

Dedicatorias y agradecimientos:

Agradezco profundamente el apoyo incondicional de mis hijos, de mi compañera de tantos años y de toda mi familia, que durante mucho tiempo han sabido acompañarme en este desafío, que hoy parece estar llegando a su fin, no sin sacrificios, complicaciones, sinsabores y esfuerzos compartidos.

Saludo a esos tantos compañeros de la UAI, y les digo gracias, por haberme sorprendido gratamente al recibirme e integrarme de la mejor manera, haciéndome sentir uno más, cuando conformaban un grupo de estudio y de amigos preexistente a mi llegada.

Distingo especialmente a todo el cuerpo docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana, Sede Regional Rosario, porque pude comprobar una comprometida dedicación a la enseñanza, con responsabilidad, y pasión en casi todos ellos, que me sirvió para aprehender conocimientos e internalizarlos.

Quiero dedicar este logro a mis amigos de toda la vida, que no son muchos pero siempre están; y a algunas personas queridas que físicamente ya no están, pero que siguen en mí, presentes cada instante: Alejandra Hernández, Pablo Fernández y el querido Héctor Potroni.

Finalmente, agradezco a la vida, que me ha permitido, a pesar de todo, darme esta gran satisfacción de recibirme de abogado.

1. Resumen:

Tal como el nombre lo indica, en el presente trabajo se abordará la problemática relacionada con lo que sin dudas, resultó ser, junto a la notoria reducción de la legítima hereditaria, una de las reformas más significativas que introdujo el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: la posibilidad de mejora en beneficio del heredero con discapacidad.¹

Para un abordaje integral, primero se desarrollarán conceptos básicos de la materia sucesoria. Seguidamente un capítulo se dedicará al análisis de la legítima. Después de definirla, y ver qué ocurre con ella en el derecho comparado, se analizará como el nuevo Código ha modificado su extensión.

Luego, otra cuestión central. Se abordará el análisis del término discapacidad; su implicancia y significación actual; y un somero rastreo de su evolución; verificando que es lo que se entendió en uno y otro tiempo por “persona con discapacidad”, los cambios legislativos, la recepción de tratados internacionales, la diferencia terminológica y conceptual entre discapacidad e incapacidad, y el análisis de acuerdo a lo que el artículo 2448 determina como presupuesto legal para la posibilidad del otorgamiento de este tipo de mejora, y como ésta opera solo en favor de descendientes o ascendientes, mientras excluye por omisión al cónyuge de toda posibilidad; analizando por ello la cuestión de si se soslaya o no la igualdad de trato ante la ley o existen extremos valederos que justifiquen tal disquisición. Finalmente, se desarrollarán algunas cuestiones puntuales, como por ejemplo, si poseer Certificado Único de Discapacidad resulta condición *sine qua* para poder acceder al beneficio; o si es posible que acceda a la mejora en favor del heredero con discapacidad una persona que no posee dicho certificado.

A posteriori, un capítulo se ocupará íntegramente de definir, desarrollar y analizar los extremos de esta mejora que instituye el nuevo Código. Sus fortalezas y debilidades, y los peligros que encierra.

¹ www.sde.gob.ar/justicia/cuadrocomparativo

Para concluir, se analizará si resulta realmente justa la previsión normativa en el supuesto de que la persona discapacitada que resulta beneficiaria tenga sin embargo una posición socioeconómica comparativa y sustancialmente mejor que los demás legitimarios que siendo llamados junto a él, resultan afectados y parcialmente desplazados en sus derechos, al ver reducida su cuota legítima.

Así, el presente trabajo avanzará primero sobre el análisis de posibles planteos jurídicos y discusiones doctrinales, los que presumiblemente podrían llegar a suscitarse, y luego, sobre una propuesta que indique concretamente, por un lado, cuáles deberían ser, según el criterio fundado del autor, los potenciales beneficiarios de dicha protección; y por el otro, que características objetivas y subjetivas debería acreditar la persona discapacitada para poder resultar favorecido conforme al valor justicia, de tan importante beneficio, por afectar el mismo, se insiste en esto, algo tan delicado e históricamente protegido como lo es la legítima hereditaria .

Palabras Claves:

HEREDERO – LEGÍTIMA HEREDITARIA – LEGITIMARIOS – DISCAPACIDAD
– HEREDERO CON DISCAPACIDAD – MEJORA – MEJORA ESTRICTA –
ASCENDIENTES – DESCENDIENTES – CONYUGE – INTEGRACIÓN –

2- Estado de la cuestión:

En nuestro país, el tema ha venido evolucionando lentamente; ya que en verdad, la normativa operó con una absoluta ausencia de este tipo de contemplaciones en beneficio del heredero con discapacidad mientras rigió el Código Civil; y obviamente, con más razón antes de aquel.

En efecto, en nuestro derecho, no existía esta modalidad, como posibilidad viable, ya que el Código Civil de Vélez Sarsfield no lo preveía. (Véase que el Código velezano rigió hasta el 1° de agosto de 2015; y obsérvese que aún resulta ley aplicable cuando se trata de iniciar el expediente judicial de la sucesión cuya apertura por muerte del causante, operó en fecha anterior a la implementación del nuevo Código Unificado)

Si bien contemplaba la mejora como un instituto normado y aceptado, (más allá de que muchos sostienen que no era estrictamente una mejora propiamente dicha, atento a que se circunscribía única y exclusivamente a la porción disponible de la herencia)², lo cierto es que no preveía la posibilidad de mejora alguna en exclusivo beneficio del heredero con discapacidad, ni como regla ni como excepción.

Antecedentes de esto sí se hallan por ejemplo en el derecho español³, aunque normado de una manera diferente, como expondré en el desarrollo del presente trabajo, en su respectivo capítulo.

La mejora en favor del heredero con discapacidad, cobra fuerza normativa y nace como posibilidad cierta, concreta y palpable con la sanción y promulgación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Así, en nuestro país, bien puede decirse que se trata de una modalidad novedosa que, como veremos en el recorrido de estas páginas, abre todo un abanico de posibilidades; al mismo tiempo que hace vislumbrar el

² MARTÍNEZ LEDESMA, Dido Teresa “Derecho sucesorio. La sucesión ab intestato” Rosario, Talleres Gráficos Tecnográfica, 2004

³ <http://www.saij.gob.ar/olga-orlandi-vulnerabilidad-derecho-sucesorio-mejora-al-ascendiente-descendiente-discapacidad- la soluci3n en el derecho espa1ol>

advenimiento de posibles conflictos de intereses y la consecuente discusión, en el ámbito judicial.

Lo cierto es que, en el rastreo en que pretende abordarse el proceso de como ha venido evolucionando el tema elegido, no puede dejarse pasar por alto el llamado “Proyecto de Código Unificado” de 1998⁴, muy significativo por cierto. En efecto, observándose normativamente los antecedentes nacionales, se comprueba que el Proyecto de Código Unificado de 1998 prevé una modalidad de mejora, si bien no para el heredero con discapacidad, sí para el heredero incapaz, cuando si bien dice que *“el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas (...)”*, a continuación agrega que sin embargo *“puede constituir fideicomiso sobre bienes determinados, aun cuando excedan la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, del cual sean beneficiarios sus herederos incapaces (...)”*.

Véase que el precitado proyecto, habla de incapacidad, concepto que como veremos en el desarrollo de su correspondiente capítulo, resulta muy distinto al de discapacidad (del que el presente Trabajo Final específicamente se ocupa y cuya mejora en su favor aparece por primera vez contemplada en el Código Civil y Comercial recientemente sancionado). Sin embargo, es dable remarcar que en el mismo sentido de la reforma que finalmente presenta el Código actual (Código Civil y Comercial de la Nación), hay una coincidencia sustancial, en cuanto a que tanto el Proyecto de 1998, como la codificación de reciente sanción, permiten (como proyecto uno; como ley formal el otro) a los fines de la mentada mejora (en favor del heredero con incapacidad aquel; y en favor del heredero con discapacidad este), la afectación de la hasta ahora intangible y absolutamente indisponible porción de la herencia denominada legítima hereditaria, protegida por disposiciones de orden público, las que por lo tanto bajo ninguna circunstancia podían pretender ser derogadas por particulares (en este caso por voluntad del testador).

⁴ www.biblioteca.jus.gov.ar/recursos-codigos.html

Hoy la mejora se sustrae de la legítima, de la cual, por primera vez, se permite, como excepción a la regla, la afectación de una parte, como posibilidad latente y concreta, para beneficiar (mejorar), al heredero con discapacidad. Por eso es que hablamos de mejora estricta.

En el mismo sentido, las XXII (vigésimo segundas) Jornadas Nacionales de Derecho Civil⁵ postulan como propuesta la posibilidad de mejora en beneficio del heredero incapaz, con afectación parcial de la legítima, aunque solo mediante la constitución de un fideicomiso. Al respecto se expresa que *“puede constituirse fideicomiso sobre bienes determinados, aun cuando excedan la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, del cual sean beneficiarios todos sus herederos forzosos o un heredero incapaz, pudiendo este durar hasta el cese de la incapacidad o hasta que fallezca el incapaz, o hasta un término de 30 años”*

Así, vemos como el nuevo Código Civil y Comercial, que de alguna manera recepta esta modalidad, lo hace de una forma finalmente original, inédita y diferente, dado que, por un lado, a diferencia de lo que postulaba el Proyecto de Código Unificado de 1998, en vez de contener la figura del heredero incapaz, contempla la posibilidad de mejora en beneficio del heredero discapacitado (siendo, como ya se expresó, que uno y otro términos, incapacidad y discapacidad, tienen una significancia muy diferente); y por el otro lado, en este caso a diferencia de lo postulado en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (vigésimo segundas), al crear, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la figura de esta modalidad de mejora, ya no circunscribe la eventualidad exclusivamente a la constitución de un fideicomiso, sino que permite al disponente hacerla por el medio que estime conveniente, con todo lo que esto implica y significa.

Se grafica someramente, citando para ello solo dos referencias categóricas, como ha venido evolucionando la cuestión que nos ocupa hasta su concepción y sanción definitiva, contenida en una norma positiva⁶. Así, el tema de la mejora en beneficio del

⁵ <http://www.cfna.org.ar/agenda-y-jornadas/jornadas-nacionales-de-derecho-civil/>

⁶ www.saij.gob.ar/docs.../codigo/Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion-Art-2448

heredero con discapacidad, es una institución nueva, cuestión sobre la cual versa el presente trabajo práctico final, que analizará algunas de las cuestiones, particularidades y problemática que engloban sus extremos.

