

[Buenos Aires, miércoles 11 de septiembre de 2024 - N° 15.824]

EL DERECHO

Edición especial

REVISTA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTOR DE EL DERECHO: ALEJANDRO BORDA

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Gabriel Fernando Limodio, Luis María Caterina, Martín J. Acevedo Miño, Daniel Alejandro Herrera, Nelson G. A. Cossari

VOCACIÓN SUCESORIA, RELACIÓN AFECTIVA Y SOLIDARIDAD

JORGELINA GUILISASTI (DIR.)

Autores:

GERÓNIMO JOSÉ MARTÍNEZ

FERNANDO PEREZ LASALA

FRANCISCO A.M. FERRER

CARLOS MARTÍN SIONE

EN ADHESIÓN A LAS **XXIX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, 26, 27 Y 28 DE SEPTIEMBRE DE 2024**



EL DERECHO

Contenido

ARTÍCULOS

Presentación del Suplemento, por Jorgelina Guilisasti
Cita Digital: ED-V-DCCCCLXVI-273

Ausencia de la familia ensamblada o recompuesta en el derecho sucesorio. Asimetría con su regulación en las relaciones de familia, por Francisco A. M. Ferrer
Cita Digital: ED-V-DCCCCLXVI-272

Mejora propia en favor del heredero legitimario indicado, por Gerónimo José Martínez
Cita Digital: ED-V-DCCCCLXVI-271

La socioafectividad ¿golpea la puerta del Derecho Sucesorio?, por Fernando Pérez Lasala
Cita Digital: ED-V-DCCCCLXVI-270

La mejora como instrumento de la solidaridad, por Carlos Martín Sione
Cita Digital: ED-V-DCCCCLXVI-269

Artículos

Presentación del Suplemento

por JORGELINA GUILISASTI

Sumario: I. PRESENTACIÓN DEL TEMA PROPUESTO. – II. DEBATES VINCULADOS CON RELACIONES AFECTIVAS FAMILIARES. – III. DEBATES SOBRE CUESTIONES PROPIAS DE DERECHO SUCESORIO. – IV. DESAFÍOS. – V. CONCLUSIÓN.

I. Presentación del tema propuesto

En las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se llevarán a cabo en la sede de la Universidad Austral de la localidad de Pilar (Provincia de Buenos Aires) los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2024, se ha seleccionado como tema de la Comisión de Derecho Sucesorio el siguiente: Vocación sucesoria, relación afectiva y solidaridad.

La invitación a discutir sobre la relación entre estos tres ejes será de gran relevancia para extraer conclusiones que, con seguridad, constituirán los fundamentos de sentencias judiciales o, en su caso, de futuras reformas al Código Civil y Comercial.

Para un breve análisis introductorio de los trabajos incluidos en este suplemento, señalamos que lo interesante del tema propuesto es la confluencia de una figura típica del derecho sucesorio –la vocación hereditaria⁽¹⁾– con la relación afectiva, característica del derecho de familia⁽²⁾ y la solidaridad⁽³⁾, que rige como valor jurídico⁽⁴⁾ o principio general del derecho⁽⁵⁾.

II. Debates vinculados con relaciones afectivas familiares

Una de las cuestiones que con seguridad centrará el ámbito de discusión en las próximas jornadas será la inclusión o no del conviviente dentro de los llamados a heredar en las sucesiones intestadas, dado que la relación afectiva presupone el vínculo con el causante.

En este punto, las propuestas no se limitarán a las posturas que propicien su inclusión y a las que las denieguen, sino también a otras referidas al carácter del llamamiento (imperativo o supletorio), concurrencia o no con descendientes y ascendientes del causante o incluso con colaterales, preferencia frente al Estado en caso de vacancia, etc.

Por otra parte, también se pueden abarcar otros temas como el derecho real de habitación del conviviente su-

pérstite⁽⁶⁾ para proponer una modificación del art. 527 del CCCN⁽⁷⁾, la oposición a la partición (art. 2332) y la atribución preferencial (arts. 2380 y 2381).

Sin embargo –como cuestión previa– en caso de sostenerse la vocación del conviviente, es indispensable identificar al sucesor, dada la regulación de la unión convivencial en el código unificado que se refiere a un tipo de relación afectiva de la pareja y excluye a otras. La unión no matrimonial regulada en el Libro Segundo se encuentra delimitada por los arts. 509⁽⁸⁾ y 510 del CCCN⁽⁹⁾, y para la relación de pareja que se encuentra incluida, la solidaridad familiar se materializa en las disposiciones imperativas (arts. 519 a 522, CCCN), en la compensación económica (arts. 524 y 525, CCCN) y en la atribución de la vivienda familiar (arts. 526 y 527, CCCN).

Es decir, en un diálogo necesario con el derecho de familia y el resto del ordenamiento jurídico, es indispensable aclarar los alcances de la vocación sucesoria del conviviente del causante –en caso de admitirla–, sea limitándola a la unión convivencial –regulada en el Título III del Libro Segundo– o ampliándola a otras uniones de pareja que no cumplan con todos los requisitos de esta, como sucede con aquellas en las que uno de los convivientes o ambos no han disuelto sus matrimonios anteriores. Esta situación frecuente en las parejas que conviven se encuentra resuelta en el derecho previsional, donde el conviviente supérstite tiene derecho a la pensión por la muerte de su pareja, separada de hecho de su cónyuge⁽¹⁰⁾.

Otra cuestión a debatir será la vocación sucesoria de los hijos afines que no han sido adoptados por integración, en virtud de los derechos deberes previstos en el capítulo 7 del Título VII del Libro Segundo del Código unificado⁽¹¹⁾.

Este supuesto es más complejo por la dificultad de unificar la diversidad de situaciones que pueden presentarse. Solo para enumerar algunas, señalamos la necesidad de demostrar el afecto u otras condiciones para heredar como la necesidad del hijo afín, o –por el contrario– si la vocación se presume; el tiempo de convivencia con el progenitor/a del hijo o de la hija afín; el carácter del llamamiento (si es imperativo o supletorio); la concurrencia con los hijos del causante, y el límite de edad del beneficiario⁽¹²⁾.

Como reciprocidad, también se puede proponer la vocación del/a progenitor/a afín, con similares consideraciones.

En todos estos supuestos, también se discutirá si en el sistema vigente puede admitirse el reconocimiento de

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 nuera 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.

(1) Zannoni define la vocación hereditaria como “el llamamiento de todos los posibles herederos al momento de la muerte del causante, a suceder a este, sea *ab intestato* o testamentariamente” (*Derecho de las sucesiones*, 4º ed., T. I, p. 93).

(2) En derecho de familia se hace referencia a la socioafectividad como “elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo” (D’Amico, Ana Inés, *Adopción de integración: el reconocimiento de la socioafectividad*, Utsupra, Revista de Derecho de Familia y Sucesiones n° 2, octubre de 2019, Tema: “Distintos aspectos de la filiación”, Director: Claudio Belluscio, Coordinadora: Karina A. Bigliardi).

(3) Graciela Medina y Gabriel Roller sostienen que el dinamismo de la solidaridad gira en torno al reconocimiento de las diferencias de hecho entre los humanos, pero brota de la afirmación de igualdad, de una identidad en dignidad de todo ser humano que inspira al sistema jurídico occidental (*Derecho de las sucesiones*, p. 7).

(4) Lorenzetti, R. L. (director), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. I, p. 39.

(5) Córdoba, Marcos M., *La solidaridad jurídica*, La Ley, 16/X/2019.

(6) Si bien consideramos que el derecho real de habitación del conviviente se adquiere iure proprio, al igual que el derecho real de habitación viudal, su fundamento es la solidaridad que rige en las relaciones de pareja matrimoniales y convivenciales.

(7) Art. 527 - Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta.

(8) Art. 509 - Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

(9) Art. 510 - Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que: a) los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.

(10) La vocación previsional del conviviente supérstite se encuentra reconocida en el art. 53 de la ley 24.241 que establece la preferencia de este frente al cónyuge separado de hecho del causante o, en su defecto, la concurrencia.

(11) Tratan esta cuestión Francisco A. M. Ferrer y Fernando Pérez Lasala en sus respectivos trabajos.

(12) Ver sobre la vocación hereditaria de los hijos afines: Iglesias, Mariana B., *Socioafectividad, interés superior del NNA y derecho sucesorio*, RDF 98, 57, LALEY AR/DOC/61/2021.

estos sucesores, en caso de que el causante no haya testado a su favor, como conclusión de *lege lata*. Es decir, las ponencias no solo harán propuestas de *lege ferenda*, sino que harán referencia al estado actual de la legislación y la posibilidad de resolver en consecuencia.

III. Debates sobre cuestiones propias de derecho sucesorio

El tema propuesto también impone revisar algunas figuras típicas del derecho sucesorio, como la legítima y la mejora –desde la mirada de la solidaridad familiar–, sin dejar de lado la relación afectiva, en una estrecha relación con la libertad de testar o de disponer a favor de un heredero.

Desde esta perspectiva, puede volver a discutirse sobre la rigidez de la legítima como derecho en cabeza de personas con vínculos de parentesco o matrimonial, despojado de otro elemento que lo convalide, como el afecto o la solidaridad⁽¹³⁾.

En consecuencia, es una oportunidad para rediseñar la mejora como herramienta para beneficiar a un legitimario dentro de la porción de la legítima en situaciones no contempladas en el art. 2448 del CCCN⁽¹⁴⁾.

Como contracara de la relación afectiva y la solidaridad como fuente de la vocación, y sobre la base de una posición que admite la falta de afecto y de solidaridad familiar como impedimento para heredar, la convocatoria habilita la posibilidad de reincorporar la desheredación como herramienta para frustrar la adquisición de la herencia por parte de los legitimarios. En el mismo sentido, también pueden presentarse comunicaciones referidas a la revisión de las causales de indignidad.

