

# Mejora propia en favor del heredero legitimario indicado

por GERÓNIMO JOSÉ MARTÍNEZ<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. – II. LEGÍTIMA HEREDITARIA. – III. LIBERTAD DE DISPONER MEDIANTE LIBERALIDADES. DISTINTOS SISTEMAS EN EL DERECHO COMPARADO. *SISTEMAS EN EL DERECHO COMPARADO.* – IV. MEJORA IMPROPIA Y MEJORA PROPIA. – V. SOCIOAFECTIVIDAD Y DERECHO SUCESORIO. – VI. PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA.

## I. Introducción

Tanto en el Código de Vélez Sarsfield como en el actual Código Civil y Comercial, se ha regulado el derecho a la legítima hereditaria, resguardándose en favor de determinada categoría de herederos una determinada porción de la cual no pueden ser privados sin justa causa de exclusión a la herencia.

En la actual regulación se ha producido, en relación al código velezano, una ampliación de la libertad de disponer mediante liberalidades, tanto en vida como por actos de última voluntad, la cual se ha visto reflejada en las disminuciones de las porciones legítimas tanto para descendientes como para ascendientes y en la incorporación de la mejora propia en favor del heredero con discapacidad.

Si bien estas modificaciones son beneficiosas, entiendo que el sistema requiere un nuevo ajuste para fortalecer la igualdad entre herederos conforme así lo considere el causante siguiendo sus afectos más próximos, para lo cual realizaré una propuesta de *lege ferenda* que cumpla con dicho objetivo.

Sin duda alguna la evolución social debe ser acompañada por una adecuada regulación normativa, y en este sentido pienso que debe darse la posibilidad para que quien va a disponer de sus bienes mediante liberalidades pueda hacerlo dándole a quien más lo merezca no solo la porción disponible sino también una porción más que sea detraída de la legítima hereditaria, y que esta última mejora no solo pueda ser dirigida en favor de un heredero con discapacidad tal cual hoy lo establece el artículo 2448 del Código Civil y Comercial, sino también que pueda direccionarse en beneficio de aquel heredero legitimario que ha sido más solidario para con el causante, porque por ejemplo es el que más lo ha cuidado, se ha ocupado de sus necesidades, le ha brindado afecto y que, en síntesis, más cercano se encuentra de quien así quiera disponer en su beneficio.

Con el fin de ordenar esta exposición, las cuestiones que seguidamente trataré serán las siguientes.

En primer lugar, voy a conceptualizar la legítima hereditaria y mencionaré los distintos sistemas en el derecho comparado en relación a la libertad de disponer mediante liberalidades, y procederé a distinguir la mejora impropia de la mejora propia.

Luego, realizaré un análisis de la socioafectividad en relación al derecho sucesorio para determinar en qué casos debería ser tenida en cuenta como fuente complementaria de la vocación hereditaria.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO*: *Breves consideraciones acerca de la calidad de heredero*, por OSVALDO ONOFRE ÁLVAREZ, ED, 195-223; *La legítima conferida a la nueva viuda, sin hijos, es discriminatoria e inconstitucional (Un aporte a las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil)*, por OSVALDO ONOFRE ÁLVAREZ, ED, 234-743; *Legítima, porción disponible y legado de usufructo*, por OSVALDO ONOFRE ÁLVAREZ, ED, 239-219; *Los plazos en el derecho sucesorio. Necesidad de reforma legislativa*, por MARÍA ELISA PETRELLI, EDFA, 18/19; *Reducción de la legítima: ¿la devaluación de la solidaridad familiar por causa de muerte? Comentario al proyecto de reforma que reúne los expedientes 2776-D-10, 4639-D-10 y 834-D-1*, por ÚRSULA BASSET, EDFA, 18/-17; *La legítima y las donaciones en el derecho vigente y proyectado*, por MARÍA MARTA L. HERRERA y HORACIO LORENZO PEDRO HERRERA, ED, 251-616; *La legítima en la reforma*, por AGUSTÍN SOJO, cita digital ED-DCCLXXIV-983; *Flexibilización de la legítima: aciertos, desaciertos, constitucionalidad del sistema*, por FRANCISCO A. M. FERRER, ED, 289-1210; *Orden público, autonomía de la voluntad, y la contractualización del derecho sucesorio*, por FERNANDO H. CASTRO MITAROTONDA, ED, 293-837; *La investidura de la calidad de heredero en el Código Civil y Comercial de la Nación*, por FERNANDO H. CASTRO MITAROTONDA, ED, 300-1046. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Abogado. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Sucesorio. Profesor de Derecho Sucesorio. Director de Carrera de Abogacía de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UAI, Sede Regional Rosario.