3- Marco Teórico:

El marco teórico que aquí se expone tiene como propósito fundamental, dentro del presente Trabajo Final, el de preliminarmente integrar y organizar los conceptos a desarrollar de manera lógica y coherente, para que resulte de ellos una sistematización jerárquica que permita situar el problema de investigación; sus antecedentes y bases teóricas, para posteriormente abordarlo, desarrollarlo y formular, como colofón de este Trabajo Práctico Final, una propuesta superadora desde el ámbito jurídico; y así intentar resguardar derechos, en el marco de la justicia entendida como sostenía Ulpiano: “Justicia es dar a cada uno lo suyo (...)”⁷; teniendo necesariamente en cuenta a la hora de otorgar un derecho a una persona en detrimento de alguien que concurre junto a ella, objetivamente la existencia de una situación de social, económica, laboral, etc, concretamente desventajosa, y las faltas reales de posibilidades de esta respecto de los demás interesados, para intentar garantizar así, simplemente, el derecho del voluntariamente beneficiado, pero a su vez el derecho de todos, dado que aquello implica una disminución extraordinaria de la legítima, por tratarse de una mejora en sentido estricto.

Por otra parte, también en lo que específicamente refiere al tema que nos ocupa, que hace a la posibilidad de mejora en favor del heredero con discapacidad que prevé el nuevo cuerpo normativo sancionado en 2015 (el Código Civil y Comercial de la Nación), los distintos aspectos que pretende abordar el presente Trabajo Final, obliga a delimitar teóricamente el problema de investigación, para que el lector comprenda concretamente la impronta que como autor pretendo imprimir al desarrollo de estas páginas, sin que queden conceptos sin abordar, ni ideas en ese sentido indeterminadas, , que queden, por tanto, libradas a la autónoma interpretación de quien aborda el trabajo en calidad de lector.

⁷ brd.unid.edu.mx/recursos/justicia-romana.pdf

En efecto, el presente trabajo analiza la mejora para el heredero con discapacidad como construcción jurídica, la que en nuestra legislación resulta novedosa e innovadora; y seguramente va a ser objeto de planteos y discusiones en los distintos tribunales; de opiniones doctrinarias encontradas; y de fallos judiciales que irán paulatinamente haciendo prevalecer una posición sobre las demás, arrojando lentamente claridad y unificando decisorios, y convirtiéndola en mayoritaria y por qué no en unánime.

En este sentido, véase que el derecho sucesorio en general, como otros tantos campos del derecho civil, ha sufrido variadas y diferentes modificaciones en la última y reciente reforma plasmada en el Código Civil y Comercial de la Nación⁸. De todas ellas, la que centralmente nos ocupa, y se erige como una de las principales, es la que posibilita disponer de una porción de la legítima hereditaria en concepto de mejora en beneficio de determinados herederos con discapacidad. Así las cosas, específicamente, el Código Civil y Comercial, presenta la regulación de esta mejora, la que se encuentra inserta en el Libro Quinto: Transmisión de derechos por causa de muerte; Título X: Porción Legítima. Artículo 2448, Mejora a favor del heredero con discapacidad⁹.

Previamente, se torna valioso centrarnos en aquello que se plasma en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial, en el marco de los fundamentos que esgrimió al referirse a la transmisión de derechos por causa de muerte. Dichos fundamentos están basados, a su vez, según versa expresamente en los mismos, en el Proyecto de Código Unificado de 1998¹⁰, que no llegó en su momento a coronar en su aspiración codificadora, pero que sirvió sin embargo de base al anteproyecto posterior, que en el sentido de aquel, planteó, la reducción de la porción legítima (esa porción de la herencia reservada necesaria y exclusivamente a los legitimarios), para descendientes y ascendientes; manteniendo por su parte en la misma proporción la destinada al cónyuge supérstite; abrazando así lo que mayoritariamente la doctrina venía sosteniendo, en cuanto a que las porciones legítimas instituidas por Vélez Sarsfield debían ser reducidas, puesto que resultaba injusto que la disponible se vea tan acotada, siendo necesario dar más relevancia a la posibilidad de que el futuro causante disponga

⁸ www.sajj.gob.ar/docs.../codigo/Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion

⁹ [www.sajj.gob.ar/docs.../ob cit](http://www.sajj.gob.ar/docs.../ob%20cit)

¹⁰ www.biblioteca.jus.gov.ar/ ob cit

libremente a quien beneficiar en forma póstuma, con la transmisión de patrimonio, ampliando consecuentemente para ello la porción que se torna de libre disponibilidad, por los medios que autoriza la ley para estos casos.

Junto a ello, otra de las principales modificaciones que introduce el nuevo Código hace a mejora en sentido estricto que prevé como posibilidad el artículo 2448. Se trata de un mecanismo que permite proteger a determinados legitimarios quienes, por padecer una discapacidad, presentan un perfil de vulnerabilidad y desprotección en relación al resto de sus pares.

Antes de abordar esto, es importante analizar acabadamente el concepto de discapacidad y verificar como el mismo ha mutado a través del tiempo... y como lo entiende nuestra ley, en forma no precisamente contundente ni unificada; sino, en forma disímil según la concepción que uno u otro texto normativo abrace.

En efecto, es importante mencionar que la protección de la discapacidad en nuestro país, sin lugar a dudas en los últimos años ha avanzado notoriamente, tal lo demuestra el amplio marco normativo que se ha venido desarrollando, aunque también es necesario reconocer que las distintas leyes que abrazan el concepto lo hacen difiriendo una de otras en cuanto a sentido, naturaleza jurídica y significado. Prevalece sin embargo, entiendo, el perfil eminentemente social que le infieren los tratados internacionales que abrazó nuestro país, por sobre las distintas leyes que parecían calificar el concepto desde un aspecto netamente médico, circunscribiéndolo como un problema propio y personal de quien tenga en suerte el padecimiento.

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, entonces, no solo disminuyó la porción llamada legítima y aumentó la disponible, sino que le agregó un plus, ya que legisla sobre la posibilidad de disponer, una fracción de esa porción legítima, para utilizarse como mejora para determinados herederos con discapacidad.-

4- Introducción:

No es un dato menor el hecho de que el Código Civil y Comercial de la Nación, en el marco del profundo arraigo y construcción de lo que pretende ser un complejo sistema de humanización del derecho privado¹¹, que se viene gestando desde hace décadas en el plano internacional, abraza principios tales como el de la no discriminación; el del respeto por la persona humana; lo que conlleva a la atención y la integración de la diversidad.

Dichos principios, se encuentran eminentemente presentes en la inspiración de la novedosa figura de la mejora en favor del heredero con discapacidad. El naciente instituto, se enmarca en el respeto por la creciente política de convencionalidad que caracteriza a la técnica y política legislativas de nuestro país desde las últimas décadas, sobre todo a partir de la última reforma Constitucional de 1994¹², dado que es la que abre definitivamente la puerta a este nuevo paradigma, que hoy encarna el nuevo Código.

En efecto, el flamante Código Civil y Comercial de la Nación, abre todo un nuevo panorama que, bien puede decirse, supera y deja atrás el sistema tradicional velezano que regulaba las relaciones jurídicas privadas desde remotos tiempos decimonónicos (más allá del reconocimiento que debe hacerse a un sistema que se impuso hasta nuestros días, verdaderamente sin mayores sobresaltos), para adecuarse a los estándares convencionales de protección de los derechos fundamentales de la persona humana, para lo cual respeta e incorpora a nuestro arco normativo el contenido de los tratados internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional.

Sin embargo, como era de esperar, el nuevo Código no brinda *per se* todas las respuestas, ni ofrece todas las soluciones, de manera lineal y terminante, sino que por el contrario, como toda obra que nace de múltiples necesidades e intereses, que se gesta en diferentes tiempos y se nutre de distintos proyectos y tiene variados y múltiples actores, partícipes y autores, presenta y tiene imprecisiones, surgen interrogantes nuevos, y

¹¹ www.dab.com.ar/articles/la-humanización-del-derecho-privado.aspx

¹² www.derecho.uba.ar/.../los-tratados-internacionales-en-la-constitucion

existen situaciones que seguramente se irán suscitando, las que oportunamente, sin lugar a dudas, deberán ser dirimidas y resueltas, en base a los principios rectores que guían e inspiran esta nueva estructura normativa, y por sobre todas las cosas, al principio que hace al valor justicia.

Así las cosas, la mejora en favor del heredero con discapacidad; es la figura que introduce el Nuevo Código Civil y Comercial, y es una nueva institución que nos ocupa, a partir de la cual, sin lugar a dudas, se abrirán muchos interrogantes, los que necesariamente deberán ser abordados, respondidos y resueltos por la doctrina y la jurisprudencia.

El presente Trabajo Práctico Final, además de ser condición necesaria para la obtención del título de abogado, pretende ser un aporte, pequeño y humilde pero a su vez significativo y comprometido con el abordaje y resolución de esta problemática, la que si bien indudablemente brinda herramientas de protección y oportunidad para personas discapacitadas, implicará a su vez la aparición de más de un conflicto intersubjetivo de intereses, los que necesariamente deberán abordarse y resolverse desde distintos ámbitos: el judicial primero, pero también el académico, el doctrinario y finalmente el legislativo, si se concluye en la necesidad de reformular la norma, para ampliar, morigerar o clarificar sus alcances, haciéndola en todo caso más justa.

Por otra parte, se dirá que resulta necesario expresar en el marco de este prólogo introductorio, que es necesidad y obligación por parte de todo autor, de explicar desde donde se escribe lo que escribe. Es decir, de expresar acerca de que intereses lo mueven, de porque eligió tal o cual tema, de cuáles son las expectativas que el trabajo le genera y cual el patrimonio simbólico cultural que lo lleva a desarrollarlo de una u otra manera.

Se trata de transparentar, mostrar y exhibir las subjetividades, y por ende donde está parado el redactor, cuál es su posicionamiento previo respecto del tema, por entenderse que eso facilita profundamente el entendimiento de lo que se lee, sin que signifique ello ni que el receptor vaya finalmente a compartir el mismo punto de vista

académico del autor, ni que se busque imponer lo propuesto como una verdad única e irrefutable, dado que en la ciencias sociales son ajenas a las reglas que caracterizan las ciencias exactas, pudiendo establecerse en todo caso, generalidades que nunca desprecian las particularidades que suelen caracterizar al caso concreto.

Propiciar una objetividad absoluta de ninguna manera es posible en estos ámbitos, expresando por ello claramente la concepción de que en las Ciencias Sociales no existen posturas absolutamente imparciales; sino que se trata de formular, fundar y argumentar, en lo posible académica y científicamente, por supuesto, para tratar de sostener desde el convencimiento subjetivo, la propuesta que se esboza.

