículo anterior significa que queda a salvo el subadquirente a título oneroso y de buena fe, y sumado al último párrafo que agregaron al artículo 2459: “No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”, significa que han modificado la naturaleza de la donación efectuada por un

donante que tiene herederos forzosos: de título imperfecto, sujeto a condición resolutoria si lesionaba la legítima de los herederos forzosos, pasaría a ser un título perfecto, invulnerable.

## 7. Modificación al artículo 2459 del CCyC

<p>Artículo 2459 – <i>Prescripción adquisitiva</i>. 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.</p>	<p>Artículo 2459 – <i>Prescripción adquisitiva</i>. En cualquier caso, 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. <i>No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación.</i></p>
---	--

### 7.1. El artículo 2459 del CCyC de la ley 26.994

La única prescripción oponible al heredero forzoso perjudicado en su legítima por la donación de su causante, es aquella que empieza a correr desde el fallecimiento de este último; cuando nace su título de heredero tiene la oportunidad de verificar si su cuota legítima ha sido afectada, y nace la acción para reclamar la integración de su derecho hereditario vulnerado.

Como medio para detener el efecto reipersecutorio de la acción de reducción, este artículo prevé la prescripción adquisitiva breve de diez años ejercida por el donatario, en su caso, por el subadquirente que puede completar dicho plazo, continuando la posesión del donatario (art. 1901, CCyC). Se dispone que la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente cuando han cumplido diez años desde el comienzo de la posesión.

Este extraño remedio ha sido impugnado por antijurídico por la doctrina con fundamento en las siguientes razones:

- a) Porque dicho plazo de prescripción adquisitiva empieza a correr desde que el donatario entra en posesión del bien, y transcurre en vida del causante, en un tiempo en que el heredero forzoso

presuntivo no tiene acción para defenderse, porque ésta recién le nace con la muerte del donante. El derecho puede prescribir antes de nacer.

- b) Además, el cálculo para determinar y fijar el monto de la legítima recién se puede efectuar después de fallecer el causante, sobre la masa de bienes que dejó en ese momento, menos las deudas, a cuyo resultado se suman el valor de las donaciones que hizo en vida. Y es en esta oportunidad, y no en vida del causante, que podrá el legitimario determinar si su porción legítima ha sido o no conculcada por el acto liberal de su causante; y si comprueba la lesión, entonces recién podrá ejercer la acción protectora.

### *7.2. El artículo 2459 del CCyC modificado*

El Proyecto aprobado reafirma lo normado al agregar al texto del artículo 2459 del CCyC:

- a) “En cualquier caso”, no procederá la acción de reducción contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años.
- b) “No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”. Con lo cual cierran definitivamente el mecanismo para dejar indefenso al heredero forzoso que ha sido despojado de su herencia.

Interpretamos que con el agregado indicado el donatario podrá oponer como defensa a la acción de reducción de donaciones que se interponga en su contra la prescripción adquisitiva del bien, siempre y cuando pruebe la posesión por el plazo que prevé la norma y, por su parte, los terceros adquirentes del bien donado que sean de buena fe y a título oneroso.

Parte de la doctrina autoral considera que el último apartado incorporado al artículo 2459 del CCyC resulta atinado en virtud de que la buena fe se presume y no podemos seguir sosteniendo que configura mala fe el hecho de que el tercer adquirente al realizar el estudio de título compruebe que en los antecedentes del dominio existe una donación, por cuanto dicho conocimiento no hace presumir que el ad-

quirente también sepa que el donante tenía legitimarios al momento de efectuar la donación; ni mucho menos que la referida donación vulneró la legítima de esos eventuales legitimarios, como consecuencia de que esa posible afectación, recién se evidencia al momento del fallecimiento del donante<sup>27</sup>.

Creemos que si se concede el derecho a la legítima no se puede implementar una normativa que haga que “prescriba” antes de que se pueda ejercer. Esto sería inconstitucional.

## 8. Conclusiones

Se ha constituido un nuevo régimen que frustra y pone en crisis el sistema protectorio de la legítima con desconocimiento de los principios y garantías constitucionales de la propiedad, de la herencia, de la igualdad y de la protección integral de la familia (arts. 14 bis, 16, 17, Const. Nac., y convenciones internacionales). No creemos que las nuevas normas superen el test de constitucionalidad-convencionalidad.

Afirmamos sin dudas que las modificaciones aprobadas por la Legislatura, al dejar sin la tutela adecuada a los derechos de los legitimarios consagrados no justificaría mantener el sistema legitimario. Es que los derechos consagrados no tendrían –en la mayoría de los casos– una tutela judicial efectiva.