Posteriormente, realizaré un análisis crítico del actual artículo 2448 del Código Civil y Comercial, y formularé de *lege ferenda* una propuesta de modificación teniendo presente la socioafectividad y la posibilidad de otorgar una mejora propia en favor del heredero legitimario que se indique, teniendo presente para su otorgamiento no necesariamente su discapacidad sino el mayor afecto y dedicación que el legitimario haya tenido para con el causante.

## II. Legítima hereditaria

El Código de Vélez Sarsfield expresa que la legítima es una parte de la herencia (art. 3591), cuando –en rigor de verdad– el concepto es más amplio, porque para calcularla no se considera únicamente el patrimonio dejado al fallecer, sino también los bienes donados en vida por el causante. Por lo tanto, los herederos forzosos no solo pueden atacar el testamento que ha afectado su porción legítima, sino también las donaciones.

La definición legal que nos diera Vélez la encontramos en el artículo 3591 el cual expresa: “La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, solo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos”.

Dicha norma se complementa con lo dispuesto por el artículo 3592 del Código, al expresar que “Tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión instaurada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior”, que nos pone en contacto con los herederos con “llamamiento imperativo”; es decir, los herederos forzosos, o legitimarios.

En vigencia del Código de Vélez Sarsfield, la doctrina elaboró diversas definiciones, de tal manera se expuso:

- La legítima es una parte del patrimonio del causante que la ley adjudica a determinada categoría de herederos, muy próximos a él, y de la cual no van a ser privados sin justa causa de desheredación. Cuando una persona tiene hijos, padres o cónyuge, la ley le restringe la facultad de hacer liberalidades: de donar sus bienes o de hacer legados, no permitiéndole beneficiar a extraños sino dentro de cierta medida o de cierta cuota<sup>(1)</sup>.

- La legítima es una limitación legal y relativa a la libertad de disponer por testamento o donación, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia o de bienes a favor de los denominados legitimarios, de cuya porción pueden ser privados por justa causa de desheredación invocada en el testamento<sup>(2)</sup>.

- La legítima es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito<sup>(3)</sup>.

- La legítima es la porción de la herencia de la cual no pueden ser privados los herederos forzosos, salvo justa causa de desheredación<sup>(4)</sup>.

- Escogimos algunas definiciones de la doctrina a fin de evidenciar que, previo a la sanción del Código Civil y Comercial, los autores hacían referencia a que la legítima era un derecho del que no se los podía privar a los legitimarios salvo “justa causa de desheredación”.

- Es el caso que, con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, ha quedado derogado el instituto de la desheredación, y en sus normas no surge una definición de legítima, sino que se limita a determinar quiénes son los legitimarios, cuáles son las porciones que se les debe respetar y cómo debe realizarse el cálculo para su protección, entre otras cuestiones atinente a la misma.

En virtud de lo expuesto es que considero apropiado replantear la definición de legítima hereditaria, teniendo en cuenta el actual contexto normativo.

(1) MARTÍNEZ LEDESMA, Dido, *Nociones de Derecho Sucesorio*, Ed. Universidad Nacional Rosario, 2010, pág. 332.

(2) PÉREZ LASALA, José Luis, *Derecho de sucesiones*, Buenos Aires, 1981, vol. II, pág. 792.

(3) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Sucesiones*. V. 2, 9° ed., Buenos Aires: La Ley, 2008.

(4) AZPIRI, Jorge O., *Derecho Sucesorio*, 4° ed., Hammurabi, 2006.

Según el Dr. Marcos M. Córdoba: “La legítima es una institución del derecho sucesorio que reconoce a los parientes más próximos al causante y al cónyuge, el derecho a parte variable de la herencia, que queda a cubierto de las liberalidades del causante. Variable por cuanto su extensión resulta de quienes sean aquellos herederos, de los mencionados, que actualicen su llamamiento hereditario”<sup>(5)</sup>.

El Dr. Francisco A. M. Ferrer al referirse a la legítima hereditaria expresa: “podemos conceptualizarla objetivamente como la porción de la herencia del causante de la cual determinados herederos no pueden ser privados por actos gratuitos del causante, excepto sanción de indignidad”<sup>(6)</sup>.