Más aún, es importante remarcar y tener en cuenta, que cuando desarrollamos un artículo del Código, muchas veces no solo nos encontramos con ambigüedad, imprecisión y vaguedad que afectan los conceptos que pretendemos definir, interpretar y ampliar; y que así las cosas, el autor, aunque investigue y proponga las soluciones y miradas de distintos autores y diferentes escuelas doctrinaria, no puede escindirse totalmente de su propia perspectiva cultural, y a esto corresponde aclararlo desde el vamos. En efecto, quien como autor procura producir y desarrollar un documento, un tema, una problemática, no puede despojarse de su propio patrimonio simbólico cultural, es decir, de esa carga cultural que lo conforma y lo acompaña. A la hora de plantear el desarrollo e interpretación de un trabajo de investigación y por ende de una hipótesis o de una propuesta. Todo ello, sin lugar a dudas está presente, incide y pesa.

Dicho esto, es necesario ahora expresarme en primera persona, dado que debo expresar que la primera inquietud que me movilizó a desarrollar el presente, tiene que ver con mi propia historia de vida, y particulares percepciones que me obligan a problematizar desde el vamos lo que parece a primera instancia, ser una reforma significativa pero sencilla, que no involucra mayores complejidades, pero que sin embargo entiendo que sin dudas las posee.

Aunque no es visible ni a *prima facie* perceptible, yo padezco de una discapacidad importante, oficialmente declarada, que me acarrea serios y permanentes problemas, que sin lugar a dudas implican una serie de desventajas en relación al resto. Sin embargo, según mi desarrollo profesional, mi preparación, mi posición económica (no demasiado holgada pero sí consolidada), mi rol actual en la sociedad, puedo decir que por ejemplo, en relación a mis hermanos, que no son precisamente pocos, cuento con una ventaja comparativa que me llevó a presentarme como ejemplo cuando en el marco de una presentación de los docentes de la cátedra de Sucesiones exponían el novedoso tema de la mejora en favor del heredero con discapacidad los Dres. Gerónimo González Acuña y la Dra. Dido Teresa Martínez Ledesma.

Allí, en el claustro académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana, sede regional Rosario, se discutía en plena clase de Derecho Sucesorio, si correspondería o no esta mejora estricta en los casos de dos personas quienes que se proponían como ejemplo para analizar la cuestión y por entonces eran, aunque representando a partidos políticos diferentes, candidatos a ocupar la Presidencia y Vice Presidencia de la Nación respectivamente. Daniel Scioli (FPV) y Gabriela Michetti (PRO).

Ambos padecen de una discapacidad pública y notoria, que sin dudas les implica serias desventajas frente al común de las personas, por lo que ambos cuentan con CUD (Certificado Único de Discapacidad, Ley N° 22.431)¹³, que es un documento público que certifica esa situación de desventaja respecto del resto. Pero, sin embargo y sin lugar a dudas, ambos se han posicionado social y económicamente de tal manera, que cuentan con grandes ventajas respecto del ciudadano común; y posiblemente, respecto de otros legitimarios no discapacitados que concurran con ellos a recibir sus cuotas legítimas.

Bien, como se dijo, el Certificado Único de Discapacidad de por sí certifica, en favor de quien resulta su titular, la existencia de serias desventajas respecto del resto de las personas. A su vez el artículo 2448, al consagrar la mejora en favor del heredero con

¹³ fubipa.org.ar/wp-content/uploads/2016/01/CUD.pdf

discapacidad, define a la persona con discapacidad como aquella que padece de *“una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”*.

En principio, todo hace suponer que quien sea portador de un Certificado de Discapacidad, por tener desventajas acreditadas, podrá aprovechar la ventaja que le otorga la institución consagrada en el nuevo Código. Sin embargo, resultaría necesario tal vez, algún tipo de control judicial, que verifique comparativamente desde todos los aspectos, la real situación del beneficiario, y de todos aquellos que deberán soportar con parte de su propia cuota legítima, la mejora que permite la ley otorgar al testador.

Volviendo al ejemplo de mi caso, habría que hacer un análisis complejo, integral y muy profundo para decidir si podría yo como legitimario, (si se dieran los presupuestos de decisión y testamento mediante que indique la decisión de mejora en mi favor), afectar en su derecho, al resto de legitimarios que concurrirán junto a mí por resultar llamados a recibir sus respectivas cuotas de la porción legítima, cuando en términos generales, puede decirse, todos ellos, inequívocamente, están en una situación, familiar, social, educacional, laboral, e incluso socio económica, notoriamente más desfavorable que la mía.

En el caso de los candidatos presidencialistas propuestos como caso de análisis, diremos que si alguno de ellos hipotéticamente tuviera, por ejemplo, un hermano albañil, que alquila una vivienda, y hace esfuerzos importantes para subsistir y seguir adelante. Aquel, por haberse determinado la mejora en su favor ¿podría eventualmente afectar los derechos de este, plasmándose en la reducción de parte de su herencia legítima?... En principio, el nuevo Código parece ser claro y contundente al respecto, sí. Sin embargo, consideramos que el tema debe ser cuidadosamente abordado y profundizado, porque se trata de una situación compleja, compuesta por diferentes aristas y realidades que no pueden ser ignoradas ni soslayadas simplificando a ultranza la interpretación de un artículo que parece resolver en cinco o diez renglones las

relaciones privadas, con afectación concreta de los derechos de unos en beneficio de los derechos y la protección de otros; en base al principio de solidaridad familiar, etc.

De esto se trata el desarrollo del presente Trabajo Práctico Final, no solo de clarificar conceptos básicos y cuestiones relacionadas con la problemática de la nueva figura de la mejora estricta en beneficio del heredero con discapacidad¹⁴, y de explicar sus antecedentes y su gestación normativa, sino también de proponer y justificar la necesidad de una morigeración que garantice el respeto de los derechos de todos y cada uno de los legitimarios. Para ello, se propondrá, cada vez, analizar el caso concreto, para solo proceder a autorizarla verificados los extremos que hacen a desventajas objetivas, evaluadas, probadas y así consideradas, que ameriten afectar en hasta un tercio, la porción legítima que debía operar en favor y en beneficio de otros legitimarios que son llamados concurrentemente a hacerse de parte de dicha porción, todo esto más allá de la existencia o no de un documento que certifique la discapacidad.

Por último, no puede pasarse por alto la imposibilidad absoluta de que esta mejora actualmente pueda ser planteada en beneficio del cónyuge supérstite discapacitado¹⁵. Su análisis y una propuesta superadora, también se presentará al respecto.

¹⁴ [www.saij.gob.ar/docs.../ob cit](http://www.saij.gob.ar/docs.../ob%20cit)

¹⁵ universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado/articulo-2448

Capítulo N° 1

“Introducción a la problemática que hace a la mejora en favor del heredero con discapacidad: Breve desarrollo e ilustración de conceptos básicos”.

Sumario: 1.- Introducción 2.- Conceptos y cuestiones preliminares 2.1.- Sucesión 2.2.- Herencia 2.3.- Elementos de la relación jurídico hereditaria 2.4.- Causante 2.5.- Sucesores; 2.5.1.- Herederos y Legatarios. 2.6.- Mejora 2.7.- Capacidad 2.7.1.- Capacidad para suceder. 2.7.2.-Diferencia con la capacidad general. 2.7.3.- La capacidad general y las incapacidades según el código de Vélez. 2.7.4.- Sistema de capacidad general según el nuevo Código Civil y Comercial.

1- Introducción:

Tal como lo expresa claramente el título, el presente Trabajo Práctico Final pretende abordar algunas cuestiones básicas relacionadas con lo que hace a la posibilidad de mejora en beneficio del heredero con discapacidad¹⁶.

Hablar de la mejora en favor del heredero con discapacidad, es hablar de una institución nueva, la que a su vez resulta una de las reformas más significativas que introdujo con su sanción y promulgación el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que empezó a regir el 1° de agosto de 2015.

Ahora bien, se considera firmemente y como necesidad, que corresponde imprimir al presente una característica que debe ser propia de este tipo de trabajos prácticos finales, la que es garantizar que pueda ser abordado, leído y comprendido no excluyentemente por especialistas en la materia Sucesiones, sino particular y fundamentalmente para que cualquier persona que pretenda introducirse, conocer, estar al tanto del tema que hace al desarrollo del presente, pueda no solo comprender de que se está hablando, sino que encuentre la posibilidad de verificar la postura que el autor proponga, sus fundamentos, y así pueda recorrer las páginas, adentrarse en la lectura, y comprenderla cabalmente y de punta a punta (lo que no necesariamente implica la necesidad de que existan plenas coincidencias).

Por todo lo expuesto, se considera que empezar el desarrollo de estas páginas directamente introduciéndonos de lleno y abordando la institución que centralmente nos ocupará, es decir, desarrollando directa y específicamente el tema y la problemática que hace a la *mejora en favor del heredero con discapacidad*, atentaría contra ello y sería obturar el espíritu de este trabajo.

¹⁶ Juan Pablo Olmo “La mejora a favor del heredero con discapacidad” LA LEY 27/10/2015.

Por el contrario, para posibilitar una lectura más amena y comprensible, en el progreso de estas páginas, se considera importante desarrollar brevemente algunos conceptos e ideas básicas, en forma preliminar, lo cual se intentará en este primer capítulo, para que el trabajo en su conjunto, finalmente, como se expresó, pueda ser abordado, interpretado y comprendido por cualquier persona que se interese por el tema, y no solo por un profesional del derecho o un especialista en derecho sucesorio.

Se trata ni más ni menos entonces, de partir de lo simple para solo luego, después, hecho esto, avanzar hacia lo complejo, que es la problemática que ocupará las páginas centrales de este trabajo. De la misma manera, se pretende ir de lo general a lo particular.

Como se expresó, entonces, resulta necesario, básico, indispensable y central, comenzar el mismo desarrollando brevemente distintos conceptos básicos que hacen a la materia sucesiones; y explicar uno y otro, someramente. Esto es lo que a continuación el presente capítulo propone.

2.- Cuestiones preliminares:

Antes de empezar con esta tarea preliminar que obedece a la conveniencia de explicar brevemente distintos conceptos, y más aún antes de introducirnos de lleno en el desarrollo del presente trabajo, es importante decir que cuando se habla del Código Civil anteriormente vigente, y del Nuevo Código Civil y Comercial actualmente vigente, debe hacerse una aclaración necesaria: En materia sucesoria, tal lo expresa el artículo 2644 de nuevo Código, se aplica el derecho del último domicilio del causante vigente al tiempo de su fallecimiento¹⁷.