En este grupo que concentra la exclusión de herederos legitimarios o no, queda comprendida la exclusión de la vocación del cónyuge supérstite separado de hecho de la sucesión del prefallecido⁽¹⁵⁾, cuando esta situación es ostensible⁽¹⁶⁾.

IV. Desafíos

Cabe preguntarse, ¿cuáles son los desafíos que deberá enfrentar la Comisión n° 8 de las próximas Jornadas Nacionales de Derecho Civil?

En principio, consideramos atinado no caer en posturas reduccionistas o parcelarias, que aborden el tema desde una perspectiva endocéntrica, sin abrir la mirada al resto del ordenamiento jurídico.

Esta posición llevaría a conclusiones extremas y es probable que no satisfagan a la sociedad, que es la principal destinataria de las normas jurídicas, a la que se la debería consultar con mayor frecuencia para conocer su opinión sobre estos temas comunes a todas las personas humanas.

Por otra parte, no debe dejarse de lado que el ordenamiento jurídico es un sistema y tiene un engranaje que no puede dejar de ser observado.

En este sentido, hay que respetar los microsistemas o –en su caso– modificarlos para que no se generen interpretaciones ni se recomienden reformas que contradigan las normas vigentes que se encuentran articuladas de una manera coherente.

Por ejemplo, en el caso de admitir la vocación sucesoria de los convivientes en la unión convivencial, ha-

bría que modificar el derecho a obtener una compensación económica por la muerte de uno de ellos, ya que el cónyuge supérstite carece de derecho para peticionarla por el hecho de tener vocación hereditaria.

Asimismo, no puede eludirse la voluntad del causante como fuente de llamamiento, cuando se expresa en testamento válido, por lo que esta deberá prevalecer frente a otras consideraciones, salvo que se afecte la legítima.

Es decir, el juez no puede suplir la voluntad del testador, salvo que el testamento o sus cláusulas sean anulados o contradigan disposiciones de orden público.

La cohesión del sistema sucesorio determina que la fuente del llamamiento se encuentre en la ley o en el testamento⁽¹⁷⁾, por lo que no sería recomendable abrir una ventana para que el juez tenga facultades⁽¹⁸⁾ para habilitar vocaciones por afuera de aquellos⁽¹⁹⁾.

En definitiva, el desafío de las discusiones y de las conclusiones a las que se arrije es integrar las posturas enlazadas al sistema jurídico para que la interpretación de las normas sea de acuerdo al mandato del art. 2 del CCCN⁽²⁰⁾.

V. Conclusión

En esta introducción se han expuesto algunas cuestiones a debatir en la Comisión de Derecho Sucesorio en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, sin perjuicio de otras que puedan presentarse.

Para adelantarnos a las discusiones, hemos convocado a cuatro autores: Francisco A. M. Ferrer, Fernando Pérez Lasala, Gerónimo José Martínez y Carlos Martín Sione; ello con el fin de que expongan sus posiciones como un anticipo del trabajo de la mencionada comisión que, con seguridad, arribará a conclusiones de gran trascendencia para el Derecho.

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

(17) La primera parte del art. 2277, CCCN dispone: Apertura de la sucesión. La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley.

(18) En nuestro país, la jurisprudencia admitió, en numerosos fallos, la vocación hereditaria del yerno viudo sin hijos en la sucesión de sus suegros, desde 2010, pese a no estar prevista en el Código Civil, que solo reconocía a la nuera viuda sin hijos (art. 3576 bis, CC, incorporado por la ley 17.711), declarando la inconstitucionalidad de la norma mencionada. Los primeros fallos dictados en este sentido dan cuenta del interés por este tema: "G., A.", Juzg. Civ. Com. 1a. Nom. San José de Metán, 8/4/2010, LLNOA 2010 (agosto), 597. Con nota de María Silvina Domínguez, AR/JUR/12553/2010; "M. o M., A.", Jdo. 1a. Inst. Civ. y Com., 27a Nominación de Córdoba, 30/04/2009, LLC 2009 (junio), 549, LA LEY, 8/9/2009, 10, con nota de Vilma R. Vanella; "S., A./suc. ab intestato", CNCiv., Sala B, 8/11/2010, LA LEY 24/11/2010, 9, con nota de Graciela Medina.

(19) Los autores que admiten la posibilidad de ampliar la vocación hereditaria a través de una decisión judicial recurren al art. 1º, CCCN que se refiere a las fuentes del derecho y dispone: 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.

(20) Art. 2º - Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

(13) Pérez Gallardo, Leonardo Bernardino, *Familia y herencia en el derecho cubano: ¿realidades sincrónicas?*, Rev. IUS, vol. 6, n° 29, Puebla, ene./jun. 2012.

(14) Se refieren a este artículo los autores Gerónimo Martínez y Carlos Martín Sione en las publicaciones de este Suplemento.

(15) La exclusión del cónyuge supérstite fue tratada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, 1, 2 y 3 de octubre del 2015, Comisión n° 7, Sucesiones: "Exclusión de la vocación hereditaria".

(16) Ferrer, F. A. M., *Tratado de Sucesiones*, T. IV, p. 173.

Ausencia de la familia ensamblada o recompuesta en el derecho sucesorio. Asimetría con su regulación en las relaciones de familia

por FRANCISCO A. M. FERRER^(*)

Sumario: 1. EVOLUCIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE LA VOCACIÓN SUCESORIA HACIA LA SOLIDARIDAD Y LA AFECTIVIDAD. — 2. FAMILIAS ENSAMBLADAS O RECOMPUESTAS. — 3. REGULACIÓN LEGAL. — 4. ASIMETRÍA EN LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. — 5. CRITERIO PREDOMINANTE EN LA DOCTRINA. — 6. LA CUESTIÓN BAJO EL DERECHO VIGENTE: ¿PUEDEN LOS JUECES CREAR VOCACIÓN SUCESORIA A FAVOR DEL HIJO/HIJA AFÍN? — 7. CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR.

1. Evolución de los fundamentos de la vocación sucesoria hacia la solidaridad y la afectividad

En nuestro derecho hasta la actualidad se ha interpretado que la enumeración de los parientes y del cónyuge supérstite designados por la ley como herederos intestados constituye un número clausus, un elenco taxativo, y a falta de éstos los bienes del causante corresponden al Fisco. El derecho estatal a la sucesión vacante impide la extensión por analogía de los casos de vocaciones hereditarias legales. La taxatividad de la enumeración legal de los parientes beneficiarios de la herencia, y la imposibilidad de ampliarla en perjuicio del derecho estatal a las sucesiones vacantes, ha sido el argumento válido y suficiente para negar el derecho del hijo afín (el “hijastro”) a la sucesión de su padre afín (“el padrastro”)⁽¹⁾, o a la hija adoptiva simple a heredar al hermano de su madre adoptiva prefallcida, en razón de que la ley en este tipo de adopción no reconoce vínculo parental del adoptado con los familiares del adoptante, por lo cual no existe derecho a heredarlos⁽²⁾.

Pero en el ambiente social y jurídico se está produciendo un cambio. En las últimas décadas se viene produciendo una evolución transformadora de los conceptos tradicionales. Las trascendentes reformas radicalmente innovadoras acaecidas en el derecho de familia en los últimos años han tenido innegable repercusión en el derecho sucesorio, y han determinado una reflexión actualizada sobre los basamentos de la vocación sucesoria intestada⁽³⁾.

El tradicional fundamento de la sucesión *ab intestato* o legal, desde el Corpus Juris de Justiniano, ha sido el vínculo consanguíneo (descendientes, ascendientes y colate-

rales) y el vínculo jurídico (matrimonio y adopción). Hoy la evolución transformadora postula erigir a la solidaridad familiar y a la relación afectiva en una tercera fuente de la vocación sucesoria legal o intestada, junto a sus basamentos históricos, y la novedad es que esa solidaridad y ese lazo afectivo no se presumen a partir de un vínculo jurídico o de un parentesco consanguíneo, sino por la misma y sola circunstancia de la comunidad de vida, que genera esa afectividad interpersonal, solidaridad y asistencia entre sus integrantes, que no son parientes ni cónyuges.

Esta nueva concepción conduce a dos consecuencias prácticas que nos interesa destacar: en primer lugar, a que se contemple a la convivencia fáctica de dos personas unidas afectiva y solidariamente, como fuente de su vocación sucesoria recíproca, reuniendo determinadas condiciones o requisitos; y, en segundo término, a que se reconozca en la familia ensamblada la vocación hereditaria a favor del hijo/hija afín con respecto a su padre/madre afín. Nos referiremos, en este breve trabajo, a la protección sucesoria en la familia reconstituida o ensamblada.

Un factor de esta evolución ha sido el impulso de la idea de solidaridad en el derecho de familia y sucesiones, que en nuestro país ha motorizado la intensa prédica del profesor Marcos M. Córdoba, que concibe a la solidaridad como principio general del derecho⁽⁴⁾. En esta línea, Graciela Medina y Gabriel Roller enseñan que la solidaridad familiar es el fundamento último y más importante del derecho de sucesiones⁽⁵⁾.

Esta nueva noción de los fundamentos de la vocación hereditaria intestada, y la realidad de la evolución sociológica que ha determinado el reconocimiento legal de la familia ensamblada o reconstituida como un nuevo modelo familiar, ha provocado el movimiento doctrinario que con sólidos argumentos sostiene la necesidad de que el legislador admita bajo ciertas condiciones la vocación sucesoria en las relaciones filiales afines.