Finalmente concluyo que la legítima es aquella porción del patrimonio del causante de la cual no puede ser privada determinada categoría de herederos –descendientes, ascendientes y cónyuge– dada su proximidad con el mismo, salvo justa causa de exclusión hereditaria; para su determinación, se deberá adicionar a los bienes transmisibles que ha dejado el causante a su muerte, las liberalidades que ha realizado en vida.

La consagración de este derecho –la legítima– como de orden público encuentra su plena justificación en la solidaridad familiar que nuestra carta magna exige, pues, la familia requiere su protección y esta cuestión no puede ser dejada a la libre disponibilidad de las personas.

Enseña el Dr. Esteban Gutiérrez Dalla Fontana: “La legítima hereditaria es uno de los instrumentos de protección de la familia”<sup>(7)</sup>.

Conforme el valor que se le otorgue a la institución familiar, a la propiedad y al derecho sucesorio, es que se aceptará o rechazará la legítima hereditaria, otorgándose o no libertad para testar.

### III. Libertad de disponer mediante liberalidades. Distintos sistemas en el Derecho comparado

Regularmente el tema es tratado como “libertad de testar”, pero entendemos que va más allá, pues lo que se cuestiona en realidad es si las personas pueden realizar liberalidades, es decir, disposiciones a título gratuito, con absoluta libertad o bien si deben respetar una porción en favor de determinadas personas a las cuales se las protege por su íntima proximidad con el causante –descendiente, ascendiente y cónyuge–, a quienes se los denomina “herederos legitimarios” o también “herederos forzosos”.

Es decir que, en rigor de verdad, el tema trasciende la mera “libertad testamentaria”, siendo más amplia, pues su regulación atiende a la “libertad para realizar liberalidades” tanto en vida como por testamento.

Hecha dicha aclaración, los distintos ordenamientos jurídicos regulan la transmisión hereditaria en base a dos grandes regímenes, admitiéndose matices.

Uno de esos regímenes es el que establece que la ley actúa en forma supletoria, es decir que, ante la falta de disposiciones testamentarias, la ley organiza un sistema que establece quiénes tienen vocación hereditaria, quiénes concurren a la sucesión y quiénes son excluidos de ella, este sistema es el denominado “sucesión intestada” y también como “sucesión ab intestato”.

El otro régimen es aquel que la transmisión hereditaria está expresamente establecida por voluntad del testador, mediante un testamento conforme a las solemnidades expresamente establecidas, es decir que el testamento debe ser válido, dicho sistema es llamado “sucesión testamentaria”.

Tanto el sistema adoptado por el Código Civil de Vélez Sarsfield, como el actual sistema adoptado por el Código Civil y Comercial Argentino, ambos admiten que una persona humana pueda transmitir sus bienes a su muerte, parte por su propia voluntad y parte por disposición de la ley, pues al admitirse la “legítima hereditaria” ella comulga con ambos sistemas y se entrelaza para permitir la existencia de una porción disponible, la cual el causante podrá utilizar tanto por actos entre vivos como por disposiciones testamentarias a favor de quien crea conveniente.

La legítima hereditaria impone una limitación a la libertad de disponer mediante liberalidades, y por lo tanto

restringe la libertad testamentaria, es decir, la transmisión de bienes muestra dos caras, una es la porción legítima y la otra es la porción disponible.

#### *Sistemas en el derecho comparado*

En cuanto a dicha libertad de disponer mediante liberalidades, en el derecho comparado encontramos el tema tratado como libertad de testar, existiendo tres grandes sistemas legislativos.

##### *a) Sistemas legislativos que admiten la libertad de testar:*

En estos sistemas, seguidos tradicionalmente por el derecho anglosajón, cabe destacar que se acuerda al mismo tiempo a determinados parientes y al cónyuge el derecho a obtener alimentos cualquiera sea la disposición del testador.

Ejemplo de ello, es lo que ocurre en Inglaterra, en donde aquellas personas que durante la vida del causante hubieren dependido de alimentos de su parte tienen derecho a lo que podríamos traducir como una renta razonable, en el supuesto que el causante no lo haya previsto.

El sistema de libertad de testar es seguido en Inglaterra, Canadá, y la mayoría de los estados de los Estados Unidos.