Esto tiene una significancia muy particular y propia del derecho sucesorio, dado que establece un límite temporal que marca la aplicación de uno u otro derecho de los sucesivamente vigentes. Este límite temporal que hace a la aplicación del derecho

¹⁷ www.notarfor.com.ar/codigo-civil-comercial.../articulo-2644.php

vigente al momento de la muerte, implica lisa y llanamente, que se aplicará a los efectos sucesorios, lo normado en uno u otro código (al menos en lo que hace al derecho de fondo), de acuerdo a si el causante falleció antes o después de la fecha de entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Esta modalidad encuentra su justificación argumentativa en la existencia de esa ficción legal, que hace al principio de derecho sucesorio que sostiene que muerte, apertura y transmisión suceden en un mismo instante¹⁸

En este orden de cosas, cabe también mencionar que el nuevo código trae, llamativamente, normas procesales en la esfera de lo que hace a la regulación de la sucesión. El tema es que además, esas normas procesales resultan de aplicación inmediata. Así las cosas, mientras a la cuestión de fondo a veces corresponde aplicar el derecho del Código velezano (por haber ocurrido la apertura de la sucesión durante su vigencia); a los actos procesales que debemos realizar se aplican sí o sí las normas procesales emanadas del nuevo código. Esto así resulta dado que en principio las normas de índole procesal son de aplicación inmediata, en tanto no se invaliden actuaciones cumplidas con arreglo a leyes anteriores, conforme se dispusiera en las causas “Pluspetrol S.A.”, año 2013, Fallos: 326:2095; “Y.P.F. S.E.”, año 2.001, Fallos 324:1411 y otros en igual sentido (CSJN).

Por tanto las normas procesales dispuestas en el Libro V, Título VII “Proceso Sucesorio”, del Código Civil y Comercial, serán de aplicación inmediata, siempre que no importen privar de validez a los actos procesales cumplidos bajo la vigencia de la ley anterior.¹⁹ Esta es otra particularidad que ha de tenerse en cuenta, en virtud de situaciones que recurrentemente, se han de presentar.

2.1.- Sucesión:

¹⁸ www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2014/03-05/c97048.doc

¹⁹ <http://www.nuevocodigocivil.com>

El 3279 del Código Civil de Vélez Sarsfield decía que implicaba la transmisión de los derechos activos y pasivos que correspondían a una persona muerta, a las personas vivas que la ley o el testador llamaban a recibirlos²⁰.

Por su parte, el nuevo Código no ofrece una definición, pero el Libro Quinto, intitulado “Transmisión de derechos por causa de muerte” al comenzar el desarrollo relativo a la regulación del tema sucesiones, y presentar el Título I “Sucesiones”, comienza el Capítulo I, “Disposiciones Generales” con el artículo 2277, que habla directamente de la apertura de la sucesión, al explicar que la muerte real o presunta de una persona, causa la apertura de la sucesión y la transmisión de la herencia los llamados a recibirla, ya sea por la ley o por el testamento.²¹

Puede inferirse entonces que hay sucesión cuando, por el fallecimiento de una persona, se transmiten a los sucesores (sean estos llamados por el testamento o por la ley), los derechos y obligaciones de aquel, que componen el acervo hereditario por resultar transmisibles. Y aquí es importante remarcar lo que constituye el primer principio del derecho sucesorio, que surge del artículo 2280 del nuevo Código, que es una ficción legal, que deja claro que muerte, apertura y transmisión suceden en un mismo instante.²²

Así, la sucesión por causa de muerte implica que los herederos ocupen el lugar del causante, desde el mismo momento de su muerte y por eso, desde ese instante están habilitados para salir a reclamar todo aquello que el causante podía reclamar, y a contestar las demandas y requerimientos de los acreedores del causante.

²⁰ ZANNONI, Eduardo A. “Manual de Derecho de las Sucesiones” 4º Edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2004

²¹ <http://www.nuevocodigocivil.com/>

²² *ibid* ídem

En este sentido, el artículo 2337²³, que habla de investidura de herederos, abraza también el principio de que muerte, apertura y transmisión operan en el mismo instante, cuando determina la investidura de pleno derecho de descendientes, ascendientes y cónyuge, desde el propio momento de la muerte y sin necesidad de formalidad alguna ni de intervención del juez. Y esto se da así aun cuando el investido ignore la apertura de la sucesión y su propio llamamiento.

2.2.- Herencia:

Un primer acercamiento permite determinar que componen la herencia los derechos activos y pasivos que se transmiten, de una persona muerta y por esa causa, a una persona que sobrevive.²⁴

Partiendo de que la relación jurídico hereditaria se nutre de distintos elementos (objeto, sujeto, causa, acontecimiento y presupuesto) vemos, y debe de tenerse en cuenta, que la llamada herencia es precisamente el objeto de dicha relación.

Ahora bien, si tomamos por ejemplo el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, veremos que si bien un título desarrolla en distintos capítulos la problemática que hace a la aceptación y a la renuncia de la herencia; y a su vez otro título se ocupa por ejemplo de la llamada petición de herencia, no hay en dicha regulación, una definición expresa de “herencia”.

Sin embargo, se desprende claramente que la herencia, objeto de la relación jurídico hereditaria, es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del causante, que se transmiten a los herederos precisamente a causa de la muerte de aquel. Y en este sentido, esos derechos activos y pasivos que conforman la herencia que se transmite de

²³ *ibid ídem*

²⁴ ZANNONI, Eduardo A. Ob Cit

una persona muerta a una persona que sobrevive, conforman un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos.²⁵

2.3- Elementos de la relación jurídico hereditaria:

Puede decirse que los mismos surgen claramente del artículo 3279 del Código anteriormente vigente y resulta interesante y valioso identificarlos someramente:

- Objeto: es la herencia (el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del causante, que se transmiten a los herederos).
- Sujeto: El sujeto principal es el causante, declarado fallecido, sea por muerte real o presunta.
- Causa: Es la vocación hereditaria, es decir, el llamamiento concreto a una sucesión hereditaria.
- Acontecimiento: Es la muerte, por ser este el hecho jurídico que permite que opere la transmisión.
- Presupuesto: Es la ley, que regula y posibilita que se lleve adelante la transmisión *mortis casuae*. La ley aquí opera tanto en forma imperativa, como en forma supletoria.²⁶

La ley actúa en forma imperativa, imponiendo el orden público, por ejemplo, cuando:

- determina la indisponibilidad de la legítima hereditaria, protegiendo a los legitimarios de la afectación de la porción reservada para ellos.
- fija las reglas de cómo se debe heredar, determinando un orden de preferencia por líneas; y las concurrencias o exclusiones, entre ellos y con respecto del cónyuge supérstite. También al determinar el orden de preferencias por grados, cuando determina que dentro de la línea que resultó ser la preferida, el de grado más próximo excluye o desplaza al de grado más lejano. Además, cuando determina, en la concurrencia del cónyuge supérstite, los porcentajes de transmisión según los bienes hayan sido gananciales o propios del causante.

²⁵ *ibid* ídem

²⁶ GONZÁLEZ ACUÑA, Gerónimo Apuntes de Cátedra

Por su parte, la ley actúa en forma supletoria, por ejemplo, cuando a falta de testamento, la ley supletoriamente determina como se asigna también la porción disponible, determinando el orden sucesorio, las concurrencias y las exclusiones.

Pero un testamento podrá derogar estas disposiciones supletorias, planteando que hará el testador, es decir, a quien beneficiará post mortem, con la llamada porción disponible.

2.4.- Causante:

Es central definir que el causante, a pesar de que ya no existe físicamente ya como persona, en la llamada relación jurídico hereditaria es el principal de los sujetos; dado que obviamente, no hay sucesión sin muerto.

El causante es aquel por cuyo fallecimiento operó la transmisión del conjunto de bienes, derechos y obligaciones que resultan transmisibles por causa de muerte. Dicho esto, es importante tener en cuenta porque se utiliza el término “operó” en tiempo pretérito. Es que la transmisión hereditaria se produce desde el mismo instante de la muerte, sin que exista el menor intervalo en que los bienes permanezcan sin titular.²⁷

Ahora bien, cuando hablamos de transmisión por causa de muerte, debe aclararse de que estamos hablando no solo de lo que hace a la muerte propiamente dicha, es decir, aquella que resulta palpable, inequívoca, y fehacientemente comprobada mediante el necesario Certificado de Fallecimiento primero, que permitirá generar luego la correspondiente Partida de Defunción de quien se constituyó, a los efectos sucesorios, en el llamado causante. Sino que también hablamos de muerte y de causante, cuando se trata de una muerte presunta (así declarada por sentencia judicial).²⁸

²⁷ MAFFÍA, Jorge O “Manual de Derecho Sucesorio” 4º Edición, Ed. Palma, Buenos Aires 1989

²⁸ www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos - La ausencia y la ley 14.394

Así, también existirá un causante, y la consecuente transmisión sucesoria, cuando se trate de muerte presunta judicialmente declarada; y aquí debe distinguirse la muerte presunta “ordinaria”, de la “extraordinaria genérica” y de la “extraordinaria específica”.

La llamada muerte presunta ordinaria, es la que puede declararse (de haber sido instada) cuando se produce la ausencia de una persona por un lapso de tres años (obviamente sin que aparezca ni se tengan noticias de él), fijándose como día presuntivo de su muerte en la sentencia, el primer día posterior al año y medio del inicio de su ausencia.

A diferencia de esta muerte presunta ordinaria, se presentan casos en donde se da la muerte presunta genérica; la que se determina por haber transcurrido, en el marco de un desastre en el que estuvo inmerso y se ausentó la persona, dos años de aquella ausencia que se prolonga en el tiempo sin novedad alguna. La presunta muerte se declarará ocurrida el último día del que se tuvo noticias de la persona.

Finalmente, tenemos el caso de la llamada muerte presunta extraordinaria específica, en donde resulta para el juez más fácil determinar la suerte de la persona ausente; dado que esta ausencia se prolonga desde la ocurrencia de un desastre concreto en el que se involucra a un buque o una aeronave, en donde el ausente inequívocamente viajaba o permanecía a ese tiempo. La presunta muerte se declarará ocurrida el último día del que se tuvo noticias de la persona; cuando hayan transcurrido seis meses de ocurrido el infortunio, sin que haya noticias de la persona.

Para finalizar este ajustado pantallazo que permite sin embargo al lector, determinar la existencia de otras situaciones que hacen a los distintos casos en los que debemos verificar, a los efectos sucesorios, la existencia de un causante, que dará origen a la sucesión por causa de muerte, es interesante agregar que al ocuparnos de establecer quienes son los que puede pedir esta declaración de muerte presunta, debe quedar claro que serán legitimados activos para llevarla adelante, todos aquellos que tengan interés. Ocurrida la declaración judicial, un curador de bienes hará un inventario de los mismos.