2. Familias ensambladas o recompuestas

Entra en juego, en consecuencia, el parentesco afín, generado en las familias recompuestas o ensambladas, desde que, como dijimos, constituyen un nuevo modelo de familia en el cual uno o ambos miembros de la pareja de hecho o matrimonial provienen de una unión anterior, y traen hijos de esa anterior unión. Esta nueva formación familiar constituye un fenómeno social que se ha expandido notoriamente por la magnitud creciente de las rupturas matrimoniales⁽⁶⁾, y es una de las diversas formaciones familiares aceptadas por la sociedad, merecedora de tutela jurídica, incluyendo la sucesoria.

Cabe plantearnos, entonces, la situación del hijo/hija afín en la sucesión del padre/madre afín, que el operador jurídico debe analizar desde la visión actual de los fundamentos de la sucesión *ab intestato*, que se centran en las relaciones afectivas, solidarias y asistenciales, presumidas sobre la base de la comunidad de vida, porque el derecho hereditario es una vía para brindar asistencia económica a los miembros del entorno familiar más próximo.

3. Regulación legal

El Código Civil y Comercial argentino ha receptado la figura en varios aspectos:

(4) Córdoba, Marcos M., entre otros trabajos suyos: “La solidaridad jurídica”, La Ley, ejemplar del 16/X/2019, y “La solidaridad es un principio aún no positivizado en el Derecho argentino”, La Ley Online AR/DOC/4254/2016; Laje, Alejandro, “Solidaridad y dignidad de la persona”, La Ley, ejemplar del 16/X/2019.

(5) Medina-Roller, “Derecho de las sucesiones”, cit., pp. 6/7.

(6) Hace más de veinte años ya se hacía mérito del crecimiento notable de las familias ensambladas como consecuencia del aumento de la tasa de divorcialidad, y se estudiaba con detalle su funcionamiento: Grosman, C. - Martínez Alcorta, I., “Vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada. Roles, responsabilidad del padre o madre afín (padrastro/madrastra) y los derechos del niño”, JA 1995-III-874. También, de las mismas autoras: Familias ensambladas, Ed. Universidad, Bs. As., 2000.

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 niera 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 URSULA 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.

(*) Abogado. Doctor en Derecho; ex titular ordinario de Derecho Sucesorio en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL; Miembro fundador de la Academia Internacional de Derecho Sucesorio; Director del Posgrado de Derecho Sucesorio (FCJS, UNL).

(1) Así: Guastavino, Elías P., “El hijastro en la sucesión del padrastro”, La Ley 142-305.

(2) Caso resuelto por el STJ Río Negro, 25/5/2019, La Ley 5/8/2019, AR/JUR/20632/2019, con comentario crítico de Ferrer, Francisco A. M. y Gutiérrez Dalla Fontana, Esteban, en Revista Código Civil y Comercial, n° 1, febrero 2020.

(3) Comenzamos a tratar estos temas en nuestros trabajos: “Solidaridad y vínculo afectivo como fuente de la vocación sucesoria”, en revista Código Civil y Comercial, n° 11, diciembre de 2019, p. 63 y ss.; y en “Algunos aspectos de la transmisión sucesoria ante los nuevos tiempos”, n° 5, en la obra Pérez Gallardo, Leonardo (coord.), *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, p. 87 y ss. También nuestro *Tratado de sucesiones*, Rubinzal Culzoni Ed., Bs. As. - Sta. Fe, 2022, t. I, n° 122 y ss.

1) En relación al progenitor afín, se le impone el deber de colaborar en la crianza y educación de los hijos del otro, y se lo faculta a realizar actos en la vida cotidiana de estos niños, y adoptar decisiones en casos de urgencia (art. 673).

2) El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando está impedido de ejercer la función, y el otro progenitor también está impedido o no fuera conveniente, requiriendo esta delegación homologación judicial (art. 674).

3) En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente. Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto, prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental (art. 675).

4) El cónyuge o conviviente tiene obligación alimentaria subsidiaria respecto de los hijos del otro (art. 676), y, además, dispone el art. 455 que “Los cónyuges deben contribuir a su propio sustento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose computar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas”. Y este deber de contribución de un cónyuge para con los hijos del otro se aplica también a las uniones convivenciales (art. 520 CCC).

5) Se ha previsto la llamada “adopción de integración”, que mantiene, en principio, el vínculo filiatorio entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante. Puede ser otorgada en forma plena o simple, según las circunstancias singulares del caso, y siempre en interés del adoptado. Es revocable. Sea la adopción simple o plena (arts. 630/633).

Con esta regulación social y jurídicamente, ya carece de trascendencia distinguir si la nueva familia se ha originado en un matrimonio o en una unión de hecho, lo cual ya era admitido con mucha anterioridad por la doctrina⁽⁷⁾.

Los diversos efectos atribuidos al progenitor afín y la posibilidad de la adopción de integración se admiten, sin duda, como consecuencia de la comunidad de vida, de la solidaridad y de los vínculos afectivos consolidados creados por esa convivencia.

4. Asimetría en la regulación del Código Civil y Comercial

Reconociendo estos fundamentos, no se tuvo en cuenta, sin embargo, la lógica proyección de los mismos al ámbito del derecho sucesorio. Por lo cual, asoma una asimetría en el Código Civil y Comercial, pues, por un lado, reconoce y regula en el Libro II sobre “Relaciones de Familia”, a la familia ensamblada o recompuesta, atribuyendo derechos y deberes a sus miembros, y, por otro, la ignora en el Libro V sobre “Transmisión de derechos por causa de muerte”. La necesaria interrelación y correspondencia que existe entre el derecho de familia y el derecho sucesorio requiere que éste deba tomar en cuenta al modelo de familia reconstituida⁽⁸⁾.

Todas las familias merecen protección, pues el mandato constitucional de proteger integralmente a la familia no distingue. Se impone la aplicación de los principios de la

igualdad y la equidad. Si las familias ensambladas constituyen familias cuando son objeto de regulación legal las relaciones familiares que generan, entonces no se comprende que no se las contemple en el orden de las relaciones sucesorias intestadas, que se sustenta precisamente en el orden jurídico de las relaciones familiares⁽⁹⁾.

5. Criterio predominante en la doctrina

La vocación hereditaria intestada entre los progenitores y los hijos afines no fue objeto de atención por el legislador, no obstante que ya era una preocupación que manifestaba la doctrina argentina. En las IV Jornadas Interdisciplinarias de Derecho de Familia, Minoridad y Sucesiones celebradas en Morón en noviembre de 1995, la Comisión n° 3 que trató el tema de las familias ensambladas concluyó: “Se sugiere la necesidad de estudiar el derecho sucesorio del hijo afín como del padre o madre afín modificándose en consecuencia el orden sucesorio”⁽¹⁰⁾. En el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Mendoza en septiembre de 1998, se propuso la creación de un nuevo orden sucesorio entre el cónyuge o conviviente y los hijos del otro (Comisión n° 4, Diversas formas familiares, II)⁽¹¹⁾. Coincidimos con esta postulación, porque su concreción importará cumplir el mandato constitucional de proteger integralmente a la familia (art. 14 bis, 3° párr., Constitución Nacional argentina), y se dará satisfacción a justos requerimientos y aspiraciones de los integrantes de estas uniones, según oportunamente lo puso de manifiesto la recordada y notable jurista Cecilia Grosman⁽¹²⁾.

Si, como sostiene la doctrina, el llamado legal a recibir la herencia a favor de los parientes consanguíneos se funda en razones de solidaridad familiar, en deberes de asistencia y en una presunción de afectos⁽¹³⁾, y si la sucesión legítima tiende a proteger el orden natural o regular de los afectos humanos⁽¹⁴⁾, entonces nos parece que resulta indiscutible que ese “orden regular de los afectos humanos” se encuentra también entre los padres, madres y los hijos afines, por la comunidad de vida que los ha unido y en virtud de la cual han construido su relación de afectividad, solidaridad y asistencia recíproca que justifica, a nuestro parecer, la atribución de la vocación sucesoria *ab intestato*.

Si el padre o madre afín con todo afecto y dedicación ha criado, educado, asistido y alimentado desde pequeño al hijo de su actual esposa/esposo o compañera/compañero, con quien ha convivido armónicamente por un lapso prolongado de años, ¿no es posible y justo presumir que se ha conformado un consistente vínculo afectivo arraigado en la comunidad de vida que justifica la vocación hereditaria *ab intestato* de ese hijastro/hijastra en la sucesión de su padre o madre afín, reconociéndole, incluso, un derecho legítimo⁽¹⁵⁾?

(9) Conf. Solari, Néstor E., “La vocación sucesoria *ab intestato* y las nuevas formas de familia”, Rev. Der. de Familia y de las Personas, noviembre de 2012, p. 161 y ss.

(10) JA 1996-I-953.

(11) JA 1999-I-1032/1033; y en Kemelmajer de Carlucci, A. (Coord.), *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, cit., t. III, pp. 304/306. En el mismo sentido: Arias de Ronchietto, Catalina, *La adopción*, Abeledo Perrot, 1997, cap. XIII-D.

(12) Grosman, Cecilia, Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el Mercosur y países asociados, en Grosman (dir.) – Herrera (coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, pp. 121/122, y “La familia ensamblada. Normas e interrogantes”, n° 14.2, en Rev. de Der. Privado y Comunitario 2016-I-11.

(13) Puig Brutau, José, *Fundamentos de derecho civil*, Bosch, Barcelona, 3ra. ed., 1990, t. V-3°, p. 290.