En Latinoamérica, adopta este sistema el Código Civil mexicano, que admite la libertad de testar, pero aquí también se obliga al causante a dejar una pensión de alimentos al cónyuge, y a ciertos parientes consanguíneos en línea recta, e incluso a la concubina. En el mismo orden de ideas siguen este sistema los códigos civiles de Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

##### *b) Sistemas legislativos que establecen una porción legítima de carácter forzoso a favor de ciertos herederos:*

Estos sistemas prevén que una porción del patrimonio del causante se encuentre reservada a favor de ciertos herederos muy próximos a él, y dichos herederos no pueden ser privados de tal porción, sin justa causa de desheredación. Cuando estamos frente a este tipo de herederos el causante solo puede disponer de lo que excede de dicha cuota, y esa porción es llamada de libre disposición o porción disponible.

Dentro de este sistema que establece una porción de libre disposición y una porción de legítimas hereditarias, podemos distinguir a su vez, dos subsistemas:

b.1) Los que establecen una porción fija e invariable, sin atender a la cantidad de herederos que concurren. Es el caso de Uruguay, Chile, Cuba, Bolivia, Paraguay, Brasil, Perú, Puerto Rico, en este sistema se enrola el Derecho argentino.

b.2) Los que determinan una porción que varía según el número de herederos que concurren, los cuales establecen que a mayor cantidad de legitimarios, mayor será la legítima hereditaria que deberá respetarse. Ejemplo de este sistema es el Código Civil francés y el italiano.

##### *c) Aquellos que establecen una porción legítima, fija e invariable, de carácter forzoso a favor de ciertos herederos, y dan al causante el derecho de mejorar con una cuota de ella a los descendientes:*

Este es el sistema llamado de mejora de neta tradición hispánica.

Este sistema es seguido por el Código Civil español, en el cual, la porción legítima representa las dos terceras partes del caudal hereditario, pudiendo el causante disponer, a favor de alguno o algunos de sus descendientes, de la mitad de dicha porción legítima, o sea, un tercio del total de la herencia, de lo que se desprende que la porción disponible será también de un tercio.

### IV. Mejora impropia y mejora propia

El actual Código Civil y Comercial admite dos tipos de mejoras: una es la mejora impropia que se detrae de la porción disponible, y la otra es la mejora propia, la cual se descuenta de la porción legítima.

Con relación a la mejora impropia, se han reducido las porciones legítimas de los descendientes y de los ascendientes, lo cual trae como lógica consecuencia la ampliación de la porción disponible, pues porción legítima y disponible son dos caras de una misma moneda.

De tal forma que cuando se trate de la mejora impropia, se podrá disponer de la contracara de la legítima, esto significa que en caso de tener descendientes se podrá disponer de hasta 1/3, en caso de tener ascendientes o cónyuge se podrá disponer de 1/2 para realizar este tipo de mejora.

(5) CÓRDOBA, Marcos M., “Sucesiones”, Ed. Eudeba y Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, junio de 2016, pág. 346.

(6) FERRER, Francisco A. M., *Tratado de Sucesiones*, Tomo IV, 1ra. edición, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2023, pág. 237.

(7) GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban, “La legítima hereditaria. Medio de protección de la familia”, Ed. Universidad Católica de Santa Fe, 1ra. edición, Santa Fe, 2022, pág. 190..

El Código Civil y Comercial innova al regular en su artículo 2448 la mejora a favor de heredero con discapacidad: “El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

Enseña la Dra. Graciela Medina que “el Código Civil y Comercial Unificado se hizo eco de los reclamos generalizados de la comunidad jurídica y optó por una posición equilibrada de disminución del régimen de legítimas, sin aceptar una incorporación de la mejora similar a la del sistema español. Solo admite la mejora para la protección de los ascendientes y descendientes con discapacidad artículo 2448.

El Código Civil y Comercial adopta una posición de equilibrio en este tema (como en muchos otros donde las posiciones eran absolutamente extremas) y se inclina por una posición intermedia, que satisface los reclamos individuales, respeta la tradición jurídica argentina y procura la satisfacción de la solidaridad familiar.

No acepta una absoluta libertad de testar ajena a nuestras costumbres, ni tampoco un sistema legitimario asfixiante que impida la libre disposición de los bienes para después de la muerte y obligue al fraude como única manera de que el causante disponga de sus bienes a favor del heredero que más lo necesita. Impone una distribución igualitaria de una parte de la herencia entre determinados parientes, pero disminuye el porcentaje de atribución forzosa. Pensamos que de esta forma la comisión ha pretendido afianzar los deberes naturales de los miembros de la familia, evitar el posible abuso del testador y flexibilizar la posibilidad de disponer de los bienes para después de la muerte a favor de quien más lo necesita”<sup>(8)</sup>.