Se publicarán edictos por seis meses, e inmediatamente luego, se hará una prenotación de los bienes en beneficio de los herederos; los que definitivamente se les adjudicarán para su libre disposición, al transcurrir cinco años, o al verificarse la fecha que indicaría el octogésimo aniversario del nacimiento del presunto fallecido.

2.5.- Sucesores:

Los sucesores son los llamados a recibir la herencia. Pero el de sucesores es un término amplio, dado que dentro de esta categoría encontramos a herederos universales; herederos a títulos singular (legatarios); y la nueva figura del heredero de cuota (que tiene el todo en potencia y es siempre un heredero testamentario).

Distinguimos dentro de esta categoría de sucesores, a herederos de legatarios.

2.5.1.- Herederos y Legatarios:

El precitado artículo 3279 del Código Civil de Vélez Sarsfield anteriormente vigente dice que el llamado a recibir una herencia se denomina heredero²⁹. Por su parte, el artículo 2278 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación conceptualiza por un lado al heredero, que es la persona a quien se transmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia; y por otro al legatario, que es quien recibe uno o un conjunto de bienes particulares.³⁰

Por un lado, la ley organiza, en el ámbito de la familia, el sistema de llamamientos a suceder, y permite que causante, en vida, pueda instituir a quienes les corresponderá una porción de sus su herencia, cuando el fallezca.³¹

Es importante remarcar las más sustanciales diferencias entre heredero y legatario:

- El heredero es llamado a la sucesión como sucesor universal (porque tiene el todo en potencia). Por su parte, el legatario es llamado como sucesor singular (para venir a recibir uno o más bienes determinados).

²⁹ BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Sucesiones", Tomo I, 7° Edición Actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1994

³⁰ www.saij.gob.ar/docs Ob cit

³¹ ZANNONI, Eduardo A. Ob cit

- El heredero tiene derecho de acrecer. Mientras, el legatario solo puede acrecer dentro del bien o el conjunto de bienes legados.
- El heredero por regla, responde *intra vires hereditatis*, (sea *cum virivus* o *pro virivus*); y solamente cuando realice determinado acto del tipo de los no permitidos, se extenderá su responsabilidad convirtiéndose esta en *ultra vires hereditatis*. Por su parte, la responsabilidad del legatario siempre es limitada, es decir *intra vires hereditatis*.

2.6.- Mejora:

Desde el sentido común, la palabra mejora en derecho sucesorio presupone un incremento ventajoso, logrado a partir de la voluntad del causante, en lo que hace a reformar positivamente el porcentaje de la herencia que le toca recibir a determinado o determinados sucesores.

Antes de la sanción del Código vlezano, solo se entendía como tal la mejora estricta, la cual permitía a los padres de la posibilidad de disponer de una parte de la llamada porción legítima de la herencia, para favorecer a los hijos (u otros descendientes en su caso), de acuerdo a como al testador le plazca, dándole así la posibilidad de alterar el equilibrio igualitario entre los pares, beneficiarios de la herencia.

Con la sanción del Código Civil, la mejora dejó de ser mejora en sentido estricto, y para muchos, incluso dejó de ser mejora. Todo esto por el simple hecho de que la llamada mejora, regulada por el Código Civil vlezano, presenta un lo que puede entenderse como un sentido laxo, dilatado e impreciso, en tanto el testador puede realizarla, obviamente en beneficio de alguno o algunos de sus herederos forzosos, exclusivamente con la llamada porción disponible, la que en realidad puede asignar a cualquier persona.

Bien, en el caso de que decida beneficiar a determinados herederos forzosos, mejorando por medio de una donación con la necesaria dispensa de colación, o por medio de un legado, aquello de lo que por su condición de legitimarios les corresponderá al producirse la muerte, apertura y transmisión, y siempre y cuanto que esto se haga detrayendo para ello parte o la totalidad de la porción disponible de la herencia, estaríamos refiriéndonos lisa y llanamente a lo que el Código de Vélez Sarsfield identifica como mejora.

Así, al realizarse con la porción de libre disposición de la herencia, no es propiamente una mejora, o al menos no es una mejora en sentido propio, dado que no permite la afectación parcial de la legítima, condición *sine qua* según parte de la doctrina, para poder hablar de auténtica mejora ³² (la llamada mejora en sentido estricto).

Además, y en el mismo sentido, debemos partir del presupuesto de que sin lugar a dudas, a la porción disponible el testador la otorga a cualquiera, ya a un legatario, ya a un heredero forzoso, y todo esto sin que ello constituya verdaderamente una mejora, de acuerdo al real sentido que la mejora propiamente dicha debe como institución involucrar. La institución de la mejora estricta, que es la que, como se dijo, se otorga detrayendo parte de la legítima en exclusivo beneficio de algún o algunos herederos forzosos, no está presente en el código velezano, que no le da a la misma, el sentido propio que toda mejora debería intrínsecamente contener.

Actualmente, el Código Civil y Comercial recientemente sancionado, abraza nuevamente, en la figura de la mejora en favor del heredero con discapacidad, la idea de la mejora estricta, en tanto y en cuanto, para beneficiar a este heredero legítimo descendiente o ascendiente con discapacidad, se detrae exclusivamente y como excepción, una parte de la porción legítima, que es precisamente la porción de la herencia de la cual, por regla, no pueden ser privados los herederos forzosos o legitimarios.

³² MARTÍNEZ LEDESMA, Dido Teresa Ob Cit

2.7.- Capacidad.

2.7.1.- Capacidad para suceder:

Capacidad para suceder tenemos todos. En efecto, todas las personas físicas, e incluso todas las personas jurídicas, tienen capacidad para suceder mortis causa.

Dicha capacidad para suceder (la aptitud que toda persona posee para suceder a otra mortis causa) se rige por la ley del último domicilio del causante vigente al momento en que se produce su muerte. Y la persona que resulta; y debe existir precisamente a ese momento, atento la máxima de que muerte, apertura y transmisión se producen en un mismo instante. Obviamente no debe confundirse la capacidad para suceder con la capacidad general de las personas; que es otra cosa y no un tema propio del derecho sucesorio, sino de la parte general de uno y otro código.

2.7.2.- Diferencia con la capacidad general:

Mientras que la capacidad para suceder, actualmente normada por el Artículo 2279 del nuevo Código Civil y Comercial: Artículo 2279, cuando menciona a las personas que pueden suceder al causante³³ diciendo que pueden hacerlo las personas humanas existentes al momento de la muerte; las que estén concebidas mientras al momento de la muerte nazcan con vida; las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561 (esto queda en el aire pero sin embargo abre aristas peligrosas); las personas jurídicas existentes al tiempo de la muerte del causante y las fundaciones creadas por el propio testamento de este.

2.7.3.- La capacidad general y las incapacidades según el código de Vélez:

En el marco del Código de Vélez, se daba la dicotomía capacidad – incapacidad, como maneras objetivas de ser de las personas, señaladas de ante manos por la ley.

³³ CÓRDOBA, Marcos Jornadas “El derecho sucesorio en la transición” en maestrosdelderecho.com.ar

Capacidad:

Para hablar de capacidad, abordando los aspectos con que regula el tema el código decimonónico, también hay que hablar necesariamente de las incapacidades que a su vez el cuerpo normativo determina.

Dicho esto, inicialmente, es menester referirse, abordar y desarrollar someramente la visión que dicha codificación le imprimió al primero de los términos, y decir que en ese contexto, se hace también necesario mencionar que distinguió entre capacidad de derecho y capacidad de hecho.

- En efecto, la capacidad de derecho es aquella que tiene toda persona por el solo hecho de ser persona, y hace a la aptitud de la cual goza toda persona para ser titular de derechos y la aptitud que toda persona tiene para contraer obligaciones (por sí o a través de un representante). La capacidad de derecho resultaba siempre relativa, porque ninguna persona tiene todos los derechos, ni tampoco ninguno.
- Mientras tanto, por otro lado está la capacidad de hecho, que hace a la capacidad de obrar por sí mismo que no necesariamente tienen todas las personas. Así, la capacidad de hecho es la aptitud que tiene la persona para ejercer por sí misma los derechos que se tienen, y esta también se enfrenta a la dicotomía con la incapacidad de hecho, que como se expresará inmediatamente luego, resulta absoluta para quienes no pueden ejercer por sí ningún derecho; y relativa, para quienes pueden ejercer algunos.

Así, mientras toda persona tiene capacidad de derecho y nadie puede estar privado absolutamente de ella (por lo que no existen incapaces de derecho absolutos), algunas personas, sin embargo, pueden ver comprometida su capacidad de hecho, es decir, su capacidad de obrar por sí mismos, al ser declarados incapaces de hecho (incapaces de hecho relativos o absolutos, todo esto analizado a la luz del Código de Vélez), como a continuación se ha de desarrollar.

Incapacidad:

Incapacidad de derecho: como se expresó, a *contrario sensu* de lo recientemente expuesto al desarrollar el tema de capacidad general, el Código de Vélez determina y regula también las incapacidades.

En este sentido, el código velezano distinguió entre incapacidad de derecho e incapacidad de hecho.

La incapacidad de derecho, es la que opera privando a determinadas personas de determinados derechos, -no de su simple ejercicio, sino directamente del derecho. Aquí siempre la prohibición se impone en protección del interés general, dado que con su instrumentación lo que el legislador busca es reguardar, no el interés de esa persona, sino el de la sociedad.

Por ello, este tipo de incapacidades de derecho no pueden ser remediadas por medio de la representación; y así, ante posibles violaciones a estas prohibiciones de derecho, la nulidad de los actos es absoluta.

La incapacidad de hecho, presenta dos variantes.

- Por un lado tenemos la incapacidad de hecho absoluta. Eran incapaces de hecho absolutos aquellos a los que, por determinadas razones, la ley los privaba absolutamente del ejercicio de todo tipo de derechos (no pudiendo ejercer por sí ningún tipo de derechos). En esta categoría se encontraban las personas por nacer, los menores de 14 años (denominados menores impúberes), los dementes interdictos y también las personas sordomudas que no podían darse a entender por medio escrito.³⁴ (Artículo 54 Código Civil).

- Por el otro, tenemos la incapacidad de hecho relativa. Los incapaces de hecho relativos, eran quienes resultaban incapaces para realizar por sí mismos algún tipo determinado de actos, pero los que sin embargo, eran aptos para llevar adelante por sí, otro tipo de actos jurídicos. Dentro de esta categoría encontrábamos a los llamados menores adultos; los penados con condena superior a tres años; los inhabilitados. Las prohibiciones introducidas por la ley operan aquí en interés del propio incapaz; por lo que se remedian con la

³⁴ www.notarfor.com.ar Ob Cit

representación. Además, la nulidad de un acto celebrado por un incapaz de hecho relativo adolece de nulidad relativa, con lo que solo podrá ser alegada y validada si dicha nulidad conviene al interés del incapaz. Podrá alegarla el propio incapaz, sus representantes o eventualmente los sucesores de aquel.³⁵ (Artículo 55 Código Civil).