Tal vez la solución franca y directa hubiese sido pasar al régimen de la libertad de testar, que es –por ahora– ajena a nuestras costumbres. Lo que debió buscarse es el necesario equilibrio entre la libertad de disponer del patrimonio para después de su muerte y la protección patrimonial de sus familiares más cercanos con fundamento en la solidaridad familiar. Lo que se buscó es que los bienes donados no tengan el carácter de “dominio revocable”; esto incomoda a quienes se ocupan de la transferencia de bienes.

Podemos estar de acuerdo o no pero el legislador de 2015, valorando la doctrina y la jurisprudencia hizo lo “jurídicamente posible”,

<sup>27</sup> GRIFFA, *Algunas reflexiones acerca de los verdaderos alcances del Proyecto de Reforma al CCCN sobre donaciones inoficiosas y acciones de protección de la legítima* cit.

decidió mantener el sistema de legítimas con una regulación que se considera, en general, equilibrada y equitativa. Se mantuvo la eficacia de la acción protectora de la legítima, aunque se la debilitó con la prescripción adquisitiva del artículo 2459, incoherencia que se debería corregir.

La modificación a los artículos 2386, 2457, 2458 y 2459 del CCyC quita coherencia al sistema y destruye el sistema protectorio de la legítima. La legítima ya no será un derecho sobre los bienes de la herencia, sino un crédito, que sólo se podrá cobrar si el donatario es solvente; si no lo es quedarán burlados los derechos consagrados.

No compartimos los débiles y únicos argumentos que se expresan: que subvierte la seguridad jurídica inmobiliaria, provocan un estancamiento del crédito y obliga al donante a una simulación y que lo prioritario es la protección de los terceros subadquirentes de bienes registrables, de buena fe y a título oneroso, que reconozcan como antecedente un contrato de donación.

No era necesaria esta modificación inconsulta; el efecto reipersecutorio ya había sido flexibilizado con la sanción del CCyC en 2015. Creemos que esta nueva modificación *quita coherencia al sistema de protección* de las legítimas vigente y que en cierto modo *amputa los efectos y objetivos* admitidos por la doctrina jurídica argentina en relación con la institución.

# LA NUEVA LEY 27.587 SOBRE REDUCCIÓN Y COLACIÓN DE DONACIONES

¿EL FIN JUSTIFICA LOS MEDIOS?<sup>1</sup>

por FERNANDO PÉREZ LASALA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Disposiciones del Código Civil y Comercial referidas a las donaciones inoficiosas. 3. ¿Qué ocurría si lo donado superaba la cuota del heredero, sin afectar la legítima de los otros descendientes o del cónyuge? 4. Posibilidad de renunciar a la herencia manteniendo la donación. 5. Protección a quien tiene un derecho real sobre un inmueble, frente al legitimario. 6. Protección de los subadquirentes de buena fe y a título oneroso frente al legitimario. 7. Prescripción adquisitiva –relativa protección de los terceros–. 8. Conclusión.

## 1. Introducción

La idea de este trabajo es analizar la nueva ley 25.587. Esta ley pretende: a) la protección del tráfico jurídico; b) la protección del subadquirente frente al legitimario, y c) la modificación sustancial del sistema de legítimas, al reducir la posibilidad de ejercer la acción de reducción entre herederos forzosos, pretendiendo con todo ello dar mayor seguridad al tráfico jurídico de los bienes registrables, al proteger a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Sin dudas, la finalidad perseguida por esta modificación al Código Civil y Comercial es muy buena; pero utiliza, a nuestro modo de ver, un camino largo y empedrado, pudiendo haberlo hecho de un modo

<sup>1</sup> Doctor en Derecho; profesor titular de Derecho Privado VII (Sucesiones) en la UNCuyo.

mucho más sencillo, y respetando nuestras tradiciones e institutos jurídicos que distinguen claramente la acción de colación y la de reducción.

Cuando publicamos la obra *Defensa del tráfico jurídico inmobiliario*<sup>2</sup>, vigente el Código de Vélez Sársfield, sostuvimos que quien adquiere un inmueble cuyo título anterior aparecía sin vicio alguno, y luego por una causa desconocida para él, se le privaba de su derecho, traía como consecuencia la inseguridad en el tráfico jurídico de los inmuebles. Defendimos la “apariencia jurídica” para proteger el tráfico jurídico.

Por supuesto, entendíamos que el tercero, al haber adquirido por medio de un contrato oneroso y de buena fe no existía vicio alguno, por más que en los antecedentes de dominio existiese una donación, pues el contrato de donación no es un vicio. A lo sumo podría ser, para algún sector de la doctrina, un contrato imperfecto, pero nunca el contrato de donación lleva ínsito en sí el vicio; de lo contrario, no debería ser un contrato permitido por la legislación.

