

Título: Derecho de sucesiones y principios del Código Civil y Comercial

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: LA LEY 09/12/2015, 09/12/2015, 1 - LA LEY2015-F, 1169

Cita: TR LALEY AR/DOC/3392/2015

Sumario: I. Introducción. — II. Características del derecho de sucesiones. — III. Recepción de los derechos humanos y la protección de las personas. — IV. El respeto al principio de la autonomía de la voluntad. — V. La protección de los débiles. — VI. El establecimiento de un sistema equilibrado de responsabilidad y solidaridad. — VII. La protección de la empresa familiar. — VIII. Conclusión.

El derecho de sucesiones, por ser un derecho interdependiente del derecho de familia y del derecho patrimonial, tiene que mantener un equilibrio entre las reglas imperativas y las reglas de la autonomía. El equilibrio se logra mediante una disminución de las legítimas, un fortalecimiento de institutos que permitan una mayor solidaridad familiar con el más débil, como el fideicomiso testamentario, la mejora a favor del heredero con discapacidad o el derecho real de habitación del cónyuge supérstite. Y también se obtiene con institutos que buscan proteger la empresa familiar como la indivisión post hereditaria forzosa impuesta por el testador, pactada por los herederos, resuelta por el cónyuge, obtenida por el heredero que ha intervenido activamente en la explotación de la empresa y con los pactos sobre herencia futura.

I. Introducción

El objeto del presente trabajo es determinar cómo se receptan en el Derecho Sucesorio, los grandes principios del Código Civil y Comercial unificado (1).

Creemos que las bases sobre las que se organiza el Código Civil y Comercial unificado son

- a. La constitucionalización del derecho privado (2).
- b. La recepción de los Tratados de Derechos Humanos y la regulación de los derechos humanos, de modo que el Código siga siendo la fuente más próxima y efectiva de la protección de la persona;
- c. La protección de los débiles y las personas con discapacidad, en el marco de la solidaridad.
- d. El respeto de la autonomía de la voluntad
- e. La reformulación de los principios de la contratación, y de circulación de los bienes, para adecuarlos a necesidades modernas y para contemplar instituciones comunes al desarrollo económico con herramientas dinámicas y actualizadas, todo ello en un marco de equidad;
- f. El reconocimiento de las nuevas formas de propiedad;
- g. El establecimiento de un sistema equilibrado de responsabilidad civil;
- h. La protección de la familia y el reconocimiento de pluralidad de modelos de familia;
- i. La protección de la empresa familiar.

Para hablar de la relación del derecho de sucesiones con las bases filosóficas del derecho privado creemos imprescindible determinar cuáles son las características del derecho de sucesiones

II. Características del derecho de sucesiones

- a) Es un derecho dependiente.

El derecho de sucesiones es un derecho dependiente del derecho de familia y del derecho patrimonial (3).

* Dependencia con el derecho de familia. (4)

Si analizamos el derecho de familia del siglo pasado advertimos que la familia estaba basada fundamentalmente en la consanguinidad y el parentesco. La mujer era considerada una incapaz y sus bienes eran administrados por el marido.

Ello se reflejaba en el derecho sucesorio francés en que los parientes heredaban, hasta el 12 grado y que el cónyuge heredaba solo después o en ausencia de estos es decir nunca.

En la actualidad el concepto de familia ha variado y está basado en la convivencia. La familia a la que hacen referencia los tratados internacionales, es la pequeña familia de padre, madre e hijos.

Esta transformación en el derecho de familia se ve reflejada en el derecho de sucesiones en una limitación de los derechos sucesorios de los consanguíneos.

En Francia ellos descienden del 12° al 6° de consanguinidad. En Argentina del 6° al 4° de consanguinidad y al mismo tiempo los derechos del cónyuge sobreviviente han aumentado considerablemente y en la actualidad

desplaza a los colaterales, hereda igual que los descendientes y concurre en una porción preferente con los ascendientes.

En estos últimos 20 años las reformas más importantes en el derecho de familia han sido la equiparación de la familia natural a la familia extramatrimonial, ello ha traído como consecuencia en el derecho sucesorio que los hijos legítimos tengan los mismos derechos que los extramatrimoniales y que los padres naturales hereden igual que los legítimos. La recepción del divorcio vincular con la consiguiente pérdida de derechos hereditarios después de la disolución del vínculo.

Las últimas evoluciones que se advierten en el derecho de familia y repercuten en el derecho sucesorio, son las relativas a las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales y a la posibilidad de casarse entre personas de igual género. Hoy se considera que la familia no se encuentra basada en un vínculo jurídico, sino en un vínculo afectivo; este vínculo afectivo puede tener lugar entre un hombre y una mujer o entre dos personas del mismo sexo. La repercusión de esta concepción en el derecho sucesorio lleva al otorgamiento de derechos hereditarios a los cónyuges sin distinción de género e indirectamente a la supresión del instituto de la nuera viuda sin hijos, ya que en el matrimonio de personas de igual sexo masculino no hay ninguna nuera y en el matrimonio de dos lesbianas hay dos nueras.

La interrelación entre el derecho de familia y el derecho de sucesiones nos obliga a determinar el concepto de familia a la cual el estado quiere proteger para determinar con base en ella la extensión de los derechos de la sucesión ab-intestato, evidentemente la protección a la familia matrimonial es mayor que aquella originada en las uniones convivenciales, ya que al conviviente (5) no se le otorga ningún beneficio en la sucesión ab-intestato, salvo el derecho real de habitación del conviviente supérstite por dos años, y de no existir herederos legítimos, ni testamentarios la herencia es deferida el fisco.

Con relación a los modelos familiares de derecho de sucesiones no hace ningún distingo en cuanto a los derechos a otorgar a los cónyuges heterosexuales que a los cónyuges del mismo sexo.

Las reformas más importantes en materia de derecho de familia introducidas por el Código Civil y Comercial son:

- * La aceptación de la absoluta igualdad entre hombre y mujer en el matrimonio
- * El reconocimiento de la igualdad entre matrimonio de personas de igual y diferente sexo.
- * La supresión de la separación judicial
- * La eliminación del divorcio por culpa o por causa.
- * La incorporación de la pensión compensatoria.
- * La aceptación de la capacidad progresiva del menor
- * La supresión del régimen de incapacidad del Código Civil y del concepto de demencia
- * La incorporación de un tercer tipo de filiación derivada de la voluntad procreacional.
- * La posibilidad de optar entre dos regímenes patrimoniales matrimoniales.

Estas reformas se ven reflejadas en el derecho sucesorio. Claramente se aceptan las relativas a disolución por divorcio y a las del régimen patrimonial del matrimonio, aunque se advierten discrepancias (propias de un Código realizado por tantas personas sin conexión entre sí) en lo referente a capacidad.

Así como desaparece la separación judicial, también desaparecerá a partir del 1 de agosto del 2015 el derecho hereditario del cónyuge separado inocente y el del enfermo (contemplados en el artículo 3574 del Cód. Civ.).

Por otra parte como se suprime el concepto de culpa en el divorcio, éste concepto también cesa de tener importancia en la exclusión hereditaria conyugal por separación de hecho (Art. 3575 del Cód. Civil es reemplazado por el art. 2437 del CCyC)

Al desaparecer el divorcio por causa cesa hacia el futuro como carga de la sucesión el sostenimiento del cónyuge enfermo o adicto divorciado. (Art. 203 Código Civil). Pero se traslada a los herederos las prestaciones alimentarias fijadas después del divorcio a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide auto sustentarse (art. 434)

La filiación por voluntad procreacional es regulada especialmente en orden a la capacidad para suceder, donde no se permite la fecundación post mortem.