Con la introducción de unas y otras incapacidades (de derecho y de hecho) , sin dudas, el codificador decimonónico buscó la protección del interés general, por un lado; y la del propio incapaz, por el otro, en tanto resulta este protegido en la integridad de sus derechos mediante la prohibición relativa o absoluta de poder ejercerlos por sí mismo; al tiempo que sin embargo, para continuar garantizando estos derechos, posibilita ejercerlos a través de un sistema de representación, ejercido por progenitores, tutores o curadores según el caso.

2.7.4.- Sistema de capacidad general según el nuevo Código Civil y Comercial.

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial la cuestión cambia absolutamente, ya que el nuevo cuerpo normativo da por tierra toda esta disquisición abrazando en su lugar como principio la capacidad del ejercicio de derechos.

Así, establece la capacidad como regla. Y a partir de ello, las personas, todas y cada una, con la salvedad de determinadas excepciones eventualmente instituidas, tienen la posibilidad de ejercer por sí mismos sus derechos.

El nuevo Código expresamente determina que el punto de partida es la capacidad, por lo que para sostener lo contrario en un caso concreto, tomando por ejemplo el caso de una persona mayor de edad, hará falta un proceso judicial que funde las razones y dicte sentencia judicial, sobre cuales actos la persona, por excepción, tiene vedados a su propio ejercicio y no podrá desarrollar por sí misma, limitando el ejercicio de esos

³⁵ ibid ídem

determinados actos concretos y puntuales, pero persistiendo la capacidad en todo lo que no resulta materia de fundada y declarada limitación, siendo dicho decisorio de interpretación absolutamente restrictiva, y sin poder ir nunca más allá de la extensión dispuesta en el mismo. El art. 24 del Código Civil y Comercial sólo enuncia como personas incapaces de ejercicio en relación a los mayores de edad “*a la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión*”.³⁶ Y cabe aclarar que se trata de un supuesto residual, restrictivo y excepcional.

En el mismo sentido, y en plena armonía y concordancia con las convenciones y tratados internacionales de derechos humanos a los que adhirió nuestro país, y en los que se inspira el nuevo Código, pocos años atrás, la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental (Ley N°26.657), parte expresamente de la presunción de la capacidad como regla, y establece procedimientos que garantizan el respeto por la dignidad de la persona, mientras alejan definitivamente el concepto de muerte civil, y exigen revisiones periódicas para rever lo dictaminado.³⁷

En cuanto a los menores, el nuevo código prevé un nuevo sistema. La regulación en el nuevo Código Civil y Comercial de toda la materia relativa a la capacidad se hizo, adaptando sus normas a las Convenciones Internacionales relativas a la materia que nuestro país suscribió y a las normas que ya se encontraban vigentes en los distintos subsistemas de leyes complementarias.

En este sentido, es dable señalar también que el nuevo Código deja atrás la vieja concepción del Código de Vélez que vinculaba el concepto de persona humana con la de capacidad jurídica o capacidad de derecho y el modelo tutelar o paternalista, para pasar a un modelo de autonomía y capacidad progresiva. Las modificaciones más importantes residen en la capacidad de ejercicio, donde se elimina la distinción entre incapaces de hecho absolutos y relativos y se diferencian distintas situaciones, a partir del nuevo paradigma de autonomía personal, presente en el espíritu del nuevo Código.

³⁶ www.saij.gob.ar/docs-f/.../Codigo Civil y Comercial Comentado Ob Cit

³⁷ Políticas públicas en salud mental : de un paradigma tutelar a uno de derechos humanos / compilado por Malena Arriagada ; Leticia Ceriani ; Valeria Monópoli. – 1° Edic. - Bs As : Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos, 2013.

Capítulo N° 2

“Breves consideraciones sobre la legítima hereditaria”.

Sumario: 1.- Introducción 2.- Concepto y consideraciones 3.- Porcentaje de afectación antes y después del nuevo Código. 4.- La protección de la legítima 5.- Permisi3n de afectaci3n de la legítima

1.- Introducción:

Resulta importante al desarrollar el tema de la legítima hereditaria, comenzar haciendo un pequeño repaso introductorio acerca de la evolución histórica inmediata del instituto, centrándonos por ello en Roma, dada la relevancia del derecho que sin lugar a dudas, resulta a todas luces, la fuente fundamental de nuestra legislación actual.

Partiremos diciendo que no existía la legítima, ni ninguna porción que resulte indisponible en la Roma antigua. Así, la persona tenía absoluta libre disponibilidad sobre el destino post mortem de sus bienes; sin importarle al derecho, cuando había testamento en beneficio de un ajeno a la familia, la suerte que precisamente su familia inmediata hubiere de correr.

Así transcurrieron muchos siglos (todo el período monárquico y hasta fines de la República). Recién allí, el derecho romano, hasta entonces absolutamente individualista, dio paso a una nueva etapa, en donde, ante la irrazonabilidad de un caso concreto en que un testador deje todos sus bienes a un tercero, por significar ello una absoluta desprotección para la familia del causante, se empiezan a articular querellas de inoficiosidad de testamento. Si la acción resultaba justificada, porque se acreditaban tales extremos, prosperaba, se anulaba el testamento y se daba paso a las soluciones propias de la sucesión intestada.

Pero es recién a partir de Justiniano, cuando definitivamente el derecho empieza a prever la solución con la que se identifica nuestro derecho actual, y el tema que en este Capítulo nos ocupa: determinados herederos tienen derecho a una parte de la herencia de la cual, excepto por justa causa, no pueden ser privados; y solo del resto tiene libre disponibilidad el testador.

Ya que hablamos del emperador Justiniano, no está demás, para quienes somos o pretendemos ser hombres del derecho, ocupar unos renglones recordando el aporte que su reinado nos legó. Recordemos que Justiniano es conocido por sus conquistas; pero

sobre todo por el impresionante trabajo de codificación del derecho romano, mucho más relevante que aquello. Se trata de un complejísimo trabajo de recopilación, simplificación, armonización y unificación del derecho romano en el Corpus Iuris Civilis.³⁸ Este impresionante cuerpo normativo estaba compuesto por el Código Justiniano (un código de leyes imperiales vigentes); el Digesto (era una ambiciosa recopilación de los fallos); los institutos (especialmente desarrollados para el aprendizaje del derecho); a lo que se fueron anexando en las llamadas Novelas, cada una de las leyes que Justiniano dictó y promulgó. Sin lugar a dudas, nuestro derecho actual se ha nutrido vastamente del derecho romano, y la obra monumental de Justiniano, es central a la hora de que esto haya resultado posible.

2.- Concepto y consideraciones:

Según Fornieles *“La legítima es una institución protectora de la familia. Cuando una persona tiene hijos, padres o cónyuge, la ley le restringe la facultad de donar sus bienes o de hacer legados, no permitiéndole beneficiar a los extraños sino en cierta medida”*³⁹

Se trata sin lugar a dudas de una porción que resulta indisponible, reservada a determinados herederos, llamados legitimarios; aunque es cierto que en el Congreso nacional se presentaron diversos proyectos tendientes, unos a suprimir, lisa y llanamente, el sistema legitimario, implantando, en sustitución de aquél, la libertad de testar, y otros encaminados a reducir el monto de las asignaciones legitimarias

No solo que el testador no puede disponer post mortem por estar ella reservada por ley a determinados herederos sino que también, si resulta vulnerada, podrían resultar atacados determinados actos entre vivos (actos de disposición a título gratuito).

Así, no solo se trata de una parte de la herencia que la ley dispone reservar para determinados herederos, sino dependiendo de la magnitud y valor de los bienes que dejó

³⁸ <http://revista.cpacf.org.ar>- Revista Digital del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal N° 107

³⁹ FORNIELES, Salvador, “Tratado de las sucesiones”, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina S.A., Cuarta Edición, 1958.

el causante a su fallecimiento, habrá que verificar si dicha reserva indisponible resultó vulnerada también por actos de disposición ente vivos y a título gratuito, teniendo en cuenta para esto los bienes que en vida donó el ahora causante. (Cabe aclarar que ahora depende también el tiempo transcurrido, porque, contradiciendo principios básicos del derecho de que “acción que no nace, acción que no caduca” hay acciones que perecen antes de nacer, por lo que no pueden ser intentadas).

De esta manera, los legitimarios que resulten afectados en su derecho podrán ejercer acciones de defensa de sus legítima no solo frente a lo que se dispuso por testamento, sino también atacando las donaciones hechas en vida por el causante.

Por su parte José Luis Pérez Lasala define la legítima afirmando que “... *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 líquidos a favor de los denominados legitimarios (...)*”⁴⁰

El nuevo Código Civil y Comercial, al desarrollar la problemática del derecho sucesorio presenta un título al que precisamente denomina Porción legítima. Sin embargo, dicho título comienza con el artículo 2444 que no define que es la legítima sino que directamente habla de los llamados legitimarios al decir “*Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge*”.

El Código velezano por su parte define a la legítima en el art. 3591 diciendo “*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, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos*”. A este artículo había que hacerlo jugar con el Artículo 3714 que definía quienes eran los llamados herederos forzosos: “*Son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos a*

⁴⁰ PÉREZ LASALA, José Luis, “Curso de derecho sucesorio”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998.

*quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación”.*⁴¹

3- Porcentaje de afectación antes y después del nuevo Código:

El nuevo código, llevó adelante lo sostenido doctrinariamente, en cuanto postulaba una profunda reforma del sistema de legítimas. Así, procedió a disminuir el monto de las cuotas asignadas, (excepto en cuanto a la del cónyuge, que se mantuvo). Por esto, y teniendo en cuenta además lo dispuesto en el artículo 2448 del nuevo Código, puede decirse que más allá de la protección de la legítima plasmada en los artículos 2447 y 2449, la reforma debilita la situación de los legitimarios⁴²

En cuanto al porcentaje de afectación antes y después del nuevo Código, sabemos que son legitimarios los ascendientes, descendientes y el cónyuge supérstite del causante. A unos y a otros, les corresponde la legítima de acuerdo a lo que norma el artículo 2445. Del análisis de dicho artículo, debe decirse que en líneas generales, se verifica una notable disminución respecto de lo que normaba el código velezano, en cuanto dice *“La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio (...)”*

Obsérvese, que de acuerdo a lo que en el viejo código disponían los artículos 3593 a 3595 inclusive, la reducción es notable, ya que la porción legítima de los descendientes que era de cuatro quintos, ahora es de dos tercios, la de los ascendientes, que era de dos tercios actualmente decreció a solo un medio; mientras que la del cónyuge no varió, dado que era y sigue siendo de un medio. Esta solución sigue los principios del Proyecto de Código Unificado de 1998.⁴³ Obviamente antes y ahora opera de la misma forma esto de que la legítima mayor absorbe a la menor.