Actualmente tampoco creemos que el contrato de donación sea un contrato sujeto a una condición resolutoria, como lo sostiene un sector de la doctrina<sup>3</sup> porque, de ser así, en el mismo contrato se tendría que hacer explícita esa cláusula resolutoria. En este caso, si estuviese sujeto a una condición resolutoria, se debería poder observar claramente esta cláusula en el contrato, todo ello a los fines de que el adquirente tenga conocimiento de que el inmueble que está adquiriendo puede ser resuelto si luego se viola la legítima de algún legítimo. Recordemos que el artículo 343 del Código Civil y Comercial entiende que la condición “es una cláusula de un acto jurídico”.

Si esta cláusula resolutoria apareciera en el contrato, seguramente el comprador no adquiriría esta propiedad y buscaría otra que no tuviera en sus antecedentes una donación. Precisamente esto es lo que se está evitando con la reforma de la ley 27.587; hacer que el título de propiedad de quien adquiere de buena fe y a título oneroso

<sup>2</sup> PÉREZ LASALA, Fernando, *Defensa del tráfico jurídico inmobiliario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.

<sup>3</sup> FERRER, Francisco A. M., en RC D 3225/2020.

un inmueble, no tenga un título vulnerable sino un título de dominio perfecto, logrando de este modo que los inmuebles no queden fuera del mercado inmobiliario. ¿Quién compraría un inmueble que en los antecedentes de dominio figurara una donación con el peligro de perder lo que había comprado? ¿Cuántas personas (cada vez más) hacen anticipos de herencia a sus hijos? ¿Acaso estos donantes saben que la propiedad que están entregando a los donatarios quedará fuera del comercio por diez años (art. 2459)?

Evidentemente, la reforma intenta dar seguridad a quien compra en estas condiciones, asegurándole que su título no es vulnerable, logrando así la seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario.

Con la idea de proteger a estos terceros, adquirentes de buena fe, la nueva ley fuerza cuatro artículos, como son los artículos 2386, 2457, 2458 y 2459.

A los fines de clarificar la reforma introducida por la ley 27.587, creemos conveniente previamente recordar algunos conceptos importantes que nos brindarán mayor claridad:

*Colación:* La colación supone “computar” en la masa partible el valor de las donaciones que el causante le ha hecho en vida a un descendiente o cónyuge, e “imputar” en su propia porción ese valor, para “compensar” a los demás descendientes o al cónyuge en bienes hereditarios equivalentes a los que le fueron donados al colacionante, es decir, al heredero donatario<sup>4</sup>.

La computación es una agregación o adición contable del valor de lo donado al caudal relicto; no hay dinero de por medio sino simplemente un cálculo matemático. La imputación supone la aplicación del valor donado a la cuota hereditaria del colacionante. La compensación implica para los descendientes o cónyuge no donatarios, recibir más bienes del caudal relicto, con el fin de igualar las porciones hereditarias.

Para que se pueda efectuar esa compensación tiene que haber bienes suficientes en el caudal hereditario. Por ejemplo, si un causante con dos hijos le ha donado a uno de ellos una cosa por valor de

<sup>4</sup> PÉREZ LASALA, José Luis, *Tratado de sucesiones*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. I, p. 781.

2.000, y al morir deja 6.000, habrá que computar el valor donado al caudal relicto, lo cual sumará un total de 8.000. La participación o cuota de cada heredero sería de 4.000, pero como uno de ellos recibió en vida 2.000, se imputará ese valor a su porción, de manera que la parte del heredero donatario estará formada por 2.000 del valor de la donación y por otros 2.000 del caudal relicto, total 4.000. El heredero no donatario recibirá 4.000 del caudal relicto.

*Legítima*: Implica una restricción a la libertad de testar, en el sentido de que determinada porción de bienes (porción de legítima) debe destinarse a determinados parientes (legitimarios), y una facultad para disponer libremente de la porción restante (libre disposición). Cuando se viola la legítima, corresponde plantear la acción de complemento de legítima o acción de reducción.

Como vemos, la colación pretende igualar las porciones de los descendientes y el cónyuge por medio de una simple operación matemática, mientras que la reducción pretende proteger la porción de legítima que establece la ley, siendo para los descendientes de  $2/3$  y para los ascendientes y el cónyuge  $1/2$ .

## **2. Disposiciones del Código Civil y Comercial referidas a las donaciones inoficiosas**

Sobre estas ideas tan claras, el Código Civil y Comercial (CCC) en su artículo 2386 decía: “*Donaciones inoficiosas*. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible, más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso”.

Las donaciones inoficiosas son las que violan las legítimas de algún heredero forzoso. La donación efectuada al descendiente o al cónyuge, cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, se somete a reducción por el valor del exceso, precisamente porque ese exceso viola la legítima. Coordinadamente, con la norma indicada, el artículo 1565 del CCC se refiere a la donación efectuada a terceros, existiendo legitimarios, que es inoficiosa si excede la parte disponible. Dice así: “Se consi-

dera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante”.