Por el contrario las normas sobre capacidad progresiva y el sistema de discapacidad no se reflejan en el derecho sucesorio testamentario, ya que la capacidad para testar se adquiere a los 18 años (Art 2464) y donde se

sigue hablando de los intervalos lúcidos y de personas privadas de razón como incapaces para testar (Art. 2466).

* Dependencia con el derecho patrimonial. (6)

El derecho patrimonial engloba el derecho de bienes y el derecho de las obligaciones.

Con relación al derecho de bienes cabe señalar que el Código de Napoleón y los que los siguieron como el Código de Vélez, ignoraba el valor funcional de las cosas. Estos códigos no les conferían a las cosas nada más que la expresión monetaria sin preocuparse de su destino o de su afectación humana. En este sentido se otorgaban derechos sobre los inmuebles sin tener en cuenta si estos eran usados como habitación, ni por quién eran usados.

La consecuencia en el derecho de sucesiones, era que al momento de la partición se tenía en cuenta el valor de los bienes y no su función respectiva. Así si existían dos herederos el escribano podía recibir el material agrícola y el campesino la biblioteca.

Hoy el derecho de bienes no se desentiende del destino de las cosas. Ello se advierte en el derecho de sucesiones con las atribuciones preferenciales al momento de la partición contempladas en los artículos 2380 y 2381 Código Civil y Comercial) y en normas que busca evitar el parcelamiento de los inmuebles de los inmuebles y la división de las empresas. (Art. 2377 Código Civil y Comercial)

b) Derecho de equilibrio entre el derecho de la autonomía y el derecho imperativo.

Tradicionalmente se ha enseñado que el derecho de familia es un derecho imperativo y que las partes no pueden renunciar a sus derechos y deberes familiares, mientras que el derecho civil económico es un derecho de autonomía. En este último por la autonomía de la voluntad y la soberanía del derecho de propiedad los particulares son libres de gestionar su patrimonio.

El derecho de sucesiones por ser un derecho interdependiente del derecho de familia y del derecho patrimonial tiene que mantener un equilibrio entre las reglas imperativas y las reglas de la autonomía, así no puede existir una absoluta voluntad de testar (expresión de la soberanía del derecho de propiedad), ni tampoco un sistema de legítimas total (en nombre de la solidaridad familiar y de la igualdad).

El derecho de familia deja hoy en día un espacio de libertad para la voluntad privada para elegir su estatuto patrimonial matrimonial pero ello no se traduce por un relajamiento de los deberes familiares, muy por el contrario estos se ven fortalecidos en el régimen matrimonial primario.

En el ámbito del derecho sucesorio el equilibrio se logra mediante una disminución de las legítimas (art. 2445 CCyC reduce las legítimas de los descendientes de 4/5 a 2/3 y las de los ascendientes de 2/3 a 1/2) un fortalecimiento de institutos que permitan una mayor solidaridad familiar con el más débil, como el fideicomiso testamentario, la mejora a favor del heredero con discapacidad (art. 2448), el derecho real de habitación del cónyuge supérstite. (art. 2383), Y también se obtiene con institutos que buscan proteger la empresa familiar como la indivisión post hereditaria forzosa impuesta por el testador (art. 2330) pactada por los herederos (Artículo 2331) resuelta por el cónyuge (art. 2332) obtenida por el heredero que ha intervenido activamente en la explotación de la empresa (art. 2333) (7) y con los pactos sobre herencia futura (art. 1010)

En definitiva existe una mayor libertad personal que va acompañada con una mayor responsabilidad.

A continuación veremos cómo se receptan los grandes principios filosóficos que sostienen al Código Civil y Comercial en el derecho sucesorio.

III. Recepción de los derechos humanos y la protección de las personas

a. Disposiciones extrapatrimoniales para después de la muerte:

En el derecho testamentario como otro aspecto de la recepción de los derechos humanos se acepta el respeto de los derechos de la personalidad para después de la muerte y en tal sentido se da el carácter testamentario a las disposiciones extrapatrimoniales del fallecido. (art. 2461)

Se aceptan como válidas las disposiciones testamentarias extrapatrimoniales mejorándose con ello la redacción del art. 3607 del Cód. Civil que establece que el testamento es una disposición de bienes

Al admitirse como válidas las disposiciones extrapatrimoniales. (art. 2462 del CCyC) se amplía el fundamento del testamento superando el límite de lo meramente patrimonial, respetando el poder del sujeto para ejercer actos extrapatrimoniales después de la muerte como un reconocimiento del respeto de la autonomía privada.

"El testamento hoy se presenta entonces, como un instrumento idóneo para regular con eficacia transmuerte una pluralidad de intereses de índole no patrimonial, y de tal manera contribuye a valorizar la persona humana. Por lo tanto es también testamento la manifestación de voluntad de quien consigna en el documento

testamentario solo disposiciones extrapatrimoniales, revelando querer servirse de un instrumento jurídico idóneo para expresar sus inquietudes y disposiciones de orden únicamente personal, familiar o extrapatrimonial" (8).

En el sistema vigente se permite que el testador realice algunas disposiciones extrapatrimoniales, como: el nombramiento de tutor y curador; la disposición del cadáver y de los órganos; el reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

Pero existen una serie de disposiciones extrapatrimoniales que exceden el concepto de disposición de bienes contenido en el objeto legal de los testamentos, como ser: el destino de los papeles privados, diplomas títulos, cartas (9) etc.; la prohibición de publicación de una obra por un plazo determinado, la exclusión de una persona como tutor o curador de los incapaces a cargo; instrucciones sobre la educación de los hijos (10).

Resulta valioso que el Código Civil y Comercial amplíe el objeto de los testamentos a las disposiciones extrapatrimoniales y admita su validez.

b) Igualdad del hombre y la mujer

En orden a la recepción de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales se debe suprimir toda desigualdad del hombre y la mujer, en tal sentido en el Proyecto del Código Civil Argentino se ha optado por suprimir el instituto de la nuera viuda sin hijos que era discriminatorio en contra del hombre. (Art. 3576 bis del Código Civil) Otra posibilidad hubiera sido extenderlo en igualdad de condiciones al yerno viudo.

En orden a la equiparación el Código Civil argentino se inclinó por la supresión del instituto.

La igualdad de los derechos del hombre y la mujer se refleja en los regímenes patrimoniales matrimoniales, a saber: En el régimen de comunidad no se puede determinar el origen de los bienes se los considera gananciales de administración conjunta (artículos 466 Código Civil y Comercial unificado). En el régimen de separación de bienes los bienes cuya propiedad no se pueda demostrar se presume que pertenecen a ambos cónyuges (art. 506 Código Civil y Comercial unificado). Estas disposiciones lógicamente influyen en la órbita del derecho de sucesiones, marcando una clara equiparación de la igualdad de los cónyuges en el derecho patrimonial.

IV. El respeto al principio de la autonomía de la voluntad

Cuando el sistema de legítima es excesivamente alto, prácticamente se impide la posibilidad de testar por lo reducido de la cuota de libre disposición. Ello es lo que ocurre con el Código Argentino.

Es por ello que en todos los proyectos de reforma integral del Código Civil se propició siempre aumentar la porción de libre disposición.

En el anteproyecto de Babiloni y en el anteproyecto de 1936 la legítima se reducía a 2/3 del haber hereditario, cuando existían descendientes legítimos.

Mientras que en el anteproyecto de LLambías, se seguía el modelo francés y se establecía legítimas móviles de acuerdo a la cantidad de hijos del causante. La legítima era de la mitad si existía un sólo descendiente, de dos tercios si se dejaba dos o tres descendientes y de un cuarto en el caso de un mayor número de ellos.