(14) García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de 1852, Zaragoza, 1974, t. I, p. 390; Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral, Derecho de sucesiones*, Reus, 9na. ed., Madrid, 2015, t. VI-2°, p. 608; Bonet Ramón, Francisco, *Compendio de derecho civil. Derecho de sucesiones*, Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1965, t. V, p. 715; Polacco, Vittorio, *De las sucesiones*, trad. de S. Sentís Melendo, EJE, Bs. As., 1950, t. I, pp. 35/36.

(15) De acuerdo: Leonardo B. Pérez Gallardo, que ha tratado el tema en varios trabajos: *Derecho de sucesiones en América Latina*, Ediciones Olejnik, Santiago (Chile), 2017, pp. 385/387; “Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*, ¿una ecuación lineal?”, en Rev. Der. de Fam. y de las Personas, agosto de 2011, n° 7, p. 163 y ss., y “Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ‘*ab intestato*’... en pos de superar trazos hematológicos”, n° 4, en Rev. Derecho Privado y Comunitario 2019-I-11 y ss. También Vaquer Aloy, Antoni, “Cuatro reformas para un derecho de sucesiones en el siglo XXI”, n° 3, 3.1 y 3.2, en la obra Pérez Gallardo, Leonardo, *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, p. 67 y ss.; y nuestros trabajos: “Solidaridad y vínculo

(7) Conf. Grosman, C. - Martínez Alcorta, I., “Vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada”, cit., n° II-a), JA 1995-III-874; Pérez Gallardo, Leonardo B., *Derecho de sucesiones en América Latina*, Ediciones Olejnik, Santiago (Chile), 2017, p. 387. Sin embargo, la cuestión es discutida en el derecho comparado, ver antecedentes en Damon, Julien, *Les familles recomposées*, Presses Universitaires de France, París, 2013.

(8) Observa la profesora uruguaya Beatriz Ramos Cabanellas que “la conexión ineludible del derecho hereditario con el derecho de familia hace que algunos de los cambios que se producen en este último influyan inexorablemente en las reglas de la sucesión *mortis causa*” [Los cambios en la “grave y trascendental materia de sucesiones”, n° 5.7, en la obra Pérez Gallardo, Leonardo (coord.), *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, p. 548].

Ya a comienzos de este siglo, María Josefa Méndez Costa⁽¹⁶⁾ entendía que de acuerdo al derecho sucesorio vigente el padre o madre afín solo podía recurrir a la facultad de testar, pero reflexionaba, sin embargo, que “se impone atender a la equidad y es positivo y deseable que las segundas o posteriores nupcias sean aptas para generar un vínculo íntegro respecto de la nueva familia”.

Es cierto que el padre afín podría testar o adoptar al hijo/a afín (art. 630 y ss., Cód. Civil y Comercial argentino), pero si por el motivo que fuere no se han dado alguna de esas alternativas, tendría que operar la vocación sucesoria *ab intestato*, porque no es justo que si el fallecido no testó ni adoptó al hijo o hija del cónyuge, éste no reciba ninguna cuota del acervo sucesorio, cuando desde pequeño ha recibido el trato, la asistencia y el afecto propio de un hijo, generando lo que Mariana Iglesias llama “filiación socioafectiva”⁽¹⁷⁾. También el jurista cubano Pérez Gallardo reconoce la filiación socioafectiva y explica que ha sido impulsada por el advenimiento de nuevas construcciones familiares, entre las que se destacan las familias ensambladas, modelo familiar que supone un ensamblaje afectivo como resultado de una nueva relación matrimonial o de hecho a la que se suman los hijos habidos de uniones fácticas o matrimonios anteriores, entablándose las relaciones que pueden llevar a un emplazamiento filiatorio sobre la base del vínculo afectivo y solidario⁽¹⁸⁾.

Podrá discutirse el orden y alcance de su derecho hereditario, afirma Solari, pero parece razonable que sean llamados en alguna porción de la herencia a los padres e hijos afines⁽¹⁹⁾.

Esta aspiración exige superar el basamento tradicional de la sucesión *ab intestato* constituido por los vínculos consanguíneos o jurídicos, y reconocer la realidad vital de los vínculos afectivos construidos en el núcleo íntimo de la familia ensamblada o recompuesta, o de la pareja conviviente de hecho, realidades que no pueden pasar desapercibidas para el derecho sin cometer una grave injusticia.

6. La cuestión bajo el derecho vigente: ¿pueden los jueces crear vocación sucesoria a favor del hijo/hija afín?

En principio, consideramos factible que pueda prosperar la pretensión de un hijo/hija afín de que se le reconozca vocación hereditaria en la sucesión de su padre/madre afín⁽²⁰⁾. Puede encaminarla a través de una acción de petición de herencia, si hay coherederos, y si no concurriese ningún sucesor puede iniciar directamente el trámite de la declaratoria de heredero y solicitar su apertura a prueba para demostrar los hechos que avalan su pretendida vocación sucesoria. Podrá producir toda clase de prueba para demostrar que fue rodeado de afecto, criado, asistido, educado y alimentado desde su infancia por el o la causante, es decir, acreditar que existió una verdadera posesión de estado justificante de su derecho a la herencia. Fundará su derecho invocando los arts. 1º y 2º del CCC, los que disponen que la interpretación y aplicación

de las normas del Código se debe hacer conforme a los principios constitucionales⁽²¹⁾, los tratados sobre derechos humanos, las leyes análogas, los principios y valores jurídicos, y fundamentalmente la equidad, para lograr la justicia del caso concreto. Tal complejo normativo superior consagra no solo la protección de la persona humana, sino también la protección integral de la familia, garantizando su unidad, estabilidad y los vínculos afectivos de sus integrantes, pues está organizada y cohesionada a través del afecto.

Se instrumenta de tal modo una interpretación integrativa para flexibilizar las normas que regulan el orden sucesorio intestado a fin de admitir como fuente de la vocación sucesoria intestada, en el caso singular planteado, a la solidaridad y afectividad generadas en la comunidad de vida.

Por último, cabe destacar que en el supuesto de que no existan otros coherederos, valorativamente es preferible, antes que los bienes pasen al Estado, que suceda, aunque carezca de vínculo de parentesco, quien es más cercano afectivamente al causante como consecuencia de la convivencia.

De todas formas, la procedencia del planteo dependerá del criterio que siga el sentenciante, pues también podrá esgrimir fuertes argumentos en contrario: la ley no contempla a la solidaridad y el vínculo afectivo como fuente de la vocación hereditaria, y la división de poderes impide que el juez se convierta en legislador modificando el Código Civil y Comercial.

Ambas posiciones se desarrollaron con argumentos contundentes y medulosos razonamientos en la citada causa resuelta definitivamente por el Superior Tribunal de Río Negro: por un lado, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial de la 2da. Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro hizo lugar a la pretensión de la peticionante confiéndole vocación sucesoria con respecto al hermano de su madre adoptiva, excluyendo al Fisco, cuando el antiguo Código Civil no había previsto ese llamamiento hereditario (art. 329, CC). Recurrió el Fiscal de Estado, y el Superior Tribunal de esa Provincia, acogiendo este recurso, por mayoría revocó la decisión de la Cámara y declaró vacante la herencia por inexistencia de vocación sucesoria legal de la interesada, con lo cual nos parece que produjo un retroceso jurídico disvalioso⁽²²⁾.

7. Conclusión: necesidad de la intervención del legislador

La realidad de este escenario de incertidumbre con respecto a la protección sucesoria de las relaciones afectivas y solidarias construidas en el marco de la comunidad de vida, y principalmente en el contexto de la familia reconstituida o ensamblada, que ahora nos ocupa, nos lleva a concluir que resulta necesario que el legislador brinde una solución positiva expresa a esta cuestión. En la doctrina se han manifestado diversas propuestas⁽²³⁾.

Por nuestra parte, pensamos que la solidaridad, el afecto y la asistencia que se producen y arraigan en el seno de la convivencia estable y prolongada de la nueva familia reconstituida, deben ser hábiles para constituir un vínculo familiar íntegro, como razonablemente lo sostenía María Josefa Méndez Costa, siempre que esas condiciones o requisitos se demuestren asertivamente, con las consecuencias sucesorias que ello importa.

Por ello, si se trata de hijos del cónyuge o del conviviente, que concurren con otros hijos del causante (padre

afectivo como fuente de la vocación sucesoria”, en revista Código Civil y Comercial, n° 11, diciembre de 2019, p. 63 y ss.; y “Algunos aspectos de la transmisión sucesoria ante los nuevos tiempos”, en la obra de Pérez Gallardo, Leonardo (coord.), *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*, cit., p. 87 y ss.; Iglesias, Mariana, “¿Puede la socioafectividad convertirse en fuente de vocación hereditaria en el Derecho argentino?”, n° 4.3.2/4.3.4, Rev. Der. Privado y Comunitario 2020-2-267 y ss. Terre-Lequette-Gaudemet, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, cit., n° 17, entienden estos autores que, frente a la situación descrita en el texto sobre esta cuestión, son necesarios ajustes y flexibilización del régimen sucesorio.

(16) En su trabajo: “Sucesión *mortis causa* y familia ensamblada”, Rev. Derecho de Familia, n° 34, julio-agosto 2006, p. 75. Anteriormente, solo admitían el recurso a la vía testamentaria y sostenían que no correspondía atribuir vocación hereditaria al hijastro en la sucesión del padrastrero: Guastavino, Elías, “El hijastro frente a la sucesión del padrastrero”, La Ley 142-305; Michelassi, L. - Giménez, J. A., “Familias ensambladas”, en Jurisprudencia Santafesina, n° 24, diciembre de 1995, p. 11 y ss.

(17) Iglesias, Mariana, “¿Puede la socioafectividad convertirse en fuente de vocación hereditaria en el Derecho argentino?”, n° 4.3.2 y 4.3.4, Rev. Der. Privado y Comunitario 2020-2-267 y ss.