La norma contenida en el artículo 2386 demarcaba con precisión el ámbito de la reducción, que es la acción que protege la legítima cuando ésta es violada. Las donaciones que hiciera el causante a un descendiente o a un cónyuge, cuyo valor sobrepase la porción disponible de la herencia más la porción legítima del donatario, violaba la legítima de los demás descendientes o del cónyuge, y por eso, el heredero afectado podía ejercer la acción de reducción contra la donación inoficiosa hasta completar su legítima.

Cuando la donación a un descendiente o al cónyuge no había sobrepasado ese límite, el valor de lo donado se sometía a colación.

Había, pues, una delimitación precisa de ambas instituciones: la colación, y la reducción cuando se violaban las legítimas.

### **3. ¿Qué ocurría si lo donado superaba la cuota del heredero, sin afectar la legítima de los otros descendientes o del cónyuge?**

Lo dicho hasta ahora suponía que la donación colacionable tenía un valor inferior a la cuota del donatario en la herencia, en cuyo caso la colación producía el efecto de rebajar la parte efectiva de bienes hereditarios que se le ha de adjudicar en la partición. Si en lugar de ser inferior fuese del mismo valor (la donación a uno de sus hijos es igual al valor de los bienes que hay en el caudal hereditario), el donatario no recibiría nada de la masa hereditaria.

Hay una tercera posibilidad: cuando la donación representa un valor superior a la cuota del donatario que tendría derecho a recibir como coheredero, sin que ese excedente viole la legítima de los demás herederos. Aclaremos que la cuota de cada heredero, mediando donación colacionable, se determina sumando el caudal neto al valor de la donación, y dividiendo el monto resultante por el número de herederos.

Veamos un ejemplo: Una persona dejaba, a su muerte, dos hijos: A y B, y bienes por valor 4.000. En vida le ha donado al hijo A bienes por valor de 6.000. La cuota de cada heredero debería ser de 5.000 ( $6.000 + 4.000 = 10.000 \div 2 = 5.000$ ). La libre disposición

de 10.000 es de 3.333 ( $1/3$  de 10.000 = 3.333). En este caso, A debería colacionar la donación de 6.000, y B recibirá la totalidad de los bienes relictos, que suman 4.000 (porque es todo lo que hay en el patrimonio), quedando así salvada su legítima individual que sería de 3.333. Aquí, lo donado supera la cuota hereditaria del donatario, que es de 5.000, sin violar la legítima del otro heredero. Cabe preguntarse, entonces, si el donatario se quedará con la donación de 6.000 o estará obligado a restituirle al heredero no donatario el exceso de 1.000, para obtener así la completa igualdad entre los herederos.

En el viejo Código Civil de Vélez Sársfield no había texto legal alguno que se refiriera a este supuesto. Tampoco lo había en el nuevo Código Civil y Comercial.

En el campo doctrinal, muy pocos autores lo trataron. Juntamente con J. L. Pérez Lasala, entendimos que la donación debía someterse a colación<sup>5</sup>, aunque en este caso no se lograra la igualdad entre los descendientes. El heredero donatario A quedaría con la donación (que no viola la legítima) y el heredero no donatario B con todo el caudal hereditario, sin posible reclamo adicional. Veamos las razones en que nos apoyábamos:

- *No había reducción.* El artículo 2386 decía claramente que la donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excedía la porción disponible más la porción legítima del donatario [...] estaba sujeta a reducción del valor del exceso. En el ejemplo dado, el valor de la donación (6.000) no excede la porción disponible (3.333) más la porción legítima del donatario (3.333). Evidentemente aquí no se podría ejercer la acción de reducción porque no hay violación de la legítima del heredero no donatario, ya que, atribuyéndole la totalidad del caudal relicto de 4.000, cubre su legítima de 3.333. El heredero B no podría ejercer la acción de reducción porque su legítima no ha sido violada.
- *Había colación.* En nuestra opinión, había colación de la donación. El artículo 2396 dispone que la colación se efectúa “sumando” el valor de la donación al de la masa hereditaria, y “atribuyendo” ese valor al lote del donatario. El artículo está

<sup>5</sup> PÉREZ LASALA, *Tratado...* cit., p. 807.

aceptando el llamado sistema de colación por imputación. La donación de 4.000 no sobrepasa la porción de libre disposición (3.333) sumada a la porción de legítima del heredero donatario (3.333), y por eso no cabía la reducción.