Los Congresos y Jornadas realizados en la Argentina, con diferencias de matices se inclinaron por el otorgamiento de una mayor libertad de testar.

En una posición extrema, se propicio la absoluta libertad de testar en el Primer Congreso Notarial Argentino celebrado en Buenos Aires en 1917. En él se formularon reflexiones sobre la frecuencia con que los notarios han observado los casos de "personas que protestan contra la ley, porque no les permite disponer mas libremente sus bienes y sobre la verdadera solución que estaría, no en reducir las legítimas, sino en declarar la amplia facultad de testar" (11).

En posiciones intermedias se pronunciaron las III Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en 1967 y las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata de 1983. En la primera de ellas se propicio un prudente aumento de la porción disponible y una correlativa disminución de la porción legítima. Mientras que en las Jornadas celebradas en Mar Del Plata, además se recomendó " que el causante sea facultado para aplicar un porcentaje de la porción legítima a favor de los descendientes para mejorar a alguno o algunos de ellos" (12).

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 (art. 2448)

Si bien en el seno de la comisión se discutió el tema no se aceptó la incorporación de la mejora consistente

en que en una porción de la legítima el testador la pueda distribuir libremente entre sus herederos forzosos (13).

Las porciones legítimas son fijadas de las siguientes formas:

| Legítimas del Código Civil | Legítimas del Proyecto |
|--------------------------------|--------------------------------|
| Descendientes 4/5 art. 3593 | Descendientes 2/3 art. 2395 |
| Ascendientes 2/3 art. 3594 | Ascendientes 1/2 art. 2395 |
| Cónyuge 1/2 art. 3595 | Cónyuge 1/2 art. 2395 |

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 mas 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 mas lo necesita.

Cabe recordar que "El legislador no puede amar como un padre, ni conocer los vicios y virtudes, las desigualdades y las necesidades de los hijos" (14) " Solo los padres conocen el carácter de cada hijo, sus debilidades, sus inclinaciones y sus aptitudes, su grado de capacidad intelectual, su conducta, sus recursos, los reverses de la fortuna, las desigualdades naturales que separan a uno de otros hijos...Podrán los padres equivocarse, pero el error es en ellos meramente posible, y en todo caso no sucederá sino por excepción y accidente; el legislador al contrario, no puede acertar nunca, el error es congénito y natural a su regla, yerra porque no puede menos que errar" (15).

Una de las justificaciones al sistema de legítimas igualitarias y elevadas reside en el principio de igualdad, como los hijos son iguales deben recibir partes iguales. Este razonamiento es falaz ya que al igualdad matemática de la legítima es puramente cuantitativa, sin matices cualitativos." Para repartir entre diversos individuos de una familia una herencia con verdadera justicia, hay que tomar en cuenta una serie de factores complejos, que presuponen el conocimiento íntimo de las cuestiones del hogar, que la ley con un criterio matemático, nunca puede contemplar (16).

Por ello consideramos acertada la reforma en materia legítima, la que ha sido sabiamente complementada con el fideicomiso testamentario y con la mejora a favor de los herederos con discapacidad (art. 2449)

V. La protección de los débiles

a. El fideicomiso testamentario (17)

En el año 1995, la ley 24441 denominada de "Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción", reglamentó el fideicomiso y permitió su constitución por contrato y por testamento. Expresamente dispone el artículo 3:

"Fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en algunas de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el art. 4to"

La esencia del fideicomiso radica en transmitir la propiedad de una cosa a una persona, para que éste la administre como un "patrimonio de afectación" y la transmita a un tercero. La transmisión de la propiedad primero a una persona para ser transferida a un tercero, tropieza en materia testamentaria con el inconveniente de la prohibición de la sustitución fideicomisaria contenida en los arts 3723 y 3724 del Cód. Civ. y explicitada en la nota a este último y mantenida en el artículo 1700 del Código Civil y Comercial.

El fideicomiso testamentario ha sido pensado como un instituto que posibilite al causante prever la administración de sus bienes en protección de los incapaces o de quien el causante desee proteger, pero como se

inserta en un régimen que contiene limitaciones a la posibilidad de disponer los bienes para después de la muerte, se hace necesario compatibilizar el sistema de legítima — que es de orden público — con el fideicomiso testamentario.

En el sistema vigente si existen herederos forzosos el fideicomiso solo podrá ser constituido sobre la parte de libre disposición, porque lo contrario violentaría la legítima, por eso es poco utilizado porque la cuota de libre disposición es escasa (18).

En la actualidad a un heredero forzoso no se le puede obligar a recibir una propiedad fiduciaria, porque ello implicaría someter su legítima a una condición o a una carga que se encuentra prohibida por la ley en el art. 3598 del Código Civil que dice

"El testador no podrá imponer gravámenes ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciere se tendrán por no escritas."

El nuevo régimen de fideicomiso está establecido en el Código Civil y Comercial en el art. 2493 que dice Fideicomiso testamentario. El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8º, Capítulo 30, Título IV del Libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el artículo 2448.

Ello implica que mientras exista un sistema de legítimas como el vigente en nuestro Código Civil y Comercial, la utilidad del fideicomiso por testamento será relativa salvo en el caso de mejora a favor del heredero con discapacidad.

a. Determinación de los sucesores

Una de las cuestiones más difíciles de decidir es si los embriones no implantados son sucesores del causante.

En tal sentido hay que tener en cuenta que el Pacto de San José de Costa Rica establece que se es persona desde el momento de la concepción, y que igual orientación ha tenido el artículo 19 del Código Civil y Comercial unificado

En este orden de ideas, si se reconoce el derecho de la persona humana desde el momento de la concepción, se debe determinar los derechos sucesorios de los embriones congelados y no implantados y el de los niños que nazcan de gametos crioconservados

El artículo 2229 del Código Civil y Comercial establece las personas que pueden suceder al causante:

- a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;
- b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;
- c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561;
- d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.

En el Proyecto originario decía "Pueden suceder al causante.....c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida con los requisitos previstos en el art. 563" ..

El art. 563 del Proyecto disponía:

"En caso de muerte del o de la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

"No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

"a) La persona consiente en el documento previsto en el art. 560 (consentimiento informado) o en su testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento;

"b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso".

En el texto del Código Civil y Comercial aprobado por la ley 26994 se modifica el artículo 563 y se suprime la posibilidad de que la persona de su consentimiento para que los embriones se transfieran a la mujer dentro del año posterior al fallecimiento, y el artículo 2779 remite al artículo 561 que simplemente dice. "La instrumentación de dicho consentimiento (informado del art. 560) debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se

haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión"

En conclusión como explica Ferrer el sistema es complejo con las reformas introducidas, al suprimirse la filiación post mortem y establecer que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, sin más aclaraciones, quedamos en una situación compleja similar a la que se daba antes de la sanción del Código Civil y Comercial, pues la remisión al art. 561 no soluciona las cuestiones.

En efecto: para que exista filiación y derecho sucesorio del hijo nacido con auxilio del tratamiento médico, respecto del progenitor fallecido, ambos usuarios de la técnica tienen que haber prestado y suscripto el consentimiento informado del art. 560, con las formalidades del art. 561, y además renovado ese consentimiento antes de proceder a la utilización de los gametos o de la implantación del embrión, puesto que puede ser libremente revocado (últimos párrafos de los arts. 560 y 561). O sea, la mujer tiene que haber sido fecundada, o el embrión tiene que haber sido implantado con el consentimiento renovado de ambos usuarios a la fecha de la muerte del esposo o conviviente de la mujer, para que la criatura nacida de este procedimiento tenga vínculo filiatorio y derecho hereditario con respecto a ambos progenitores y pueda suceder al fallecido, siempre que nazca con vida (art. 21, 562 y 2279, incisos a) y b). Por lo tanto, si el hombre falleció antes de renovar su consentimiento para la transferencia del embrión, el consentimiento inicial que prestó queda privado de efectos y la mujer impedida de obtener la implantación del embrión, que será descartado y destruido como una cosa inservible, o destinado a la investigación, privándolo de la posibilidad de continuar su desarrollo vital (19).