(18) Pérez Gallardo, Leonardo, *El derecho de sucesiones que viene*, Ediciones Olejnik, Santiago (Chile), 2020, p. 246.

(19) Solari, Néstor E., “La vocación sucesoria *ab intestato* y las nuevas formas de familia”, n° 11, en Rev. Der. de Familia y de las Personas, noviembre de 2012, p. 161 y ss.

(20) Conf. criterio adecuadamente fundado de Iglesias, Mariana, “¿Puede la socioafectividad convertirse en fuente de vocación hereditaria en el Derecho argentino vigente?”, n° 4.3.4, en Rev. Der. Privado y Comunitario 2020-2-267 y ss.

(21) Hoy se afirma que la sujeción del derecho civil, que incluye al derecho sucesorio, al derecho constitucional, es más fuerte, más amplia y real, por lo que se aboga por una vocación pluralista de la familia en la que sus construcciones tengan igualdad de tratamiento: Pérez Gallardo, Leonardo, “Las nuevas construcciones familiares en la sucesión *ab intestato*... en pos de superar trazos hematológicos”, en la obra coordinada por este autor: *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, pp. 353/354, con cita de Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Aportes integrativistas al derecho de sucesiones”, en Investigación y docencia, n° 40, www.centrodefilosofia.org.ar.

(22) CCC Min. 2º Circ. Jud. Río Negro, 12/6/2018, Rubinzel Online RC D 1134/18, con comentario favorable de Ferrer y Gutiérrez Dalla Fontana, “Vocación sucesoria judicial”; y STJ Río Negro 25/5/2019, La Ley 5/8/2019, AR/JUR/20632/2019; y en Código Civil y Comercial, n° 1, febrero 2020, con comentario desfavorable de Ferrer y Dalla Fontana, “Vocación hereditaria de la adoptada simple. Un caso crítico y una resolución injusta”.

(23) Iglesias, Mariana, “¿Puede la socioafectividad convertirse en fuente de vocación hereditaria en el Derecho argentino vigente?”, n° 4.3.2, en Rev. Der. Privado y Comunitario 2020-2-292/293.

o madre afín), debe suceder con igualdad de derechos; si concurren solo con ascendientes deberían excluir a éstos; deben ser preferentes a los colaterales, y, finalmente, si el hijo/hija afín es el único pretendiente a la herencia, debería preceder al Estado, excluyendo la declaración de vacancia de la herencia. Esta solución sería factible siempre que la convivencia con el causante sea cualificada, es decir, que se trate del hijo o hija del cónyuge o conviviente, que se hubiera iniciado durante la minoridad, y se hayan tratado a manera de padre o madre o de hijo o hija, configurando una verdadera y prolongada posesión de estado paterno o materno-filial⁽²⁴⁾.

En definitiva, y según lo anunciara al finalizar el siglo pasado uno de los más grandes civilistas argentinos, como fue Guillermo A. Borda, creemos que con esta amplia vi-

(24) De acuerdo: Vaquer Aloy, A., Libertad de testar y libertad para testar, Ediciones Olejnik, Santiago (Chile), 2018, pp. 93/94.

sión el nuevo derecho sucesorio del siglo XXI va a tener un sentido más solidarista, más profundamente humano, y más auténticamente cristiano⁽²⁵⁾.

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

(25) Comunicación a la Academia Nacional de Derecho de Ciencias Sociales de Buenos Aires del 27/6/1996, publicada en la revista Anales, año XII, 2da. época, n° 34, hay separata, p. 12 (Bs. As., 1996).

Mejora propia en favor del heredero legitimario indicado

por GERÓNIMO JOSÉ MARTÍNEZ^(*)

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 institucional (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.

(*) 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 intestada 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⁽¹⁾.

- 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⁽²⁾.

- 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⁽³⁾.

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

- 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, 9ª ed., Buenos Aires: La Ley, 2008.

(4) AZPIRI, Jorge O., *Derecho Sucesorio*, 4ª 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”⁽⁵⁾.

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”⁽⁶⁾.

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”⁽⁷⁾.

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) CORDOBA, 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”⁽⁸⁾.

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”⁽⁹⁾.

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 aceptarla 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.

La socioafectividad ¿golpea la puerta del Derecho Sucesorio?

por FERNANDO PÉREZ LASALA^(*)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. SOCIOAFECTIVIDAD Y SUCESIÓN TESTAMENTARIA. – 3. SOCIOAFECTIVIDAD Y SUCESIÓN INTESADA. – 4. UNIONES CONVIVENCIALES. – 5. DEMÁS PERSONAS UNIDAS POR VÍNCULOS SOCIOAFECTIVOS.

1. Introducción

Si bien la causa más común que origina la sucesión intestada es la falta de una disposición testamentaria, esta no es la única; existe otra serie de causas, como la nulidad del testamento (se considera como si nunca hubiera existido), la revocación (deja sin efecto el testamento anterior) o la caducidad (el testamento carece de alguno de los presupuestos indispensables, después de abrirse la sucesión, como –por ejemplo– la premoriencia del beneficiario).

Dentro de los diversos sistemas para hacer los llamamientos en la sucesión intestada se destaca el sistema subjetivo, basado en vínculos personales entre el causante y las personas a quienes se llama por ley a la herencia; mientras que otros sistemas, denominados reales, se basan en la procedencia familiar de los bienes que integran la herencia del causante.

El sistema subjetivo organiza la sucesión sobre la base de vínculos personales entre el causante y el heredero, sin tener para nada en cuenta la naturaleza y el origen de los bienes que integran el patrimonio de la persona fallecida.

Actualmente, este sistema subjetivo que rige en nuestro país, se denomina “cognaticio”, y se basa en el vínculo de sangre que une a las personas de un tronco común y que puede darse, tanto en la línea masculina como en la femenina. El concepto de cognación, basado en los vínculos de sangre (cognación natural –actualmente ADN–), puede hacerse extensivo al vínculo adoptivo (cognación civil).

El sistema subjetivo cognaticio de la sucesión intestada no es igual en los distintos países, aunque siempre tuvo su origen en el presunto afecto que el causante tenía; primero hacia los descendientes, luego hacia los ascendientes y por último hacia los colaterales. Actualmente, los cambios sociales han hecho que en varias legislaciones puedan existir derechos hereditarios a favor de ciertas personas que no se encuentran vinculadas al causante por el vínculo sanguíneo, sino por otros motivos tales como la relación afectiva y solidaria.

Todos tenemos claro que la sociedad no es la misma que hace 20 años, y menos aún, la familia que existía cuando Vélez Sarsfield redactó el Código Civil. Siguiendo a Susana Torrado⁽¹⁾, con solo pensar que en la época de la redacción del Código Civil, el promedio de la esperanza de vida de las personas era de 32,9 años y que el promedio de la descendencia era de 7 hijos, podremos comprender que muchas de las instituciones que hoy perduran en nuestra legislación sucesoria no responden a la realidad sociológica que imperaba en aquella época.

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 niera 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.

(*) Abogado. Doctor en Derecho. Profesor titular efectivo de Derecho Sucesorio (Fac. de Derecho UNCuyo). Miembro fundador de la Academia Internacional de Derecho Sucesorio. Decano de la Fac. de Derecho UNCuyo (2018/2026).

(1) TORRADO Susana, “Historia de la familia en la Argentina moderna (1870-2000)”, Edic. de la Flor, Bs. As., 2003, págs. 89 y 326.

Todos coinciden en que el derecho sucesorio tiene su base en el derecho de familia, pero la familia que hoy conocemos no es la familia nuclear matrimonial en la que aún se basa nuestro derecho sucesorio.

Hoy podemos hablar de derecho de “las familias”, en el cual encontramos: familias extendidas, nucleares, monoparentales, heteroafectivas, homoafectivas, ensambladas, poliafectivas, anaparentales, convivenciales afectivas y matrimoniales. Estas familias se estructuran y se reconocen a través del afecto como elemento fundante, y es precisamente la existencia de ese afecto la que luego lleva a la creación de la norma protectora.

Ahora bien, es cierto que estos nuevos modelos de familia no se encuentran vinculados con el derecho sucesorio porque el derecho sucesorio no se encuentra vinculado con lo afectivo, sino con lo biológico.

Es entonces donde nos preguntamos: en nuestro país, ¿corresponde tener en cuenta estos tipos de familia y la socioafectividad, a los fines de otorgar derechos sucesorios?

¿Corresponde otorgar derechos sucesorios a favor de los convivientes, de los progenitores a los hijos afines o viceversa, de los padrinos y ahijados no parientes, de los abuelos y sus nietos –existiendo los padres–, de los ancianos y sus cuidadores, etc., cuando el régimen sucesorio se fundamenta casi exclusivamente en vínculos sanguíneos?

Pareciera que mientras existe socioafectividad en la vida familiar de quienes la integran, esto es muy bien visto y hay casi unidad de criterio al momento del reconocimiento de esa relación; pero el problema se presenta al momento del fallecimiento. Quien antes era conviviente y estaba aceptado familiarmente, frente a la muerte de uno de estos convivientes, deja de estarlo; muchas veces, los hijos del causante se olvidan de la relación afectiva y solidaria que existía hasta ese momento porque hay bienes de por medio. Entonces se observa un discurso para cuando las personas relacionadas por afecto están con vida y otro diferente cuando acaece la muerte para uno de ellos y el causante no dejó una disposición de última voluntad manifestada en un testamento.