Es cierto que existe la tentación de intentar conseguir la igualdad otorgando, en el ejemplo dado, al hijo no donatario la facultad de reclamar la mitad del exceso (el exceso es de 2.000; la mitad sería de 1.000) para llegar a la igualdad total, quedando el heredero donatario con la donación disminuida en 1.000, y el heredero no donatario con el caudal relicto, más 1.000 del exceso. Al final cada heredero quedaría con 5.000. Pero esto no era posible, en nuestra opinión, dentro del régimen del Código Civil y Comercial. El reclamo de los 1.000 del exceso de la donación se traduciría en una “reducción” sobre una donación que no violaba la legítima. Imponer al heredero donatario una deuda de 1.000, traducido para el heredero no donatario en un crédito, no estaba contemplado en ningún artículo del Código. Entendíamos que el Código Civil y Comercial era simple al respecto: había colación si la donación no vulneraba la legítima de los herederos no donatarios, o había reducción si era violada.

Entonces el planteo quedaba reducido a saber si cabe restituir el exceso para igualar las porciones hereditarias. Pensábamos que el donatario no estaba obligado a restituir el exceso, ya sea resolviendo parcialmente su donación, ya cargando con una obligación dineraria. Para ello se necesitaba una norma que lo impusiera, y esa norma no existía.

El nuevo artículo 2386, a partir de la ley 27.587, da respuesta a este interrogante al quedar redactado de la siguiente forma: “Artículo 2386 – *Donaciones inoficiosas*. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge, cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación debiendo compensarse la diferencia en dinero”.

El Código Civil alemán ha contemplado el caso que analizamos en el artículo 2056. Aclaremos que el Código alemán sigue el mismo criterio que el nuestro, el de la colación por imputación. Dice el artículo 2056: “Si un coheredero mediante la atribución, ha recibido

más de lo que le correspondería en la partición, no está obligado al pago restitutorio del exceso...”

Evidentemente y al margen de la legislación comparada, el nuevo artículo de la ley 27.587 resuelve el problema que veníamos planteando, generando una compensación dineraria al heredero que había recibido una parte mayor que el otro heredero, pero para ello borra la claridad del instituto de la colación y la reducción, como así también su campo de aplicación. Así es como sostiene que cuando la donación se haga a un descendiente o al cónyuge y se exceda la porción disponible (violando la legítima), estará sujeta a colación.

O sea, a partir de la nueva norma, la única acción vigente para los descendientes o el cónyuge será la acción de colación, aun cuando se haya violado la legítima.

Teniendo en cuenta esta compensación económica que ahora prevé la nueva legislación, ¿se preguntó alguien qué puede pasar si el heredero donatario renunciara a la herencia?

#### **4. Posibilidad de renunciar a la herencia manteniendo la donación**

Esta pretendida obligación de restituir el exceso a partir de la compensación dineraria puede quedar en la nada en la faz práctica, puesto que el donatario puede evitarla, repudiando la herencia y reteniendo la donación. El artículo 2387 expresa en ese sentido: “*Heredero renunciante*. El descendiente o el cónyuge que renuncia a la herencia pueden conservar la donación recibida [...] hasta el límite de la porción disponible”. Si excediere de esa porción, entonces siempre cabrá contra él la acción de reducción, porque ya dejó de ser heredero (sería un tercero), y nunca se lo puede considerar de buena fe y a título oneroso.

Esta modificación, relacionada juntamente con los artículos 2457 y 2458, pretende dar seguridad al tráfico jurídico inmobiliario y que no exista más la acción de reducción entre descendientes y cónyuge (aun cuando se haya violado la legítima), sino sólo de colación, utilizando para ello un camino errado, al romper con el instituto de la reducción y la colación, tan claros en nuestro sistema jurídico.

## **5. Protección a quien tiene un derecho real sobre un inmueble, frente al legitimario**

Como lo venimos sosteniendo, creíamos que era necesario proteger a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso; pero ¿era éste el camino adecuado?

Analizaremos esta situación.

El artículo 2457 del CCC decía: “*Derechos reales constituidos por el donatario*. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores”. El texto de la ley 27.587 dispone la siguiente redacción: “Artículo 2457 – *Derechos reales constituidos por el donatario*. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario, o por sus sucesores. Sin embargo, la reducción, declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes registrales constituidos o transmisibles por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso”.

Nos referimos al caso concreto de que se constituyan gravámenes reales (servidumbres, usufructos, hipotecas) que pesen sobre la propiedad del donatario, constituidos por el mismo donatario o por el adquirente del donatario.

Como se puede observar, el artículo 2457 del Código Civil y Comercial no tenía por fin la protección del tráfico inmobiliario, que implicaba rechazar la acción de reducción e imponer una indemnización al donatario, sino que extinguía el derecho real, cediendo el titular del gravamen frente al legitimario.

A modo de ejemplo, pensemos en el caso de un padre que le hace un anticipo de herencia de un inmueble a favor de uno de sus dos hijos (A). Para ampliar la vivienda donada, el hijo donatario concurre a un banco a pedir un préstamo, quien no se lo otorga; como consecuencia de ello, el préstamo se lo hace un particular, quien le exige una garantía hipotecaria sobre la vivienda.