Cabe señalar que en la mayoría de las legislaciones europeas la aplicación post mortem de las técnicas procreativas está prohibida; y si no obstante se utiliza sus consecuencias se rigen por el derecho común. Así ocurre en el derecho francés: respecto a la filiación post mortem, como no está reglada la situación de los hijos nacidos de una técnica de procreación médicamente asistida no contemplada por la ley (20), se aplican las reglas del derecho común: si se prueba la existencia del vínculo biológico entre el niño y el hombre fallecido, cuyo semen se utilizó en la técnica procreativa y ha prestado su consentimiento para su aplicación, el juez habrá de declarar la filiación; pero no podrá heredar porque lo impide el art. 725 Cód. Civil francés, en razón de que no existía a la fecha de la muerte del causante.

Cabe recordar que el doctor Borda al comentar el Proyecto de Código Civil de 1998 criticaba la posibilidad de que niños que nazcan de técnicas de fecundación asistida puedan tener derechos sucesorios. Concretamente señalaba que "Lo cierto es que al conferirle derechos sucesorios al nuevo ser, se estimula la práctica de un procedimiento que por hipótesis es ilícito. Y se alienta la posibilidad de dar vida a un ser destinado inexorablemente a no tener padre en la vida real aunque lo tenga genéticamente" (21).

Entendemos que la solución sobre los derechos hereditarios de las personas que nazcan después de la muerte de los dadores de gametos debe ser absolutamente clara, no puede dejar lugar a dudas, para evitar cualquier tipo de inseguridad jurídica, independientemente de que la ley que reglamente las técnicas de fecundación asistida realice un tipo u otro de regulación es en el Código Civil y Comercial donde se debería haber dado una respuesta más categórica a los derechos sucesorios de los embriones no implantados y dar solución hereditaria a las personas que nacen después de la muerte del dador de los gametos. Lo cierto es que tales nacimientos son hoy en día técnicamente posibles, no se encuentra prohibida la crioconservación de gametos, ni de embriones en consecuencia creemos que debe interpretarse el Código Civil y Comercial en forma integral y establecer que quienes nazcan por técnicas de fecundación humana asistida realizadas post mortem no tienen derechos hereditarios, cuando al momento de su muerte el progenitor fallecido no hubiera renovado el consentimiento para la utilización de gametos o de embriones. Y que no es válido que en un testamento se autorice la utilización de gametos congelados, ni de embriones no implantados, porque el testamento tiene efectos post mortem y la voluntad procreacional debe ser otorgada antes de la muerte del causante

Ejemplo si el 2 de agosto del 2015 a las 10 de la mañana el progenitor renueva su consentimiento para implantar el embrión en el útero de su esposa el 3 de agosto y muere la noche del 2 de agosto. La mujer podrá implantar el embrión y el hijo nacido tendrá derechos sucesorios. En cambio si no ha renovado su consentimiento no podría realizarse la técnica y el embrión no podría ser implantado y de serlo no tendría derechos hereditarios aunque hubiera dado un consentimiento original para la realización de la técnica.

Lo que ocurre es que se requieren dos consentimientos uno es el consentimiento para la realización de la técnica en si y otro es el consentimiento particular para cada vez que se va a utilizar el material genético o implantar embriones, el fundamento de este doble consentimiento está dado porque la base de la técnica es la voluntad, que debe existir al momento de la implantación.

En este sentido el Código Civil unificado se aparta de la jurisprudencia vigente en nuestro país hasta la actualidad, la cual siempre ha permitido la utilización del material genético post mortem, con base en el principio de que todo aquello que no está prohibido está permitido.

El primer fallo argentino que se conoce sobre la fecundación post mortem es el fallo del Tribunal de Morón dictado el 21 de Setiembre del 2011, en este caso la Sra Andrea Paula Gaudino planteó una acción declarativa para que se declarara que no existía impedimento alguno en que se le efectuara "el implante del material genético crio-preservado" de su cónyuge premuerto en marzo del 2011 Dijo que contrajo matrimonio con el Sr. Javier Oscar Losinno el 22 de septiembre de 2005 y que no pudiendo lograr un embarazo por padecer una poliquistosis ovárica concurre con el cónyuge al Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida Procreate. En ese lugar se les aconsejó una fertilización asistida. A esos fines en el mes de junio de 2010 dieron el consentimiento para crio-preservar material genético para un posterior implante. Agrega que en ese mismo mes y año se diagnosticó al Sr. Losinno un cáncer Linfoma no Hodking que le provocó la muerte el 13 de marzo de 2011. Afirmó contar con el decidido apoyo del grupo familiar del marido y que los suegros le cedieron los derechos sucesorios que les corresponderían. Sigue diciendo que el Centro de Fertilización le exige autorización judicial para seguir el tratamiento y concluye solicitando la autorización judicial para su realización (22).

El Tribunal decidió admitir la fecundación post mortem señalando que " La circunstancia de que el esposo de quien solicita autorización para someterse a un tratamiento de fertilización asistida—, prestó el consentimiento informado para postergar el inicio de la quimioterapia que su propia dolencia requería, hasta obtener el material genético y luego lo entregó a la esposa para su preservación en una institución en la que ambos cónyuges realizaron el tratamiento de fertilización, y tal conformidad se mantuvo por los nueve meses que el esposo sobrevivió, resulta procedente recurrir a la figura del consentimiento presunto, y autorizar el tratamiento de fertilización asistida solicitado, puesto que estaba al alcance del marido revocar el consentimiento prestado y no sólo no lo hizo, sino que sus familiares directos confirmaron que era deseo del fallecido ser padre"

Por otra parte el Tribunal afirmó que el art. 19, Const. Nac. y 25 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires consagran el principio de que todo lo que no está prohibido, está permitido. Es el llamado principio de legalidad, pilar del estado de derecho del que se desprende que "únicamente la ley puede prohibir y ordenar y que nadie puede ser privado de hacer lo que la ley no prohíbe" (23) y accedió a realizar la técnica.

Cabe señalar que a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial por ley 26.994 tal técnica no podría ser realizada porque no basta que el consentimiento no sea revocado sino que se requiere la renovación del consentimiento para el caso (24).

Otro fallo que trata la cuestión de la fertilización post mortem es el resuelto por la Sala 3ra de la Cámara Civil y Comercial de Mendoza en el año 2011. El caso trataba de una mujer que solicitó ante los tribunales autorización para utilizar los gametos de su esposo prefallecido, en primera instancia se la denegaron porque el cónyuge no había renovado su consentimiento para la implantación aplicando el proyecto de Cód. Civ. y Com. antes de su sanción.