⁴¹ universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado

⁴² AZPIRI, Jorge O., *Incidencias del Código Civil y Comercial –Derecho sucesorio –*, N° 9, Hammurabi, Buenos Aires 2015

⁴³ www.biblioteca.jus.gov.ar/recursos-codigos.html Proyecto de Código Civil para la República Argentina (1998)

4.- La protección de la legítima:

El resguardo de la legítima implica que no sea posible para el testador, llevar adelante la imposición a las porciones legítimas de gravamen o condición alguna. Y también, hace que pueda atacarse lo vía testamentaria lo legado o lo donado (lo donado, en principio) que exceda a la porción disponible. Se aclara que lo donado, “en principio”, dado que se plantea ahora una cuestión con las donaciones que, según marca el nuevo código, por el mero transcurso de 10 años desde que se efectuó la donación, aunque afecten la legítima, no pueden ser perseguidas. Extraña solución porque la acción respectiva de reducción solo nace con la apertura de la sucesión, y si transcurrió ese tiempo, las acciones que la ley establece para proteger el derecho de los legitimarios cuyas legítimas resultaron vulneradas, directamente no llegan a nacer, contradiciendo absolutamente ese principio de que “acción que no nace, acción que no caduca”.

Véase que cuando en realidad se está planteando la necesaria protección de la legítima, se habla de lo que excede la porción disponible. Es que como dice Fornieles *“La legítima y la porción disponible son las dos partes correlativas de un mismo todo, la herencia, y establecer el monto de la una equivale a fijar el de la otra”*⁴⁴

Por otra parte, pero en el mismo sentido, es decir, dentro de esta problemática, debe tenerse en cuenta que aquel legitimario que recibió a su favor una donación del causante en vida, es decir, por medio de un acto de disposición, entre vivos y a título gratuito, debe, a la hora de hacerse el cálculo definitivo de las legítimas, colacionarla, de acuerdo y en la forma que lo dispone el artículo 2445 in fine.

5.- Legítima: Permisi3n de afectaci3n.

El nuevo C3digo, en lo que resulta una de las principales modalidades que introduce, autoriza a la afectaci3n de parte de las legítimas, para llevar adelante la llamada mejora en beneficio del heredero con discapacidad.⁴⁵ Se plantea toda una nueva perspectiva, dado que la legítima era hasta ahora absolutamente indisponible, y

⁴⁴ FORNIELES, Salvador Ob Cit

⁴⁵ OLMO, Juan Pablo Ob cit

esto era inequívocamente de orden público, sin embargo, la reforma ahora debilita la situación de los legitimarios.⁴⁶

En efecto, la afectación de la legítima no era posible bajo ninguna circunstancia. Sin embargo, el nuevo cuerpo normativo autoriza la posibilidad de afectar parte de las legítimas, es decir, de que se vulnere su intangibilidad, en pos de tutelar a ciertos legitimarios con discapacidad. Esto es posible cuando el causante decidió en vida proteger a determinados descendientes o ascendientes con discapacidad; siempre y cuando se den los presupuestos legales que resultan necesarios, tal como se abordará posteriormente en un capítulo que tratará específicamente, la mejora en beneficio del heredero con discapacidad.

Todo esto responde, sin lugar a dudas, a la nueva perspectiva que abraza y caracteriza nuestro actual derecho privado, que abrega de fuentes tales como, no solo las que surgen de una postura doctrinaria mayoritariamente contundente, sino también de las diferentes convenciones internacionales a las que adhirió nuestro país, todo ello inserto en el marco creciente de reconocimiento y respeto por la persona y por los derechos humanos, que conlleva inequívocamente a su vez, a una nueva configuración protectoria de las personas discapacitadas, por la vulnerabilidad que ello les significa.

Implementa así y pone en marcha esta nueva institución, todo un sistema protectorio que puede operar, cuando el testador así lo dispone, en beneficio de determinados legitimarios que por su condición de personas discapacitadas, se hallan, entiende la ley, en una situación de desventaja y vulnerabilidad.

Antes el causante podía, de presentarse hipotéticamente una situación como esta, solo mejorarlos con la porción disponible (en lo que resultaba una mejora impropia, o según muchos, ni siquiera una mejora). Actualmente, no solo cuenta con dicha porción (de la que puede disponer libremente en favor de cualquiera y en las porciones que decida), sino que también puede utilizar, puntualmente para mejorar la situación de un

⁴⁶ AZPIRI, Jorge O. Ob Cit

heredero legítimo discapacitado, hasta un tercio de la porción legítima en concepto de mejora estricta en beneficio del heredero con discapacidad.

Capítulo N° 3

“Aspectos relacionados con el concepto de discapacidad”.

Sumario: 1.- Introducción 2.- Discapacidad. La evolución del término hacia una nueva concepción: Del modelo médico hacia el modelo social. 2.1.- La concepción tradicional. 2.2.- La evolución del término hacia una nueva concepción. 3.- Ley 22.341. Aspectos básicos. 4.-Discapacidad: Diferencia con el concepto de incapacidad. 5.- Vulnerabilidad 6.- Certificado Único de Discapacidad.

1.- Introducción:

Preliminarmente, y para hacer una aproximación inicial al abordaje del término que nos ocupa, se propone ofrecer una definición esbozada por el Dr. Alejandro Romera Palermo, Presidente del Instituto de Derecho de las Personas con Discapacidad del Colegio de Abogados de Rosario, quien afirma que discapacitado “*es aquella persona que carece o tiene disminuidas una o algunas de sus capacidades, manteniendo intactas el resto*”.⁴⁷

La observación principal que se debe hacer a este primer acercamiento tiene que ver con que pareciere ser, tomando esta afirmación como valedera, que una persona que posee disminuidas o alteradas sus capacidades, sin mantener el resto de ellas intactas, no sería entonces considerado discapacitado. Por el contrario, debe decirse que existen distintos grados de discapacidad, y que algunos de ellos, resultan de mayor entidad en cuanto a la alteración que representan. Y que ello no obtura en absoluto la condición de persona discapacitada sino que en todo caso afirma esa calificación, mientras que la misma opera en favor de quien sufre estos padecimientos; porque, sin lugar a dudas, el concepto y la calificación de persona discapacitada, son lo que propugnan la activación del sistema protectorio que existe en beneficio de estas personas de las que la ley entiende, presentan importantes desventajas con respecto al resto, por lo que deben resultar protegidas.

Después de este acercamiento inicial, y lo que se considera una preliminar observación necesaria, es importante prestar atención en el desarrollo evolutivo del término; que es lo que se propone a continuación.

2.- Discapacidad: Del modelo médico hacia el modelo social.

2.1.- La concepción tradicional:

En cuanto al desarrollo que se propone en relación a la evolución del término desde sus orígenes, se partirá de la significancia o el sentido que originalmente se le

⁴⁷ ROMERA PALERMO, Alejandro, en SEGUNDO CONGRESO VIRTUAL "Integración sin Barreras en el Siglo XXI" - DISCAPACIDAD: ASPECTOS LEGISLATIVOS BÁSICOS

imprimió. Inicialmente se desprendía, se interpretaba y se infería que la discapacidad era un problema absolutamente propio y privativo de la persona, en tanto y en cuanto el padecimiento físico o mental de una persona lo alejaba de las posibilidades del resto.

Así, la persona discapacitada constituye en sí misma una excepción a la regla de la normalidad. Esto hacía distinta a la persona, y la apartaba del mundo de los normales. Se inscribe esta concepción en el llamado modelo médico, que se verifica en cada una de las definiciones que tradicionalmente se fueron esbozando.⁴⁸

Por ejemplo, hace aproximadamente tres décadas, la Declaración de Derechos Humanos ONU de 1987, definió a la persona discapacitada. Obsérvese que en aquella oportunidad, tal declaración internacional, lo hace sin prestar ni siquiera atención a la existencia o no de barreras sociales que pudieran existir. No importaba por entonces la cuestión social de ningún modo. Por el contrario, la definición, se insiste, se inscribe en el marco de un modelo netamente médico y personalista, entendiendo la discapacidad como un problema exclusivo y propio de la persona que la padece, por lo que necesita tratamiento y rehabilitación individual, para tratar de recuperarse o adaptarse. Única posibilidad de no quedar relegado, separado, excluido, afuera del sistema.

Veamos entonces, que según lo define la Declaración de Derechos Humanos ONU (1987), es discapacitado aquel que posea una capacidad distinta en relación a la de la media general entendida como normal, más allá que esta disminución comparativa obedezca a causas genéticas o adquiridas.

Por su parte, y en el mismo sentido, se expresó en su momento la OMS (Organización Mundial de la Salud), definiendo a la discapacidad como “*toda restricción o ausencia de la capacidad que tiene una persona para realizar una actividad en una forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano*”, imprimiéndole por tanto, también un sentido eminentemente médico y personal.

⁴⁸ <http://www.unsj.edu.ar/descargas/institucional/comisionDiscapacidad/modeloMedicoSocial.pdf>

Ahora bien, a su vez, la OMS (Organización Mundial de la Salud) propone y define el término minusvalía, relacionándolo a este sí, más directamente con las barreras o dificultades que puede significar para un discapacitado (o eventualmente para quien sufra una deficiencia), el verse impedido del disfrute de su entorno social.⁴⁹

Para ello, la CIDD (Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías) de la OMS (Organización Mundial de la Salud) establece las diferencias y las relaciones existentes entre dicho término (discapacidad), con los de deficiencia y minusvalía.⁵⁰

En este sentido, mientras determina, como se dijo, desde un aspecto eminentemente médico e individualista lo que es discapacidad (diciendo que es “*toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en una forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano*”), por una parte, determina que deficiencia es toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica; y por la otra, que minusvalía es una situación desventajosa para un individuo determinado, como consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad que incide negativamente en la persona limitando o impidiendo el desempeño en condiciones de lo que se entiende como normal en relación a su edad, sexo, factores sociales y culturales.

Así, según las propias definiciones que imprime la OMS (Organización Mundial de la Salud), existe minusvalía cuando una persona, sea esta deficiente o discapacitada, encuentre obstáculos que le impidan normal goce y desarrollo en condiciones de igualdad con las demás, en relación a los bienes, derechos y posibilidades que ofrece la sociedad. Obsérvese la definición de minusvalía se asemeja en gran medida con el sentido actual que se le imprime al término discapacidad.