2. Socioafectividad y sucesión testamentaria

Actualmente, algunos podrán decir que con la sucesión testamentaria, existiendo socioafectividad, estaría resuelto el problema de recibir bienes en la herencia porque siempre hay un porcentaje de libre disposición que puede entregarse a quien nos unimos afectiva y solidariamente. Así entonces, si tenemos hijos, podemos hacer un testamento o una donación en vida hacia esa persona unida por el afecto, cuyo valor no supere la porción de 1/3 de libre disposición y de 1/2, si tenemos cónyuge o ascendientes.

Ahora nos preguntamos: ¿está bien que esto sea así?, ¿alcanza el porcentaje de 1/3 para proteger al conviviente que lleva muchos años en esa relación, y todo el patrimonio que lograron hacer con el conviviente fallecido se había puesto a nombre de este último? El afecto hacia el conviviente, si intentáramos colocarlo un número, ¿puede tener como tope ese 1/3 del patrimonio?

Quienes entienden que las uniones convivenciales deberían tener los mismos efectos que el matrimonio en materia sucesoria, creen que los derechos sucesorios del conviviente deberían ser iguales a los que tiene el cónyuge: un derecho a la mitad de los bienes que se hicieron durante la unión convivencial, y así debería hacerse –no solo en la sucesión intestada, sino también en la testamentaria–.

Otros dicen que si se hiciera un cambio legislativo por el cual la legítima de los descendientes se disminuyera a 1/2 (equiparándola a la de los ascendientes y cónyuge), en la sucesión testamentaria habría un mayor margen que podría utilizar el testador, pero el conviviente no sería legitimario. Quizá esta sería una postura que permitiría conjugar la posición de que el conviviente no tiene derechos hereditarios, pero puede recibir por testamento hasta un 50% del caudal hereditario utilizando la libre disposición, de aceptarse esta reforma. Seguramente, esto llevaría no solo a pensar en la muerte, sino a fomentar el otorgamiento de un mayor número de testamentos, si es que el testador –titular de los bienes– quiere dejar protegido al conviviente.

Esto mismo podría ocurrir con los hijos o progenitores afines, los padrinos y ahijados no parientes, los ancianos y sus cuidadores, etc. Ni qué hablar de los abuelos con relación a sus nietos, existiendo los padres. Cuántas veces escuchamos la pregunta acerca de si podemos dejar bienes a los nietos, existiendo hijos. Un mayor porcentaje de libre disposición, cuando se tienen hijos, abriría la posibilidad a que las personas, futuro causante, pudieran distribuir – para el caso en que así lo quisieran – entre personas vinculadas por uniones socioafectivas. De este modo se respetaría la voluntad del causante, quien seguramente hará una mejor justicia –a su entender– que la que la ley presume e impone cuando no se hace testamento.

Quizá sea el momento de que los legisladores se planteen si las legítimas que regulan nuestra legislación son adecuadas a los momentos sociales. Una estadística que llevamos a cabo en un proyecto de investigación sobre 106 encuestados de diferentes estratos sociales dentro del Gran Mendoza nos muestra que el 23,5% dice que el sistema de legítimas, tal cual lo tenemos legislado, refleja la realidad socioeconómica; un 22,6% indica que lo hace a medias y que es necesario encontrar variantes; por último, el 53,7% de los encuestados entiende que el sistema actual de legítimas no refleja la realidad. Es por ello que, de un modo similar, contestaron a la pregunta sobre el sistema sucesorio en el cual se enrolarían: en el sistema de libertad de testar, un 25,2%; en el sistema de legítima, tal cual lo tiene regulado nuestro Código Civil y Comercial, un 25,2%, y en un sistema con mayor libertad de testar, un 49,5%.

3. Socioafectividad y sucesión intestada

Les propongo que pensemos en la situación de qué ocurre cuando el conviviente o persona unida por socioafectividad no hace un testamento. ¿Se le deberían otorgar derechos hereditarios?

Con relación a los convivientes, todos tenemos claro que no existe un único proyecto de vida y que es necesario dar respuesta a las diferentes relaciones familiares. Es cierto que el matrimonio y la unión convivencial no son lo mismo, pero ¿es necesario unificar ambas figuras en materia sucesoria?

En la sociedad actual vemos cómo muchas personas mayores renuevan lazos afectivos al existir una mayor expectativa de vida y entendemos que, así como el derecho de familia prevé un cierre cuando se disuelve un matrimonio o una unión convivencial, el derecho sucesorio también debería prever el modo en que se cierra una unión convivencial al momento de la muerte de uno de ellos, aunque no haya testamento.

Es cierto que en las legislaciones modernas existe una tendencia a otorgar derechos sucesorios a la socioafectividad en general y al conviviente en particular. Nuestra legislación argentina aún discute si los pactos convivenciales que contienen acuerdos en materia sucesoria tienen efectos luego del fallecimiento de uno de ellos; más aún, se discute si se tienen derechos sucesorios no existiendo convenio alguno. Lo que sí está claro hasta ahora es que los convivientes no tienen derechos hereditarios.

4. Uniones convivenciales

Muchos países equiparan la unión convivencial al matrimonio (Bolivia, Brasil, Guatemala –más de tres años–, Uruguay –más de cinco años–, Colombia –más de dos años–), otros otorgan derechos hereditarios a casi todas las uniones socioafectivas (Cuba), un tercer grupo otorga determinados derechos (Perú, Uruguay, Paraguay y Ecuador –aunque no lo consideran legítimo–) y un cuarto grupo no otorga ningún tipo de derechos hereditarios (Chile, Francia, España –sí lo hacen los códigos forales– y Argentina).

¿Los convivientes deberían tener derechos hereditarios en la sucesión intestada? Personalmente, creo que la legislación debería reconocerles derechos hereditarios bajo determinadas circunstancias; entre ellas, una cantidad no menor a cuatro años de convivencia (y que esa unión subsista el momento de la muerte), que hayan adquirido bienes durante la convivencia y que se encuentren a nombre del causante. En este caso, entiendo que sería justo que se le otorgara el 50% de los bienes adquiridos durante la unión convivencial. En esta propuesta, el conviviente

excluiría a los colaterales y no le daría el carácter de legítimo.

El motivo de tal propuesta surge por el hecho de que el conviviente fue el compañero en los últimos años, donde se presume la afectividad, y ambos han decidido no regular su unión por los principios del matrimonio. Por ello, el conviviente no tendría derechos sobre los bienes que el causante tenía antes de la unión convivencial o hubiese recibido por herencia, legado o donación. En este caso, si el conviviente causante quiere proteger a su pareja, debe hacerlo mediante el testamento (hasta un 50%, si se admitiera la propuesta formulada anteriormente).

5. Demás personas unidas por vínculos socioafectivos

Pareciera que en el campo jurídico la afectividad que otorga derechos es difícil de probar. Si uno piensa en el afecto hacia el hijo del cónyuge, ¿es equiparable al afecto que se tiene con el hijo propio? Quizás sí, quizás no. ¿Podría ser una fuente de derecho esa posibilidad de que exista afecto? Creemos que a veces se construyen vínculos y otras no, por lo que resulta muy difícil establecer una regla.

Quizá sea más fácil pensar en este menor y sus derechos alimentarios a cargo de los herederos del padre afín, que no es lo mismo que pensar en sus derechos hereditarios; quizá es más fácil pensar en los derechos de una persona con discapacidad ante el fallecimiento de su padre afín, pero esto viene de la mano de la solidaridad familiar y no del derecho sucesorio. Quizá no sería complejo otorgar derechos alimentarios a los hijos afines menores o con discapacidad ante el fallecimiento de su padre/madre afín, pero me resulta difícil pensar en otorgar derechos hereditarios a partir de un vínculo socioafectivo que es necesario probar, o que se otorgue sin necesidad de probar nada, sino por el solo hecho de ser el hijo afín.

¿Alguien duda del afecto del abuelo a sus nietos, aun existiendo el hijo? De acuerdo con el sistema de órdenes y grados sucesorios vigentes, los nietos no pueden heredar a sus abuelos en la sucesión intestada porque son de segundo grado y, mientras existan herederos del primer grado, no heredan los del segundo porque los grados son excluyentes (salvo el derecho de representación). En este caso, al abuelo/a solo le queda utilizar la libre disposición de 1/3 para beneficiar económicamente a su nieto/a.

Quizás –y solo quizás– se podría pensar si no estamos dispuestos a ampliar la libre disposición cuando se tienen descendientes; a otorgar una mejora a favor, no solo de un descendiente (hijos, nietos, bisnietos) o ascendiente con discapacidad (art. 2448, CCC), sino también a favor de una persona unida por socioafectividad, aún con una porción de mejora más pequeña que la que actualmente tiene nuestro Código Civil y Comercial (1/3 de la legítima) como, por ejemplo, 1/5 de la porción legítima.

Por supuesto, ante esta circunstancia y el derecho del Estado a recibir los bienes vacantes, optaría –sin duda alguna– por otorgar derechos hereditarios de los hijos afines a las demás personas unidas por un vínculo socioafectivo antes que el derecho del Estado a recibir la herencia. Lo mismo haría si tuviese que optar entre los derechos hereditarios de una persona unida por un vínculo socioafectivo antes que los derechos que tienen de tercer o cuarto grado, si realmente existió convivencia durante la menor edad del hijo afín.

Quizás es hora de pensar si estos nuevos actores de la vida afectiva familiar pueden ser tenidos en cuenta, por la voluntad del causante, en los llamamientos sucesorios. Quizás así comencemos a abrir la puerta a la socioafectividad en materia sucesoria, bajo determinadas circunstancias.

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

La mejora como instrumento de la solidaridad

por CARLOS MARTÍN SIONE^(*)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA SOLIDARIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS SUCESIONES. – 3. LA MEJORA. – 4. LA MEJORA Estricta DEL ART. 2448 DEL CCCN. – 5. POSIBLES PROPUESTAS DE REFORMA.