Las razones principales en las que fundó su rechazo la Sra. juez fueron: a) la supresión de los arts. 562 y 563 del ante-proyecto de Reforma del Código Civil por la Comisión Bicameral en el año 2011, artículos que justamente regulaban los supuestos de gestación por sustitución y filiación post mortem ante los graves dilemas éticos y jurídicos que presentaban; b) que en el caso resultaba evidente la ausencia de consentimiento expreso del fallecido Sr. D. para la extracción de sus gametos y la utilización de los mismos mediante técnicas de reproducción asistida en vida o post mortem; y c) que el derecho a la procreación se encuentra limitado por el derecho de los demás, en el caso concreto el derecho del niño por nacer a tener una familia, constituida por un padre y una madre

El caso fue apelado ante la Cámara Civil y Comercial de Mendoza la que debió decidir si la fecundación post mortem, podía o realizada teniendo en cuenta el Código Civil vigente, la Constitución Nacional y las Convenciones de Derechos Humanos. El tribunal señala que si bien comparte los fundamentos de la juez de primera instancia de que como el Código Civil y Comercial unificado no estaba sancionado correspondía aplicar la máxima de que todo lo que no estaba prohibido estaba permitido por lo tanto se autorizó a la actora a utilizar los gametos extraídos de su difunto esposo para su inseminación, a través de las prácticas de fecundación asistida que resulten necesarias conforme a la situación de la paciente, y mediante su consentimiento informado en los términos del art. 7, Ley 26862, toda vez que no existe ninguna regla de derecho objetivo vigente que establezca una prohibición expresa en tal sentido. Y si ello es así, no cabe otra conclusión que la de que la práctica está permitida dado el principio general del derecho que establece que lo que no está prohibido está permitido y a las disposiciones del art. 19, Constitución Nacional.

En definitiva la muerte es el hecho jurídico que causa, en el mismo instante en que se produce, la apertura legal de la sucesión de la persona fallecida y la transmisión de la herencia a los llamados a sucederle por la ley o el testamento 2277. Este principio sucesorio, tiene importancia en todo el derecho hereditario, y

fundamentalmente en el tema de la capacidad para suceder de los embriones no implantados. Entre otros, por los siguientes motivos:

— Porque a ese tiempo debe verificarse el requisito de la existencia del sucesor (art. 2424 Cód. Civ. y Com.) y se determina su habilidad para suceder al causante (art. 2279 Cód. Civ. y Com.) o sea que en ese momento hay que tener las condiciones necesarias para ser heredero

De todos esos principios surge que después de la vigencia del Código Civil y Comercial el embrión no implantado, cuyo progenitor no hubiera renovado el consentimiento para su implantación no tendrá derechos sucesorios,

Cabe preguntarse por el valor debido a un testamento que dispusiera que los embriones producidos por sus gametos sean transferidos a la mujer después de la muerte. Creemos que tal cláusula es inválida por aplicación del artículo 2466 del Código Civil, que dice que el contenido del testamento, su validez o nulidad se juzgan según la ley vigente al momento de la muerte del testador y a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, son inválidas las cláusulas testamentarias que autoricen por un plazo determinado las técnicas de fertilización asistidas post mortem. Por otro lado, no dejamos de advertir que esta es una mera interpretación doctrinaria y que podría llegar a sostenerse que aunque el artículo 563 del Proyecto, disponía la posibilidad de autorizar mediante testamento los embriones supernumerarios, se podría llegar a pensar que aun cuando no está expresamente permitido y el referido artículo se suprimió. De todas formas como no está expresamente prohibido, la técnica de fertilización post mortem podría ser realizada y podría interpretarse que la persona tendría derechos hereditarios si se aplicaran con amplitud el artículo 2279 del Código Civil.

No compartimos la anterior interpretación, independientemente de que la ley que reglamente las técnicas de fecundación asistida considere ilícitas las técnicas de fecundación asistida post mortem, lo cierto es que la intención del legislador ha sido la de negar derechos hereditarios a los seres que nazcan de técnicas reproducción asistida post mortem cuando el consentimiento para la implantación no fue dado expresamente por ambos progenitores.

Tacharlas de ilícitas, daría lugar a sanciones de tipo administrativo, penal y hasta civil, pero no soluciona el aspecto sucesorio, por ello correctamente el proyecto opta por una de las soluciones posibles, que es la de negarles derechos hereditarios.

b. Mejora a favor de heredero con discapacidad [\(25\)](#)

La mejora es uno de los institutos que más se prestan para la protección de los más débiles.

El sistema de legítima con distribución de porción forzosa y porción de libre distribución es el sistema castellano de la mejora que fue recogido en el Código Español y seguido por el Código de Colombia, el Código chileno y el Código peruano de 1936.

Este sistema es el que tiene mayor aptitud para resolver el antagonismo entre la libertad de testar y la división forzosa de la herencia y permite que el testador mejore a los herederos forzosos que más lo necesitan.

En el Código Civil y Comercial unificado lo único que se acepta es la mejora en favor de las personas con discapacidad su fundamento primordial es la protección de los descendientes y ascendientes con discapacidad

Los padres de hijos con discapacidad tienen una preocupación constante, como la de determinar quien se va a ocupar de ellos después de la muerte de los progenitores, y fundamentalmente quien se va a ocupar de cubrir sus necesidades y administrar sus bienes, funciones que abnegadamente desempeñan estos padres.

Para estos supuestos es útil el instituto del fideicomiso testamentario ya que sirve como herramienta eficaz para la tuición de los más débiles. Pero si solo se puede constituir un fideicomiso testamentario en la cuota de libre disposición, aún cuando la cuota de libre disposición se amplíe, tal herramienta se torna ineficaz por ello el Código Civil y Comercial unificado estableció la mejora a favor de los herederos con discapacidad en el artículo 2448. Que dice: "— 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 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.

La mejora a favor del heredero con discapacidad constituye una novedad legislativa que incorpora la reforma, respondiendo al principio integral de asistencia y solidaridad entre los miembros de una familia al prever la posibilidad de que el causante pueda disponer de hasta un tercio (1/3) de la porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a los descendientes con discapacidad. En los "Fundamentos" del Proyecto de

Código Civil y Comercial, sancionado luego por la ley 26.994, además de ponderarse como "más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante" —esto con obvias referencias a la porción disponible de éste cuando tenga descendientes o ascendientes—, se dice que mediante la incorporación de este instituto "se amplía la porción disponible cuando existan herederos con discapacidad, en consonancia con los tratados internacionales que protegen a estas personas, que han sido ratificados por el país".

c. Derecho del cónyuge sobreviviente. (26)

Otro de los imperativos del derecho sucesorio actual es otorgar una mayor protección al cónyuge sobreviviente, que es en definitiva quien en la generalidad de los casos más lo necesita, ya que el mayor promedio de vida alcanzado en este momento hace que la expectativa de sobrevivencia sea muy alta, pero también es cierto que la vejez es muy cara y por ello resulta conveniente que el cónyuge además de tener derecho a la mitad del patrimonio ganancial, en caso de comunidad tenga derecho a heredar el patrimonio que contribuyó a formar y que le va a permitir afrontar los gastos que apareja la ancianidad con mayor dignidad. Tal posición que era aceptada en el proyecto de Código de 1998 no fue aceptada en el Código Civil y Comercial unificado.

En el Código unificado tampoco se le otorga al sobreviviente la mejora en caso de discapacidad, lo que resulta contradictorio con la protección necesaria que tiene que tener la vejez.

VI. El establecimiento de un sistema equilibrado de responsabilidad y solidaridad

a. El divorcio y la enfermedad preexistente grave que le impide auto sustentarse

En el ámbito del derecho de familia se busca la desdramatización del juicio de divorcio y por ello se eliminan tanto las causales subjetivas como las causales objetivas para obtenerlo.

Una de las causas objetivas por las cuales en el Código Civil se puede obtener el divorcio sin necesidad de probar la culpa es la drogadicción, el alcoholismo o las alteraciones de conducta graves de carácter permanente previstas en el art. 203 del Código Civil Si la separación se decreta por esta causa quien la solicita debe hacerse cargo de todos los gastos para el tratamiento y recuperación del enfermo y esta obligación alimentaria se transmite a los herederos como una carga de la sucesión.