Entiendo que artículo 2448 del CCyC requiere ser reformado, teniéndose en cuenta que no se ha incluido en el mismo al cónyuge superviviente y además adelanto que considero que la discapacidad no debe ser el único fundamento posible para otorgar una mejora propia, en relación a esto último lo abordaré en concreto en el punto VI del presente trabajo.

## V. Socioafectividad y derecho sucesorio

En relación a qué debe entenderse por socioafectividad, la Dra. Marisa Herrera expresa que “Socioafectividad es la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social; y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. A la vez, ambas ideas interactúan entre sí. Si bien en un principio el concepto de socioafectividad se abrió camino dentro del campo de la filiación, priorizándose el afecto por sobre la biología, después se fue ampliando a otros ámbitos”<sup>(9)</sup>.

Surge la pregunta de si la socioafectividad puede ser fuente de vocación hereditaria, y de ser así, cuál sería la forma en que la legislación pueda receptorla sin que se afecte el orden público sucesorio.

Sin lugar a duda el testador puede, dentro de su porción disponible, realizar las disposiciones que estime

conveniente y en concreto otorgar beneficios en favor de aquellos que por socioafectividad se encuentran vinculados al mismo.

El tema es si la socioafectividad puede ser fuente autónoma de llamamiento a la herencia, es decir, si se le puede otorgar un llamamiento legal por ejemplo a un conviviente o bien a un hijo afín.

Entiendo que, conforme nuestra legislación actual, no es suficiente el solo afecto existente entre los convivientes o bien entre aquel padre o madre afín que ha cuidado, criado, educado y asistido al hijo biológico de su cónyuge o conviviente para otorgarles llamamiento a la herencia, pues ello generaría postulaciones en justicia que acarrearían inseguridad jurídica, ante planteos de si se ha generado o no el vínculo filial afectivo suficiente para el reconocimiento de tal vocación hereditaria.

Sabemos que el llamamiento sucesorio presume afectos, y en este sentido existe un orden sucesorio en donde la ley actúa en forma imperativa.

Siguiendo esta lógica entiendo que debe surgir de la propia ley la posibilidad de que por una cuestión de solidaridad familiar y con el objetivo de ser justo y equitativo entre quienes tienen efectivo llamamiento a la herencia se permita, a quien desee planificar su sucesión, una mayor libertad de disposición, y dársele no solo la posibilidad de utilizar la porción disponible sino también de poder tomar un plus a ser detráido de la porción legítima para favorecer aún más a quien él indique, bien sea porque ha sido más afectuoso para con él o bien porque se ha encargado de su cuidado, de su asistencia, de su salud, etc.

## VI. Propuesta de reforma legislativa

Conforme lo desarrollado, seguidamente realizo una propuesta de reforma legislativa en virtud de la cual se permita otorgar una mejora propia en favor de aquel heredero que el testador indique fundando la misma en cuestiones de solidaridad familiar, afecto y/o gratitud.

En concreto, y teniendo de base el artículo 2448 del Código Civil y Comercial, que prevé la mejora en favor del heredero con discapacidad, propongo su reformulación incorporando como beneficiarios de la misma al heredero legitimario que el testador indique fundando su designación por motivos de solidaridad familiar, afecto y/o gratitud.

Propongo de *lege ferenda* la redacción del artículo 2448 del Código Civil y Comercial de la siguiente forma: Artículo 2448 - Mejora a favor del heredero legitimario indicado. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a favor de los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

Dicha mejora se podrá fundar por razones de solidaridad familiar, afecto y/o gratitud, o bien por razones de discapacidad, y a estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

**VOCES: SUCESIÓN - FAMILIA - DERECHO CIVIL - PERSONA - CAPACIDAD - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - ESTADO CIVIL - MATRIMONIO - FILIACIÓN - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CONTRATOS - HERENCIA - HEREDEROS - DECLARATORIA DE HEREDEROS - PROCESO SUCESORIO - CADUCIDAD - DERECHO PROCESAL - ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA - PLAZO - SUCESIÓN TESTAMENTARIA - SUCESIÓN AB-INTESTATO - MEJORA - SOLIDARIDAD - SOCIOAFECTIVIDAD - VOCACIÓN SUCESORIA - LEGÍTIMA HEREDITARIA**

(8) MEDINA, Graciela, *El derecho de sucesiones y los principios del Código Civil y Comercial*. Publicado en: DFyP 2015 (septiembre), 03/09/2015, 101. Cita Online: AR/DOC/2513/2015.

(9) HERRERA, Marisa, “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del Derecho de Familia contemporáneo”, en RDF n° 66, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014.