A la muerte del donante, como no había otros bienes en el caudal hereditario, el otro hijo, heredero (B), no donatario, planteaba la reducción contra su hermano (A). El derecho a la legítima que tiene el heredero B hacía extinguir la garantía hipotecaria, motivo por el

cual el acreedor hipotecario podía no cobrar su crédito ante el derecho del legitimario. Sin duda alguna, esta situación impedía que se entregaran créditos hipotecarios cuando en los antecedentes de dominio existía una donación. Esto lo analizamos oportunamente sobre la base de los dictámenes del Banco Hipotecario Nacional y de algunos bancos privados<sup>6</sup>.

La legislación comparada, en su mayoría, protege al adquirente de derecho real frente al legitimario (España, Suiza, Alemania); mientras que el Derecho argentino imbuido de la sacralización de la legítima, no lo hizo hasta esta reforma que analizamos.

Fue necesaria la reforma de la ley 27.587 para alcanzar esa protección al decir: "...sin embargo, la reducción, declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes registrales constituidos o transmisibles por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso".

Como vemos, con esta norma quedan protegidos los terceros que de buena fe y a título oneroso constituyen una garantía real, frente al legitimario.

## **6. Protección de los subadquirentes de buena fe y a título oneroso frente al legitimario**

Del mismo modo que se protegió al titular de garantía real frente al legitimario, también la nueva ley lo hace con los subadquirentes de un inmueble en cuyos antecedentes de dominio aparece una donación.

El sistema del Código Civil y Comercial establecía en su redacción original: "Artículo 2458 – *Acción reipersecutoria*. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima".

El artículo entendía que el tercer subadquirente que formalizaba el contrato sufría la "resolución del mismo".

<sup>6</sup> PÉREZ LASALA, *Defensa...* cit., ps. 242/243.

Oportunamente criticamos esta postura porque claramente aquí se puede observar la existencia de dos titulares que se encuentran ante intereses contrapuestos; el legitimario (que no recibe su legítima) y el tercero (adquirente del donatario). El legitimario, afectado en su legítima, es una persona que recibe bienes, sin contraprestación alguna, donde la gratuidad aparece como esencial. El heredero no tiene que hacer ningún sacrificio económico para recibir su parte de legítima. En cambio, si el adquirente del donatario es adquirente de buena fe y a título oneroso, tuvo que pagar un precio para adquirir la cosa; tuvo un desprendimiento económico, pues no hubo en su traspaso gratuidad alguna.

La no protección del tercero a título oneroso significaba hacerle perder la cosa o volver a tener que pagar el precio por el cual ya había pagado, hasta cubrir la legítima del legitimario: el daño era evidente. En la puja entre el legitimario afectado en su legítima, que iba a recibir el bien gratuitamente (o su valor), y el comprador del donatario, que tuvo que pagar un precio por él, dar prevalencia al legitimario resultaba totalmente injusto.

Para evitar esa injusticia, la nueva ley 27.587 modifica la norma, la que queda redactada del siguiente modo: “Artículo 2458 – *Acción reipersecutoria*. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”.

Pareciera que el nuevo artículo no es de mucha trascendencia pero, vinculado al artículo 2386, sí lo es. Los motivos son dos: a) El primero es la remisión que hace al artículo anterior (art. 2457), que deja a salvo de la reipersecutoriedad a los adquirentes de buena fe y a título oneroso, y el párrafo del artículo 2459, que en su parte pertinente dice: “no obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”, logrando pasar a ser el contrato de donación un título perfecto, siempre que exista buena fe y onerosidad. b) El segundo es que el legitimario no va a poder perseguir a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso que hubiesen contratado con un descen-

diente o cónyuge del donante, o tuviese en los antecedentes de dominio un contrato de donación entre descendientes o cónyuge.

La razón de este argumento se encuentra en el hecho de que entre descendientes y cónyuge ya no existe más la acción de reducción sino sólo la de colación (art. 2386), y como la colación es una imputación de valor (no persigue la cosa sino su valor), a lo sumo tendrá derecho a una compensación económica por parte del donatario hacia el legitimario. Por supuesto que el donatario podría ser insolvente, en cuyo caso el legitimario no va a recibir la legítima; pero es preferible esto a perseguir al tercero quien de buena fe y a título oneroso adquirió la propiedad.

Por ello, el legitimario sólo podría perseguir al tercero subadquirente si éste fuera de mala fe o a título gratuito.

La mala fe es la convicción que tiene una persona de haber adquirido el dominio, posesión, tenencia o ventaja sobre una cosa o un derecho de manera ilícita, fraudulenta, clandestina o violenta<sup>7</sup>. Es la intención perversa, deslealtad, doblez, alevosía, conciencia antijurídica, ya sea por existir una prohibición legal o una disposición en contrario; ya por saberse que se lesiona un derecho ajeno o no se cumple un deber jurídico<sup>8</sup>.