En el Código Civil y Comercial unificado no hay divorcio por causales objetivas con lo cual desaparece el divorcio previsto en el artículo 203 del Código Civil

Para paliar el inmenso desamparo en el cual puede quedar el cónyuge enfermo tras el divorcio incausado el Código Civil y Comercial unificado prevé en el artículo 434. que las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio: a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide auto sustentarse.

El artículo 434 sigue el antecedente del artículo 208 del Código Civil derogado que reguló los alimentos a favor del cónyuge enfermo (27). Y reedita la protección del cónyuge enfermo pero sobre bases diferentes de su antecedente ya que solo se otorga en caso de enfermedad grave preexistente.

Señala Mariel Molina que "No cualquier enfermedad da lugar al derecho alimentario posterior al divorcio, sino que debe tener una entidad tal que le impida proveerse

de recursos suficientes para mantenerse, conservar un nivel de vida digno y valerse por sí mismo; claramente estará en directa relación con la realidad social, cultural y económica de ese cónyuge. La falta de sustentabilidad propia podrá demostrarse por su imposibilidad de obtener recursos para cubrir sus necesidades de subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica correspondientes a su condición" (28).

Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos. A diferencia de lo establecido en el artículo 208 del Código Civil que establecía que el sostenimiento del cónyuge enfermo era una carga de la sucesión en este caso la obligación de alimentos hacia el cónyuge que sufre una enfermedad grave preexistente al divorcio se transmite a los herederos como una obligación patrimonial y no como una carga.

Lo que ocurre es que un sector de la doctrina había (29) criticado que se la considerara "carga" ya que las cargas en sentido estricto nacen luego de la muerte del causante, mientras que la deuda alimentaria prevista por el artículo 208 tenía su origen con anterioridad al fallecimiento. En realidad consideramos que el término "carga" no está tomado en el sentido técnico expuesto, sino como un cargo o prestación que deben cumplir los herederos, quienes deben prever cómo se ha de realizar la prestación, siguiendo a Fanzolato podemos decir que al hablar de "carga de la sucesión", el artículo 208 se refería a una "obligación inherente al patrimonio transmitido", y que al imponer la obligación de "prever" el modo de continuar cumpliéndola, era demostrativo de que en realidad se trata de una deuda patrimonial (30).

b. La falta de reconocimiento de los hijos extramatrimoniales durante la menor edad.

El reconocimiento de los hijos extramatrimoniales como acto jurídico ha sido conceptualizado como un acto voluntario. Pero no debe perderse de vista que la Convención de los Derechos del Niño establece el derecho del niño a reconocer su propia identidad. En tal orden de ideas el reconocimiento no es una facultad sino un deber paterno y en aras de la responsabilidad que deben imperar en el derecho de familia quien no reconoce voluntariamente a su hijo durante al menor edad, no es digno de sucederle como heredero.

Eso está expresamente previsto en el Código Civil argentino actualmente vigente y en el Código Civil y Comercial en el art. 2281, inc. h. que contempla como causal de indignidad: "...h) El padre o la madre del hijo extramatrimonial que no lo haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad".

c. La pérdida de la vocación hereditaria del cónyuge [\(31\)](#)

Paralelamente a un acrecentamiento del derecho del cónyuge supérstite se establecen causales de pérdida de la vocación hereditaria en los casos de divorcio, separación de hecho sin voluntad de unirse,

Así el artículo 2437 establece que el divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges.

La pérdida de la vocación hereditaria en la separación de hecho sin voluntad de unirse, se impone porque no existe el fundamento que justifique la sucesión del cónyuge.

VII. La protección de la empresa familiar

Dijimos que uno de los principios que inspiran el Código es "la reformulación de los principios de la contratación, y de circulación de los bienes, para adecuarlos a necesidades modernas y para contemplar instituciones comunes al desarrollo económico con herramientas dinámicas y actualizadas, todo ello en un marco de equidad"

Una de la formas en que se da realidad a este principio es fortalecer la empresa familiar y si bien el nuevo Código no legisla especialmente a las "empresas familiares" contiene una serie de normas que permiten mejorar su marco legal para evitar conflictos, fortalecerlas y darles continuidad. Varias de estas normas se encuentran en el ámbito del derecho sucesorio.

La empresa familiar se ve fortalecida con la disminución de la legítima porque le da al fundador de la empresa mayor margen para planificar su sucesión [\(32\)](#)

Contribuyen a dar solidez a la empresa familiar los pactos sobre herencia futura contenidos en el artículo 1010 del Código Civil La prohibición de los contratos sobre herencia futura estaba consagrada en el art. 1175 del Cód. Civil. Ella estaba prevista también en todos los proyectos de reforma. El Código Civil y Comercial incorpora una excepción que no reconoce antecedentes en los proyectos nacionales precedentes.

Los pactos sobre herencia futura relacionados con las empresas familiares reconocen antecedentes en el Código Civil de Cataluña; y en el Código Civil italiano a partir de la reforma introducida en el año 2006.

El artículo 1010 concretamente dice: "La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios.

Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros".

Señala Favier Dubois que "El texto atiende a la necesidad de facilitar la sucesión en la empresa familiar permitiendo al fundador transmitirla solo a los herederos con vocación de continuar la empresa, excluyendo a los demás." [\(33\)](#)

— Por otra parte contribuyen a fortalecer la empresa familiar los fideicomisos testamentarios, posibilidad de imponer indivisión por 10 años y de pactarla (art. 2330) Prescripción donaciones a los 10 años (art. 2459), la atribución preferencial (art. 2380), la posibilidad de que el testador designe el administrador de la sucesión (art. 2347), la Licitación (art. 2372) las normas sobre partición sucesoria, en cuanto tienen en cuenta la naturaleza y el destino de los bienes (art. 2377) y establecen el principio que debe evitarse el parcelamiento de los inmuebles y la división de la empresa, Admite que se pueden atribuir lotes desiguales con pago a cuenta y garantía del saldo de precio hasta el 50%

— En cuanto a la atribución preferencial cabe recordar que el artículo 2380 dispone que el cónyuge

sobreviviente o un heredero pedir la atribución preferencial en la partición, del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica, en cuya formación participó.

- En caso de explotación en forma social, puede pedirse la atribución preferencial de los derechos sociales,
- si ello no afecta las disposiciones legales
- o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con el cónyuge sobreviviente
- o con uno o varios herederos.
- El saldo debe ser pagado al contado, excepto acuerdo en contrario

La tribución preferencial contribuye sin lugar a dudas a la continuidad de la empresa familiar porque permite que quienes contribuyeron en la empresa familiar sean preferidos al momento de la partición aún cuando su cuota hereditaria sea menor, mediante el pago de un precio que evita la división de la empresa o en su caso su cierre.

También es beneficioso para la empresa familiar la atribución preferencial de otros bienes. Como: de la propiedad o del derecho a la locación del local de uso profesional donde ejercía su actividad, y de los muebles existentes en él; del conjunto de las cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural realizada por el causante como arrendatario o aparcerero cuando el arrendamiento o aparcería continúa en provecho del demandante o se contrata un nuevo arrendamiento con éste

Cabe destacar como un apoyo a la continuidad de la empresa familiar la norma que establece que si la atribución preferencial es por varios copartícipes que no acuerdan en que les sea asignada conjuntamente, el juez la debe decidir teniendo en cuenta la aptitud de los postulantes para continuar la explotación y la importancia de su participación personal en la actividad.