1. Introducción

Las XXIX JNDC tratarán en la Comisión 8 de Sucesiones la vocación sucesoria, la relación afectiva y la solidaridad. La temática seleccionada resulta claramente interesante y convocará a diversas ponencias sobre temas actuales del derecho sucesorio que la atraviesan.

Entre otros temas posibles, la reunión será oportuna para debatir supuestos que, inspirados en el valor solidaridad, ameriten regular excepciones al principio de inviolabilidad de la legítima que inspira nuestro CCCN.

En el presente, esbozaremos algunas ideas acerca de la mejora como instrumento de la solidaridad que podrán dar lugar a propuestas de *lege lata* y de *lege ferenda*.

2. La solidaridad en el ámbito de las sucesiones

En su acepción general, la solidaridad es definida como la “*adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros*”⁽¹⁾. En el ámbito jurídico, la solidaridad ha sido caracteriza como un valor⁽²⁾ que, en los términos del art. 2º del CCCN⁽³⁾, sirve como pauta de interpretación normativa, además de inspirar ciertas disposiciones en particular.

Así, en el ámbito de las sucesiones por causa de muerte, la solidaridad –junto al art. 75, inc. 23, de la CN y al art. 12, inc. 5, de la CDPD– sirvió como fundamento de la incorporación del novedoso art. 2448 del CCCN.

Sin perjuicio de ello, el campo de aplicación de la solidaridad no se agota en este instituto, sino que admite otros supuestos que han sido objeto de estudio por parte de la

doctrina y condensados en proyectos de reformas como veremos a continuación.

3. La mejora

La mejora no está definida en el CCCN pero nuestro sistema sucesorio supone su existencia. En la medida en que la porción legítima no absorbe la totalidad de la herencia siempre hay porción disponible; y la asignación –total o parcial– de ella a favor de un legitimario nos lleva al ámbito de la mejora. El límite de la porción disponible –y de la mejora– es la afectación de la porción legítima –salvo el caso del art. 2448–.

Es decir, hay mejora porque hay porción disponible y esta es un correlato necesario de la porción legítima⁽⁴⁾. Si no hay legitimarios, la mejora no es tal sino más bien hay libertad testamentaria con plena eficacia de las disposiciones que haga el causante.

Ferrer la define como “...*la disposición del causante, manifestada en su testamento o en el acto de la donación, por la cual establece que esa liberalidad que hace a favor de un heredero forzoso debe ser imputada a su porción disponible, o bien le basta con disponer en su testamento que beneficia a determinado heredero forzoso con su porción disponible...*”⁽⁵⁾.

En principio, la mejora debe ser expresa aunque encontramos supuestos en que la ley la presume: arts. 2385, último párrafo, y 2461. Asimismo, debe otorgarse en un testamento salvo los casos admitidos de mejora por actos entre vivos que constituyen pactos de herencia futura excepcionalmente permitidos: arts. 2385, primer párrafo, y 2414.

En este marco, consideramos que la mejora puede ser utilizada como un eficaz instrumento de la solidaridad en el ámbito familiar porque solo tienen un llamamiento legitimario quienes están vinculados al causante por ciertas relaciones jurídico familiares: descendientes, ascendientes y cónyuge. Fundando en la solidaridad, el causante podrá, por ejemplo, mejorar a un legitimario que lo haya ayudado especialmente con las actividades con las que generó, aumentó o conservó el patrimonio que compone la herencia, entre muchas otras situaciones posibles.

Esa mejora podrá concretarse mediante donaciones u otras liberalidades de naturaleza contractual que no tipifiquen estrictamente como donaciones, como así también mediante legados de todo tipo, etc. Las posibilidades son amplias y ponen en juego la creatividad de los operadores jurídicos como su configuración.

4. La mejora estricta del art. 2448 del CCCN

El art. 2448 del CCCN dispone que “...*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 descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera 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*”.

Si bien en los fundamentos⁽⁶⁾ del CCCN la Comisión redactora no hace expresa referencia a la solidari-

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 nuera viuda, sin hijos, es discriminatoria e inconstitucional* (Un aporte a la 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

(*) Abogado. Especialista en Derecho Sucesorio (UNR). Profesor adjunto de Derecho Sucesorio en la Facultad Teresa de Ávila de la Universidad Católica Argentina (UCA), Sede Paraná.

(1) <https://dle.rae.es/solidaridad>.

(2) Parte de la doctrina entiende que los principios y valores jurídicos no difieren entre sí sino solamente desde el aspecto del que se los observa: deontológico en los principios y axiológico en los valores (Rivera). No obstante, tal doctrina al tratar a los valores expone que “El art. 2 del CCyC introduce la noción de valores jurídicos que no estaba presente en el Código de Vélez ni en los proyectos que precedieron al nuevo CCyC. Lorenzetti explica que los valores mencionados en la Constitución y en las leyes –tales como afianzar la justicia, bienestar general, solidaridad– son citados con frecuencia en las decisiones judiciales e imponen un límite axiológico a la decisión judicial” (RIVERA, J. C.; *Derecho Civil - Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Argentina, 2017, pág. 79/80). Otra parte de la doctrina, distingue los principios de los valores y define a estos como “*cualidades o esencias objetivas que se encuentran en los objetos de la realidad cultural*” (TORRE, A.; *Introducción al derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Argentina, 1999, pág. 268). El derecho, en tanto que objeto cultural, también los contiene y por ello se los llama valores jurídicos. Para este punto de vista, los valores jurídicos tienen los siguientes caracteres: objetividad, bipolaridad, jerarquía e interconexión. Cossio enumeró los siguientes valores jurídicos: justicia, solidaridad, cooperación, paz, poder, seguridad y orden.

(3) “ARTÍCULO 2º. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

(4) “Puede afirmarse que la porción disponible y la legítima hereditaria son cara y contracara de una misma moneda. Resulta inconcebible una sin la otra. El futuro causante puede realizar liberalidades solo dentro del margen de la porción de libre disposición, ya que los herederos forzosos tienen derecho a recibir la legítima de manera íntegra” (IGLESIAS, M. B. - KRASNOW, A. N.; *Derecho de las familias y las sucesiones*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 1º ed., pág. 1085).

(5) FERRER, F. A. M.; *Tratado de Sucesiones*, Ed. Rubinzal Culzoni, Argentina, 2023, t. IV, pág. 242. En referencia al Código de Vélez, Méndez Costa expuso que “*Llámeseme mejora en el derecho argentino, a la disposición testamentaria mediante la cual el testador entrega toda o parte de su porción disponible a un heredero forzoso y, asimismo, a la porción así asignada*” (LLAMBIAS, J. J. - MÉNDEZ COSTA, M. J.; *Código Civil - Anotado*, Ed. Abeledo Perrot, Argentina, 1992, T. V-B, pág. 496).

(6) “...El Anteproyecto disminuye la porción legítima de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción; responde, de este

dad como fundamento de la norma, la doctrina así lo expone⁽⁷⁾.

En su redacción actual, el causante solamente puede disponer este beneficio a favor de ascendientes o descendiente que, al momento de la apertura de la sucesión, sean sus herederos y tengan una discapacidad. La norma no prevé al cónyuge sobreviviente con discapacidad como posible beneficiario, lo que ha generado posiciones encontradas a su respecto.

Un sector de la doctrina se manifiesta a favor de la redacción actual porque considera que el cónyuge sobreviviente ha recibido suficiente protección mediante otras normas, a saber: los arts. 2383, 2332, 2380, 2381 del CCCN⁽⁸⁾. Otro sector de la doctrina propugna su incorporación⁽⁹⁾.

El concepto de discapacidad que prevé la norma se corresponde con el adoptado por las leyes 22.431 y 24.901, y es abordado desde la perspectiva del modelo rehabilitador. No requiere ningún tipo de declaración judicial.

Desde la perspectiva del modelo social, el art. 1° de la CDPD dice: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

De lo expuesto, advertimos que las definiciones no son iguales y responden a distintas concepciones de la discapacidad. Así, mientras el concepto del CCCN –y las leyes señaladas– pone énfasis en las deficiencias de la persona con discapacidad (modelo rehabilitador), la CDPD focaliza en las barreras que la sociedad coloca a la integración de la persona y de cuya interacción surge la discapacidad (modelo social).

La doctrina se ha manifestado en orden a la necesidad de reforma del art. 2448 del CCCN a fin de ajustar la definición de persona con discapacidad a los lineamientos de la CDPC (Olmo⁽¹⁰⁾, Medina⁽¹¹⁾).

Coincidimos con la postura y, entretanto y en caso de conflicto entre ambas, consideramos que debe prevalecer la descripción de la CDPD, atento a su jerarquía constitucional y a la luz de los arts. 1 y 2 del CCCN.

El beneficio tiene carácter personalísimo o inherente a la persona por lo que, si el beneficiario no acepta la herencia y la mejora estricta, esta no se transfiere a sus sucesores⁽¹²⁾.

modo, a una doctrina mayoritaria que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante. Además, se amplía la porción disponible cuando existen herederos con discapacidad, en consonancia con los tratados internacionales que protegen a estas personas, que han sido ratificados por el país” (http://www.saij.gov.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf).