¿Podríamos decir que quien adquiere un inmueble lo hace con mala fe por el hecho de que en sus antecedentes de dominio exista una donación? ...evidentemente no; y por eso la reforma de la ley 27.587, para proteger al adquirente partiendo de la idea de que la mala fe no se presume, sino que se presume la buena fe y se protege la apariencia jurídica.

Pongamos dos sencillos ejemplos:

Caso 1: *Ricardo realiza un anticipo de herencia a favor de uno de sus dos hijos, Claudio, por el cual le transmite un departamento al momento de su casamiento. Eso mismo tenía pensado hacer cuando se casara su hija Julieta. Tres años después de la celebración del contrato de donación y como consecuencia de que Claudio iba a ser padre por segunda vez, este último decide cambiar su departamento*

<sup>7</sup> Wikipedia, “mala fe”, en *Diccionario jurídico*.

<sup>8</sup> *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, “mala fe”.

*por una casa de tres dormitorios; entrega el departamento a cuenta de precio (50% del valor) y Claudio paga la diferencia en efectivo. Inscribe la nueva propiedad a nombre de su esposa, de quien luego se divorcia, adjudicándole ese inmueble a ella en el proceso de división de bienes. A Ricardo no le va bien en sus negocios y luego de varios años, fallece sin bienes registrables a su nombre, antes de que su hija Julieta se hubiese casado y sin que le hubiese podido donar el departamento que quería.*

*Caso 2: Ricardo realiza un contrato de donación por el cual transmite al Hospital Pediátrico del lugar, su única finca, debido a que tiene un hijo, quien no quiere que lo herede al momento de su muerte por diferentes razones familiares. El Hospital acepta la donación y con posterioridad toma conocimiento de la existencia del hijo de Ricardo. A los efectos de no verse afectado por la posterior acción de reducción, el Hospital realiza un contrato de compraventa de la finca a favor de Claudio, quien desconoce la situación del hijo de Ricardo y acepta, en la creencia de que su emplazamiento en la situación jurídica de dueño es conforme a Derecho.*

Si a estos casos se los presentáramos a cualquier persona, seguramente nos diría en ambos, que el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso (esposa de Claudio) debe ser mantenido en su adquisición, frente a cualquier derecho que pudiese plantear Julieta, o el hijo de Ricardo en el segundo caso.

¿Podemos acaso hablar de mala fe del adquirente a título oneroso en cualquiera de los dos supuestos? ...evidentemente no, y lo que se persigue con esta reforma es la protección de los terceros titulares de derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso, frente a los vicios no manifiestos que pudieran tener los antecedentes de tales relaciones.

Entendemos que es más importante anteponer el interés de la colectividad, representada por las personas que adquieren inmuebles por contratos onerosos, al interés individual, representado por la protección de la legítima del heredero forzoso adquirida gratuitamente de su causante. El interés de la comunidad implica la tutela del tráfico jurídico inmobiliario.

En su momento, intentamos interpretar el artículo 392 del CCC

(que protege al subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso, cuando quien lo adquiría originalmente lo hacía en virtud de un acto nulo) expresando que, si se protegía al subadquirente, quien había adquirido con un antecedente de un acto nulo, más aún se debía proteger al subadquirente, cuando el acto anterior podía ser “resuelto” por la acción de reducción.

Actualmente creemos que con una pequeña reforma al artículo 392 se hubiese alcanzado todo lo que se tuvo en miras cuando se dictó la ley 27.587, sin necesidad de forzar tanto las instituciones. Simplemente ampliando la redacción de este artículo se hubiera alcanzado el fin previsto, a saber: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre inmuebles o muebles registrables por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. *La salvedad comprenderá también a los actos resueltos y revocados*”.

También se podría haber creado una nueva norma que dijera: “El tercero de buena fe y a título oneroso que adquiera un inmueble de quien figura como titular inscrito en el registro con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, resuelva o revoque el acto precedente, en virtud de causas que no consten en el título. La protección alcanza a los terceros de buena fe que constituyan derechos reales inmobiliarios sobre cosa ajena. La buena fe se presume. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”.

## **7. Prescripción adquisitiva –relativa protección de los terceros–**

Cabe, por último, hacer el análisis de la reforma del artículo 2459, tal cual estaba regulada en el Código Civil y Comercial y en la reforma legislativa.

Decía el artículo 2459 del CCC: “*Prescripción adquisitiva*. La acción de reducción no procede contra el donatario, ni contra el su-

badquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901”.

Con el fin de paliar la normativa vigente en el Código Civil y Comercial referida a la desprotección de los terceros, el mismo Código introduce un importante y polémico artículo en cuanto al derecho que tiene el legitimario de reclamar su legítima.