VII. Conclusión

1. La redacción del Código Civil y Comercial comentado se ha realizado sobre la base de ciertos principios fundamentales:

- a. Su adecuación a la Constitución y a la eventual pertenencia a comunidades de integración;
- b. La recepción y regulación de los derechos humanos, de modo que los códigos sigan siendo la fuente más próxima y efectiva de la protección de la persona;
- d. La protección de los débiles y el respeto de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre sujetos con equivalente poder de negociación;
- e. El establecimiento de un sistema equilibrado de responsabilidad y solidaridad.

2. En el ámbito del derecho sucesorio el Código Civil y Comercial ley 26994 busca concretar estos principios al:

- * Ampliar la posibilidad de libre disposición de bienes mediante la reducción de las legítimas.
- * Perfeccionar institutos que permiten una idónea protección de los incapaces y del cónyuge supérstite, como el fideicomiso testamentario y el derecho real de habitación del cónyuge supérstite
- * Creación de nuevos institutos como la mejora en favor de los herederos con discapacidad.
- * Propugnar un respeto por los derechos de la personalidad espiritual protegiendo las disposiciones extrapatrimoniales realizadas en testamento.
- * Consagrar los derechos hereditarios de la persona por nacer y perfeccionar los institutos que protegen sus derechos hereditarios desde la concepción.
- * Dar una respuesta a la capacidad para suceder de las personas nacidas después de la muerte del causante por la utilización de embriones y gametos crioconservados
- * Simplificar y unificar el procedimiento sucesorio en la búsqueda de la eficacia, la seguridad y la rapidez de las transmisiones mortis causa.
- * Proponer soluciones que dan seguridad al tráfico jurídico en relación con las donaciones sujetas una acción de reducción.
- * Sanciona con la indignidad a quienes no reconocen voluntariamente a sus hijos durante la menor edad
- * Proteger la empresa familiar.

(1) Principios generales del Código Civil y Comercial. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato,

- Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012, Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 23-53. BARBAROSCH, Eduardo, La interpretación en el Proyecto de Código, Publicado en: LA LEY 13/12/2012, 1 • LA LEY 13/12/2012, 1 • LA LEY 2012-F, 1304. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, Teoría del derecho, Editorial Ábaco de R. Depalma, Buenos Aires, 3° edición, corregida, aumentada y actualizada con el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Decreto 191/2011. 2013. PERRACHIONE, Mario C., Crítica a la modificación de la interpretación y aplicación de la ley establecida en el Proyecto de Código Civil y Comercial, Publicado en: DJ 06/03/2013, 97. ESBORRAZ, David Fabio, La referencia a los "principios y valores jurídicos" en el Código Civil y Comercial. Febrero 2014 <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/La-referencia-a-los-Principios-y-valores-juridicos-en-el-codigo-civil.pdf>
- LOPEZ AUFRANC, Patricia, PALUSZKIEWICZ, Maria Claudia ¿El nuevo Código incorpora modificaciones a los principios generales del derecho civil y comercial?, octubre 2014 <http://www.marval.com.ar/publicacion/?id=11862>. LEZCANO, Juan Manuel, Los principios jurídicos en el nuevo Código Civil y Comercial, Publicado en: DJ 20/05/2015, 7.
- (2) Constitucionalización del derecho privado: RIVERA, Julio César, La constitucionalización del derecho privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial, Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012. BASTERRA, Marcela I., Constitucionalización del derecho privado. Algunos aspectos constitucionales del Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación., Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Estado constitucional de derecho y código civil y comercial", La Ley, 07-08-12, n° V, p. 2. , GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, La estructura constitucional del proyecto de Código Unificado, La Ley, Vol. 2012-D, p. 574 a 578. Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Vol. 2012-10. ALEGRE, Marcelo. A propósito de la reforma del Código Civil. Duguit y la Constitucionalización del derecho privado. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/a-proposito-de-la-reforma-al-codigo-civil.pdf>.
- DALLA VÍA, Alberto Ricardo Aspectos constitucionales del Proyecto de Código Civil y Comercial.. AR/DOC/1098/2014. LA LEY 22/04/2014, 1 - LA LEY 2014-B, 913. PEREZ, Agustina - "Constitucionalización del derecho privado y principales avances en materia de familias, niñez y adolescencia en el nuevo Código Civil y Comercial" - RC D 1066/2014. Rubinzal Culzoni.
- (3) GRIMALDI, Michel "Droit Civil Successions" cinquième édition, Litec, p. 6.
- (4) FLOUR, Jacques, SOULEAU, Henri "Les Successions", Paris 1991, p. 5.
- (5) SOLARI, Néstor E. La vocación sucesoria ab intestato y las nuevas formas de familia. Editorial L Ley. DFyP 2012 (noviembre), 161. IGLESIAS, Mariana B. Los derechos sucesorios del conviviente. RDF 60-221. 2013 Abeledo Perrot. KRASNOW, Adriana N. Las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. SJA 2014/11/19-3; JA 2014-IV. TALLANO, Laura S.; NEGRETTI, Carola I. El estado de familia y la unión convivencial: ¿se enlazan jurídicamente?. RDF 67-7 - 11/2014. Abeledo Perrot. ORLANDI, Olga E. Exclusión de la vocación hereditaria y uniones convivenciales. AP/DOC/65/2015. RDF 68, 245. Abeledo Perrot.
- (6) GRIMALDI, Michel "Droit Civil Successions" cinquième édition, Litec, p. 11.
- (7) Con estas normas se intenta dar protección a la Empresa Familiar, que por la división Forzosa de los bienes, muchas veces no pasa a la segunda generación produciendo un gran perjuicio económico por la desaparición de la fuente de trabajo.
- (8) FERRER, Francisco "Funciones, fundamentos y contenidos actuales del testamento" J.A. 7 de Julio de 1999, este es por otra parte el criterio predominante en la doctrina francesa, italiana y española; FLOUR - Souleau "Les- libéralités", París 1982, ns 234 y 235; Lacruz Berdejo - SANCHO REBULLIDA "Derecho de Sucesiones" Barcelona 1981, N 183.
- (9) HENRI ET LEON MAZEAUD, MAZEAUD, Jean; CHABAS, Francois " Leçons de Dorit Civil Tome Iv-Deuxieme Volume Successions - Libéralités 5° ed., Montchrestien, p 320.
- (10) Los ejemplos son dados por FERRER, Francisco "Funciones, fundamentos y contenidos actuales del testamento" J.A. 7 de Julio de 1999.
- (11) Citado por LOPEZ CABANA, Roberto "La porción disponible del causante con hijos" en "Sucesiones - libro de homenaje a la Dra Méndez Costa". Rubinzal y Culzoni, 1991, p. 186.
- (12) Novenas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata 1983, Comisión Nro. 6, puntos II en "El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años". LOPEZ CABANA, Roberto "La porción disponible del causante con hijos" en "Sucesiones - libro de homenaje a la Dra Méndez Costa". Rubinzal y Culzoni, 1991, p. 186.
- (13) La incorporación de la mejora como forma de flexibilización de la legítima ha sido defendida por numerosos autores, entre ellos PEREZ LASALA, José Luis "Tratado de derecho de las sucesiones " Vol II parte

Especial, Depalma, 1981 p. 746 LOPEZ CABANA, Roberto "La porción disponible del causante con hijos" en "Sucesiones - libro de homenaje a la Dra Méndez Costa". Rubinzal y Culzoni, 1991, p. 186, Atilio Alterini en ponencia presentada en las Novenas Jornadas de Derecho Civil celebradas en Mar del Plata en 1983.

(14) GARCÍA GOYENA citado por PEREZ LASALA en ob. cit. T II, p. 750

(15) COSTA, Joaquín, "La libertad de testar y las legítimas" Madrid 1983, p. 522.

(16) PEREZ LASALA, José Luis, "Derecho de Sucesiones", T. II, p. 750.