(7) “La doctrina nacional ha sido conteste en sostener que la norma se funda en el principio de la solidaridad familiar y en la función asistencial que se le asigna al derecho sucesorio” (OLMO, J. P., *Herederos con discapacidad*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, 1° ed., pág. 6/7); “Como una novedad legislativa, y en consonancia con el principio de solidaridad familiar, se regula la mejora a favor del heredero con discapacidad” (IGLESIAS, M. B. - KRASNOW, A. N., op. cit., pág. 1086); “El nuevo Código introduce una gran innovación al incorporar, con algunas características especiales, la mejora del tipo clásico español. La mejora al heredero con discapacidad constituye una novedad legislativa que incorporó la reforma, respondiendo al principio integral de asistencia y solidaridad entre los miembros de la familia al prever la posibilidad de que el causante pueda disponer de hasta un tercio (1/3) de la porción legítima, para aplicarlas como mejora estricta a los ascendientes o descendientes con discapacidad” (MEDINA - ROLLER, G., *Derecho de las sucesiones*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, 1° ed., pág. 592). Adviértase que todos los autores citados refieren al principio de solidaridad familiar mas no a la solidaridad como valor. Quizás, el valor solidaridad en las relaciones familiares ocupa un lugar tan importante que ha devenido en un principio esencial.

(8) “Esta mejora solo puede ser dispuesta a favor de ascendientes o descendientes; no resulta aplicable al cónyuge. Esta decisión de política legislativa ha sido criticada por algunos sectores de la doctrina. No compartimos la crítica, dado que el cónyuge tiene otro tipo de protecciones, tales como el derecho real de habitación del cónyuge supérstite o la opción al régimen de comunidad de ganancias. Si se les adicionase esta mejora, daría por resultado la posibilidad de apropiarse de prácticamente la totalidad del patrimonio del causante” (IGLESIAS, M. B. - KRASNOW, A. N., op. cit., pág. 1087).

(9) “El artículo 2448 no contempla al cónyuge supérstite como posible beneficiario de la mejora estricta que allí establece a favor de descendientes y ascendientes. Coincidimos con la doctrina que considera injustificada esta omisión, que resulta incoherente con la política legislativa de favorecer la situación jurídica del cónyuge supérstite” (FERRER, F. A. M., op. cit., pág. 385/6).

(10) OLMO, J. P., op. cit., págs. 112/113.

(11) MEDINA, G. - ROLLER, G., op. cit., pág. 595.

(12) FERRER, F. A. M., op. cit., pág. 382.

La norma prevé una marcada amplitud de medios para disponerla: donaciones, liberalidades, legados e, incluso, mediante fideicomiso.

Resulta debatido en doctrina si esta porción de mejora estricta es independiente de la porción disponible general, a los fines de la disposición por el futuro causante. Nos inclinamos por la postura que abona a la independencia de ambas porciones (Olmo)⁽¹³⁾.

Según esta interpretación, el causante podría utilizar la porción disponible a favor de terceros o de un legítimo sin discapacidad y la porción de mejora estricta a favor del ascendiente o descendiente con discapacidad. Entendemos, con Olmo, que esta postura denominada “amplia” es la que más favorece a la aplicación de la norma.

En cuanto a la prueba de la discapacidad, un sector de la doctrina postula que es una carga del heredero beneficiario porque constituye una excepción a la intangibilidad de la legítima y su interpretación es restrictiva (Ferrer⁽¹⁴⁾). Otro sector considera que son los coherederos que niegan que el beneficiario cumple con los requisitos de la norma, quienes deben probarlo (Iglesias).

Lo relativo a los medios para atacar la mejora estricta que no cumpla con sus requisitos –haya sido otorgada por acto entre vivos o de última voluntad– presenta particular complejidad porque, ante la inexistencia de regulación expresa, entendemos que la aplicación sin más de las acciones de protección de la legítima y sus efectos propios, conllevaría a soluciones axiológicamente cuestionables. La cuestión amerita un análisis que excede el marco del presente.

5. Posibles propuestas de reformas

Las JNDC serán una oportunidad para debatir sobre la reforma del art. 2448 en orden a incorporar otros supuestos que ameriten, también, una mejora estricta.

En ese marco, podrán debatirse supuestos de hecho que versen sobre conductas calificables como solidarias que tengan un peso propio suficiente para prevalecer sobre el principio jurídico de nuestro derecho sucesorio de inviolabilidad de la legítima, generando regulaciones que la excepcionen. Probablemente, el punto nodal verse sobre la colisión de los valores en juego y la elección del que, a criterio del legislador, sea merecedor de mayor tutela en la sociedad actual.

Una posibilidad, entre otras, es la de regular como posible beneficiario de la mejora estricta al heredero legítimo que haya declinado y/o renunciado a sus capacidades productivas, profesionales y/o laborales para dedicarse a la asistencia y/o cuidado del causante.

La cuestión ha sido largamente tratada por nuestra doctrina, con opinión mayoritaria favorable en aras a su inclusión normativa, lo que compartimos. También estuvo incorporada en el Anteproyecto de Reformas del CCCN del año 2018⁽¹⁵⁾, sin que obtenga sanción legislativa.

(13) “Desde ya que no compartimos la postura restrictiva, sino que suscribimos la postura que ha denominado ‘amplia’. Cuando el art. 2448 del Cód. Civil y Comercial dice que el causante ‘puede disponer (...) además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas’ interpretamos que se está refiriendo a que la persona no solo podrá disponer libremente de la porción disponible (un tercio de sus bienes) a favor de cualquiera, sino que también de la mejora estricta (dos novenos) a favor –en este caso– del heredero con discapacidad. En definitiva, para beneficiar al heredero con discapacidad no hace falta que necesariamente le deje la porción disponible, aunque podría hacerlo si es su intención...” (OLMO, J. O., op. cit., pág. 78). En contra, Iglesias, Córdoba.

(14) Al respecto, Ferrer sostiene “El descendiente o ascendiente beneficiado con la mejora especial, para que se le adjudique esa cuota que le acordó el testador, debe probar su condición de persona con discapacidad permanente o prolongada, al tiempo de la muerte del causante, o sea de la apertura de la sucesión, momento en que se adquieren los derechos sucesorios. Y esto es así porque esta mejora estricta es una excepción al principio de orden público de inviolabilidad de la legítima (art. 2447, CCC), y por ello debe ser objeto de interpretación rigurosa. Los otros herederos legítimos podrán cuestionar o negar el cumplimiento de los requisitos para la adjudicación de la mejora, por improcedencia del beneficio por no cumplirse los presupuestos legales para su aplicación, promoviendo la pertinente acción de nulidad o ineficacia de la cláusula testamentaria ante el juez del sucesorio. Todo medio de prueba es admisible” (FERRER, Francisco A. M., op. cit., págs. 384/385).

(15) El Anteproyecto de Reformas del año 2018 propuso la siguiente redacción del art. 2448: “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 del heredero forzoso que haya renunciado a sus capacidades productivas o profesionales para dedicarse a la asistencia del causante y/o a los descendientes, ascendientes o cónyuge con discapacidad. A estos efectos, se considera

Finalmente, retomando lo expuesto por Jorgelina Guilisasti⁽¹⁶⁾ en oportunidad de analizar la reforma de la ley

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. El causante puede testar la porción disponible a un tercero y beneficiar en la mejora estricta al legitimario discapacitado o cuidador, sin que ello haga caer la disposición testamentaria". En sus fundamentos, expuso que "Se propone agregar a dos legitimarios, 'el cónyuge con discapacidad' y 'el legitimario que hubiera cuidado al causante renunciando a sus capacidades productivas o profesionales', y establecer que 'el causante puede testar y dejar la porción disponible a un tercero, y beneficiar en la mejora estricta a un legitimario, sin que ello haga caer la disposición testamentaria'. La norma vigente, en su primera parte, refiere como beneficiarios de la mejora únicamente a los 'descendientes o ascendientes', excluyendo a nuestro entender injustificadamente, al cónyuge supérstite. Si bien es cierto que podría alegarse que el supérstite ya goza de medidas de protección tales como las referidas al hogar conyugal o el derecho real de habitación, no es menos cierto que ellas alcanzan a todo cónyuge, independientemente de contar o no con una discapacidad. Por lo tanto, el hecho de que ya goza de una protección podría alegarse también de los otros herederos legitimarios al asignárseles una porción legítima. Se propone incorporar la mejora en favor del heredero que ha cuidado al causante respondiendo al principio integral de asistencia y solidaridad entre los miembros de una familia" (<https://camoron.org.ar/wp-content/uploads/2019/02/ANT-REF-CCC.pdf>).

(16) Guilisasti en oportunidad de analizar la reforma al CCCN introducida por la ley 27.587 expuso que "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 vocación sucesoria. Esto deriva de la vocación legítima, que se sustenta en los vínculos familiares de parentesco y matrimonio, con los límites dispuestos en la ley. Dentro de esa 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. Es evidente que el sistema se sustenta en vínculos familiares, pero excluye aquellos admitidos en el nuevo Dere-

cho de Familia, en el que se protegen otras relaciones socioafectivas, que no pueden ser ignoradas por el legislador, como las de los convivientes y la del progenitor afín. Estas relaciones se sustentan en lazos que justifican su regulación como el principio de solidaridad familiar, 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 solo 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" (GUILISASTI, J., *Dossier de Derecho Sucesorio - Ley 27.587 de reformas al Código Civil y Comercial en materia de sucesiones*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, págs. 42/43).

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

*cho de Familia, en el que se protegen otras relaciones socioafectivas, que no pueden ser ignoradas por el legislador, como las de los convivientes y la del progenitor afín. Estas relaciones se sustentan en lazos que justifican su regulación como el principio de solidaridad familiar, 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 solo 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" (GUILISASTI, J., *Dossier de Derecho Sucesorio - Ley 27.587 de reformas al Código Civil y Comercial en materia de sucesiones*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, págs. 42/43).*

EN ADHESIÓN A LAS **XXIX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL**, 26, 27 Y 28 DE SEPTIEMBRE DE 2024



EL DERECHO