Esta innovación intenta solucionar algo que venimos sosteniendo, que es la protección del tráfico jurídico de los bienes, tal cual lo expresan los fundamentos del Anteproyecto. Se pretende dar firmeza y seguridad a los contratos de donación hechos en vida del causante, en uso de su libertad de disposición, al poner un freno temporal al ejercicio de la acción de reducción.

Sin duda alguna, el artículo era polémico. Sin perjuicio de que podamos estar de acuerdo o no, con el título “prescripción adquisitiva”, este artículo era mayormente criticado porque se desprotegía la legítima ya que, mientras estaba corriendo el plazo de los 10 años (prescripción adquisitiva) desde la donación, el legitimario no tenía acción, la cual nacía con la muerte del donante. Perfectamente podría haber transcurrido el plazo de 10 años desde la donación, sin que el donante hubiese fallecido, razón por la cual la acción nunca se pudo ejercer, contrariando el principio jurídico de que el curso de la prescripción nace con la acción. Si no puedo ejercer la acción (porque el donante no ha fallecido), no debería comenzar a correr el cómputo del plazo de la prescripción.

También se criticaba el hecho de que, para poder llevar a cabo el cálculo de la legítima, había que esperar a la muerte del donante. Una persona puede tener muchos bienes al momento de hacer la donación y no quedarle nada al momento de su muerte (porque simplemente los vendió y se gastó el dinero) y viceversa, una persona puede donar el único bien que tiene en propiedad, y luego, al momento de su muerte, tener muchos otros. También debían tenerse en cuenta, a los efectos del cálculo de la legítima, las deudas que tenía el causante (art. 2445, CCC) al momento de su muerte. Es precisamente a su muerte cuando se tienen que tener en cuenta los bienes que dejó, menos las deudas, más las donaciones; esto no se puede calcular antes.

La redacción del artículo 2459 podía traer consecuencias muy injustas para algunos legitimarios. Pensemos el caso en el que el padre hace una donación de un inmueble a uno de sus hijos en el año 2009 y al otro hijo la donación se la hace en el año 2015. El donante muere, sin bienes a su nombre en el año 2019. Tal cual estaba redactado el artículo 2459, el hijo que recibió la donación en el año 2009 podría demandar por reducción a su hermano que la había recibido en 2015. Este mismo derecho a iniciar la acción de reducción contra el que la recibió en 2009 no lo tenía el que recibió la donación en 2015, precisamente porque su acción estaba prescripta.

Esta situación tan injusta quedó salvada con la disposición del nuevo artículo 2386, al no permitir la acción de reducción entre legitimarios y sólo admitir la de colación. Teniendo en cuenta que el artículo 2459 sólo rige a los fines de la reducción, no sería aplicable con la nueva disposición de la ley 27.587.

El nuevo artículo 2459 previsto en la ley 27.587 quedó redactado de la siguiente manera: “*Prescripción adquisitiva*. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”.

El agregado del último párrafo de este artículo no soluciona las críticas que se le hicieron, pero logra coherencia con el fin perseguido con la reforma, que es la protección de los terceros subadquirentes. Entendemos que es lógico que por el solo hecho de que exista una donación en los antecedentes de dominio, no puede presumirse la mala fe del subadquirente. La mala fe es otra cosa, tal cual lo expresamos; y no puede presumirse que existe mala fe cuando, para conocer si se violó o no la legítima, debemos esperar la muerte del donante. Recordemos que para saber esto, debemos hacer el cálculo con los bienes dejados a su muerte y deducir las deudas, a cuyo resultado se debe sumar el valor de las donaciones que hizo en vida. Es recién en ese momento, que podrá el heredero forzoso determinar si su porción legítima ha sido o no violada por el acto liberal de su causante; y si comprueba la lesión, entonces recién podrá ejercer la acción de

reducción. De este modo, no podemos presumir que existe mala fe cuando esto no se puede determinar al momento que formaliza la compraventa.

## **8. Conclusión**

Creemos que era necesario modificar el Código Civil y Comercial para proteger a los terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso.

Creemos que no era necesario modificar el artículo 2386 dejando de aplicar la acción de reducción entre legitimarios una vez violada la legítima, con el fin de proteger a los terceros de buena fe y a título oneroso.

Simplemente, modificando el artículo 392 o creando una nueva norma a partir del artículo 2458 hubiese sido suficiente.

No obstante ello, creemos que la reforma introducida al CCC en el ámbito de las sucesiones es un avance en materia de protección de la apariencia jurídica y de los derechos de aquellos que onerosamente adquirieron un bien o constituyeron un derecho real sobre él, frente a aquellos que pueden llegar a recibir un bien sin contraprestación alguna. Creemos que la protección del tráfico jurídico de los bienes registrables es un pilar fundamental, y esta reforma armoniza con la disposición del artículo 392 del Código Civil y Comercial.