(17) Fideicomiso testamentario: KIPER, Claudio Marcelo - FIDEICOMISO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - RDPrivCom - Año 2012 - N° 3 - p. 355. Rubinzal Culzoni. ORTELLI, Ana, El fideicomiso testamentario., en: Lefferriere, Jorge Nicolás; colab. [et al.], Análisis del proyecto de nuevo código civil y comercial 2012. MERLO, Leandro Martín, BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, El fideicomiso testamentario. Como herramienta de planificación sucesoria. Marco legal vigente y proyectado, Publicado en: DFyP 2013 (julio), 91. BIELSA ROS, José María, La Legítima y el Fideicomiso Testamentario, Publicado en: DFyP 2013 (junio), 127. LISOPRAWSKI, Silvio V. Fideicomiso en el Código Civil y Comercial, Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 510. KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., Fideicomiso testamentario en el Código Civil y Comercial. Publicado en: LA LEY 03/02/2015, 1 LA LEY 2015-A, 778.

(18) LAMBOIS, Susana "El fideicomiso y la legítima" JA 12 de agosto de 1998 p. 36.

(19) FERRER, Francisco A. M. Personas que pueden suceder al causante, LA LEY 13/03/2015, 13/03/2015, 1 - DFyP 2015 (abril), 06/04/2015, 91 Cita Online: AR/DOC/685/2015.

(20) El Código de la Salud Pública francés exige expresamente que ambos usuarios de las técnicas de procreación asistida deben estar vivos, en edad de procrear y consentir previamente la transferencia de embrión o la inseminación artificial, estableciendo a la vez que las técnicas procreativas solo tienen por objeto remediar la infertilidad de una pareja o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja, de una enfermedad de particular gravedad, dispone la misma norma (art. L-2142-2).

(21) BORDA, Guillermo "Observaciones al proyecto de nuevo Código Civil" E.D. miércoles 2 de Junio de 1990.

(22) Tribunal: Tribunal de Familia Nro. 3 de Morón, Fecha: 21/11/2011. Partes: G., A. P. Citar Abeledo Perrot N°: AP/JUR/289/2011.

(23) ZARINI, Helio Juan, "Constitución Argentina Comentada y concordada", Ed. Astrea, Buenos Aires.

(24) El fallo F Tribunal de Familia Nro. 3 de Morón ~ 2011-11-21 ~ G., A. P. fue comentado por las alumnas De la Torre, Natalia; Uman, Nadia: Fecundación post mortem, consentimiento presunto del marido y principio de legalidad - Publicado: RDF 2012-III-122. Sección: Jurisprudencia Anotada.

(25) MILLÁN, Fernando, El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad. Editorial La Ley, DFyP 2012 (julio), 245. MERLO, Leandro Martín, La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial, Publicado en: DFyP 2012 (julio), 253. FERRER, Francisco. Discapacidad y derecho sucesorio en el Proyecto de Código. Editorial La Ley. LA LEY 25/10/2012, 1 - LA LEY 2012-F, 775. BOJANICH, Oscar Daniel. Personas con discapacidad y derecho sucesorio en el Código Civil y Comercial 2012. Editorial La Ley DFyP 2012 (octubre), 150. ROLLERI, Gabriel G. y OLMO, Juan Pablo. Beneficiarios de la mejora a favor del heredero con discapacidad. Editorial La Ley DFyP 2014 (enero), 115. ORLANDI, Olga E. Vulnerabilidad y derecho sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad Doctrina. www.infojus.gov.ar Editorial: Infojus, 15/7/2015. Id Infojus: DACF150400.

(26) Bibliografía especial: POVIÑA, "Sucesión de los cónyuges y de los parientes colaterales", Bs.As. 1973; SALAS, "Derecho sucesorio del cónyuge", JA, t.52, p.974; RODRIGUEZ LARRETA, "Derechos hereditarios de la mujer casada", Bs. As. 1892; ZANONNI, "Sucesión del cónyuge", LL, t. 134, p. 1176; BOSCAGE, "Les droits des conjoints survivants dans les-successions ab-intestad", Rouen, 1939; LE BRETON, "Les principes de la dévolution successorale", Toulouse, 1932; ORTIZ DE ROZAS, Abel Fleitas, "Separación personal y divorcio vincular en el nuevo régimen legal", LL 1987-D, 1008; CATAPANO, Ricardo y HELUANI DE GILI, Margarita, "Reflexiones acerca de la concurrencia del cónyuge supérstite y descendientes. (Art. 3576 del Cód. Civil)", LL 1988-D, 1072; VAZ FERREIRA, Eduardo "Derechos sucesorios del cónyuge en legislación comparada", LL 1981-C, 977; UGARTE, Luis Alejandro, "Disolución y liquidación de la sociedad conyugal por causa de muerte en un caso de bigamia", LL 1990-B-134; MAFFIA, Jorge "Bigamia y vocación sucesoria", JA 1977-III-115; POVIÑA, "Sucesión de los cónyuges y de los parientes colaterales", p. 219, N. 204; GUSTAVINO, Elías "Sucesión en caso de Bigamia", JA 1961-IV-232.

(27) PITRAU, Osvaldo Felipe — "Alimentos y prestaciones compensatorias en el proyecto 2012" - RDPrivCom - Año 2012 - N° 2 - p. 539. Rubinzal Culzoni. OTERO, Mariano C. "Los alimentos en el proyecto" LA LEY 17/07/2012, 1 LA LEY 2012-D, 995. SOLARI, Néstor E. - BELLUSCIO, Claudio A. Los alimentos en el Proyecto de Código LA LEY 16/08/2012, 1 LA LEY 2012-E, 703. MAZZINGHI, Jorge A. M. El Código Civil

y Comercial y las relaciones de familia. LA LEY 24/04/2015, 1 LA LEY 2015-B, 1077. GUAHNON, Silvia V. Juicio de alimentos en el Código Civil y Comercial LA LEY 25/03/2015, 1 LA LEY 2015-B, 758.

(28) MOLINA, Mariel en "Tratado de Derecho de Familia" Dirig. por Kemelmajer y otras, T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 224.

(29) BOSSERT, Gustavo, Régimen Jurídico de los Alimentos", 2da ed., Bs. As., 2004, Astrea, p. 110.

(30) FANZOLATO, comentario al art. 208, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), Código Civil y normas complementarias". 1 B, p. 179.

(31) CASTRO, Verónica A. La separación de hecho como causal de exclusión hereditaria del cónyuge supérstite. Editorial La Ley DFyP 2014 (julio), 129. UGARTE, Luis A. Separación de hecho entre cónyuges y exclusión hereditaria, RDF-2014-II-56. Abeledo Perrot. ROLLERI, Gabriel G. Exclusión de la vocación hereditaria conyugal por separación de hecho en el nuevo Código Civil. Editorial La Ley. RDF 68 233 2015-03-16. GUGLIELMINO, Adriana del Carmen. La posesión hereditaria. Cónyuge separado de hecho. Editorial La Ley DFyP 2015 (marzo), 69. GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban Matías - "Exclusión del cónyuge supérstite - Su regulación en el Código Civil y en el Código Civil y Comercial (Ley 26994)" - RC D 387/2015. RUSSO, Federico. Exclusión de la vocación hereditaria y divorcio incausado. RDF 68-267 Abeledo Perrot.

(32) "La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial", Rev. Temas de Derecho Comercial, Ed. Errepar, febrero 2015, año I, Ed. Lanzamiento, p. 51.

(33) FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. "La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial", Rev. Temas de Derecho Comercial, Ed. Errepar, febrero 2015, año I, Ed. Lanzamiento, p. 51.