⁴⁹ www.geocities.ws/deflox/8conc.htm - O.M.S. definiciones: deficiencia, discapacidad, minusvalía.

⁵⁰ *ibid* ídem

2.2.- Discapacidad: La evolución del término hacia una nueva concepción.

El artículo 1° de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, receptada por medio de la Ley Nacional N° 26.378 determina que *“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”*.⁵¹

Se observa así una clara evolución terminológica, más emparentada con lo que actualmente se entiende por discapacidad. Es que en la definición que se desprende de lo que versa en el artículo primero de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (in fine), habla de que son discapacitadas aquellas personas con deficiencias de distinta índole 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”*. (el subrayado es propio y pretende remarcar la visión actual).

Así, es importante diferenciar las concepciones en uno y otro tiempo, y para esto insistir en destacar como el llamado modelo médico,⁵² como se expresó, considera a la discapacidad un problema netamente privativo del “paciente”, problema personal, el que más allá de sus causas (un accidente; una enfermedad; u otras determinadas circunstancias) requiere de tratamiento médico para tratar de recuperar o adaptar al que debe intentarse desde el ámbito médico ser reinsertado, para no seguir quedando segregado.

Bien, desde aquella concepción simplista, la definición ha evolucionado hacia otra nueva, inserta ésta en el llamado modelo social⁵³, que engloba una mayor complejidad, abandonando la simplificación inicial, al centrar su atención en las barreras sociales que crea el entorno, y que deben derribarse o amenguarse en pos de

⁵¹ www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios.../ley_26378.pdf

⁵² <http://www.unsj.edu.ar/> Ob Cit

⁵³ *ibid* ídem

lograr la integración de todas las personas al medio social. La discapacidad es entendida como un verdadero problema cuyos sus orígenes no son meramente el problema personal de uno u otro, sino que se trata de un problema complejo de origen social, que centra su atención y tiene como principal dificultad la falta de la integración de la persona discapacitada en la sociedad, que debe arbitrar los medios para mejorar las condiciones, para superar las desventajas, para desterrar las barreras, para facilitar la participación en condiciones de igualdad y de verdadera integración (más allá de que ello no obture ni repudie un tratamiento médico interdisciplinario, un proceso de rehabilitación, etc., los que resultan indispensables y no desvirtúan ni son negados desde la nueva concepción).

En este marco, en los últimos años, nuestro país adhirió a esta nueva concepción, en la que obviamente se inscribe el nuevo Código Civil y Comercial, que auspicia la plena participación e inserción social de las personas con discapacidad, propiciando el respeto por sus derechos humanos, y por tanto el libre ejercicio de sus libertades individuales, lo que incluye la posibilidad plena en la toma de sus propias decisiones, en base al respeto que corresponde otorgar a la autonomía e independencia que como individuo posee toda persona, por el solo hecho de serlo, para gozar de participación plena y efectiva en la sociedad, en condiciones de absoluta integración.

3. Ley 22.341. Aspectos básicos e interrogantes:

Se propone abordar algunos aspectos básicos de como la Ley Nacional N° 22.431, al tiempo que busca instituir un sistema integral de protección en favor de las personas discapacitadas, que busca compensar las desventajas que la propia discapacidad les implica, versa al respecto de la concepción y significado del término de persona discapacitada, definiendo además quienes encuadran en dicha situación, es decir, quienes son personas discapacitadas.⁵⁴

Así, lo que inicialmente la ley plantea en sus objetivos, es lo que se suele conocer con el nombre de discriminación inversa. Se trata de obviamente no de una

⁵⁴ www.sgp.gov.ar/contenidos/onep/foros/.../Sist-Proct-Integral-Pers-Discapacitadas.pdf.

discriminación para segregar, sino, que aquí el término opera en el sentido inverso de como comúnmente se lo usa y se lo conoce. Es que esta discriminación inversa sirve para distinguir y diferenciar a las personas discapacitadas, del resto, pero al solo efecto de brindarles y garantizarles mayores oportunidades, al fin de igualarlos en el goce de derechos respecto de aquellos.

La ley identifica quienes son las personas discapacitadas, y al respecto, determina que lo son todas aquellas *“que padezcan una alteración funcional permanente o prolongada, ya física o mental, que en relación a su edad y medio social le implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”*; coincidiendo estos términos absolutamente con los del 2448 *in fine* del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación,⁵⁵ cuando define quienes son las personas con discapacidad, a efectos de determinar cuando una persona puede ser considerada discapacitada para que exista la posibilidad de su encuadre como beneficiario de la mejora estricta en beneficio del heredero con discapacidad.

Es interesante verificar como luego de esta definición la propia ley determina el requisito de que la Secretaría de Salud certifique en cada caso la existencia de tal discapacidad; y al respecto, cabe plantear algunas preguntas que servirán a los efectos de uno de los aspectos de la propuesta final que en el último capítulo se propondrá. Preguntas tales como las siguientes:

- ¿Aquel que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, por ejemplo de tipo física; pero que sin embargo no le implique en relación a su edad y medio social, desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral, no es discapacitado?
- ¿Qué ocurre en el caso de personas que, sobre todo teniendo importantes padecimientos físicos, no tienen sin embargo esta desventaja considerable, dado que por ejemplo son reconocidos profesionales; o funcionarios públicos de vasta trayectoria; o empresarios exitosos que gozan de una integración familiar, social, educacional y laboral plena?

⁵⁵ www.saij.gob.ar/docs.../codigo/Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion-Art-2448 Ob Cit

Puntualmente se analizará luego, la problemática relacionada con la mejora en beneficio del heredero con discapacidad desde este aspecto:

- Si una persona posee Certificado Único de Discapacidad... ¿Sí o sí tiene el reconocimiento legal necesario y suficiente para poder eventualmente resultar instituido como beneficiario de la mejora en favor del heredero con discapacidad que auspicia el nuevo Código Civil y Comercial?

¿Y qué ocurre si es el que en mejor posición está de cuatro hermanos que son llamados a recibir una herencia, al punto de que fue supongamos candidato a presidente o es diputado nacional, y tiene propiedades, bienes; una integración familiar óptima; reconocimiento y participación social perfectamente demostrables; un alto grado de educación y preparación intelectual; y no tiene problemas laborales de ninguna índole; pero resulta que fue instituido como beneficiario de la mejora? ¿Alguien puede oponerse? ¿Es correcto otorgar el beneficio respetando la decisión del testador, la que operará obviamente en detrimento de los demás legitimarios?

4.- Discapacidad: Diferencia con el concepto de incapacidad.

Para diferenciar los conceptos de discapacidad e incapacidad, es importante retomar la consideración de que lo que es lo que se entendía por incapacidad en el Código velezano, teniendo en cuenta la discrepancia doctrinaria en cuanto a la interpretación de las normas que la regulaban. Mientras que para algunos la interpretación debe ser restrictiva⁵⁶, para otros no implica necesariamente ello⁵⁷, ni que resulte de manifiesta improcedencia la interpretación extensiva y, aún con los respectivos cuidados, la misma analogía jurídica

Desde el vamos cabe afirmar que entre estos dos conceptos, que muchos confunden entre sí o directamente o toman como sinónimos hay muchas y sustanciales diferencias, y no tienen necesariamente que estar relacionados uno con el otro⁵⁸.

⁵⁶ LLAMBÍAS, Jorge J. Tratado de Derecho Civil. Parte General, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1961

⁵⁷ SPOTA, Alberto G. Tratado de Derecho Civil. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1948

⁵⁸ ORGAZ, Alfredo Conf. Personas individuales, Depalma, Buenos Aires, 1946

El viejo código versaba sobre incapacidad de derecho y de hecho. Según aquellas disposiciones por una lado, era incapaz es el que resultaba privado por la ley, en su propio resguardo, de determinados derechos (incapaz de derecho, siempre relativo). Por el otro lado, también era incapaz (incapaz de hecho en este caso) el que era privado por la ley de ejercer determinados derechos por sí mismo, también en su propia protección.

Véase que mientras el elenco legal de los incapaces de hecho es sucinto, encontrándose enumerados en los arts. 54 y 55 del CC y en el art. 12 del Código Penal (condenados a más de tres años de prisión o reclusión); el de los incapaces de derecho, en cambio, son numerosísimos y de muy difícil determinación previa, a tal punto que autorizada doctrina ha entendido que “*no sería ni fácil ni conveniente ordenarlos en una lista general*”⁵⁹

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación,⁶⁰ por su parte, habla de que la regla es la capacidad, y entiende como excepción la existencia de personas con capacidad judicialmente restringida (de al menos una determinada edad, y siempre que el juez estime que podría resultar un daño a su persona o a sus bienes el ejercicio de su capacidad plena), designando por ello apoyos, que deben promover su autonomía y favorece las preferencias de la persona que resulta protegida por la medida.

Y también habla de que como excepción a esto, existen personas de las que judicialmente se puede declarar su incapacidad (que es la excepción de la excepción), lo que podrá ocurrir cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, para lo cual, además de declarárselo incapaz, se le designará un curador.⁶¹

⁵⁹ ibid idem

⁶⁰ <http://www.nuevocodigocivil.com/> Ob Cit

⁶¹ www.notarfor.com.ar/codigo-civil-comercial-unificado/articulo-32.php

Así las cosas, ¿puede decirse que es lo mismo hablar de una persona incapaz que hablar de una persona discapacitada? De ninguna manera. Las personas con discapacidad están en otra esfera que por regla no coincide con la de la incapacidad. Las personas con discapacidad en general, por regla poseen capacidad plena, y por tanto no son deben ser asociados al concepto de incapacidad.

En la categoría de personas discapacitadas se incluye 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.⁶²

De esto se desprende, y se insiste, que hay marcadas diferencias entre uno y otro término; obviamente, sin que esto obture o impida necesariamente que una persona incapaz pueda a su vez ser discapacitada; o viceversa. Pero hay que entender que no se trata de sinónimos, ni de dos caras de una misma moneda, sino que son cosas bien diferentes una de la otra.

Se concluye entonces con que el concepto de discapacidad no coincide en absoluto, ni con los conceptos o definiciones de incapacidad que proponían los artículos 54 y 55 del viejo código; ni mucho menos, con el que propone el artículo 32 del recientemente sancionado Código Civil y Comercial.

La persona discapacitada, por regla, goza de capacidad plena; la cual no se ve judicialmente restringida, dado que de su pleno ejercicio no existe peligro de que pueda resultar un daño a su persona o a sus bienes; y mucho menos, el discapacitado será declarado judicialmente incapaz por el hecho de ser discapacitado. De ninguna manera, porque esto aún más redundaría en detrimento de la regla que hace a la plena capacidad.

⁶² www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios.../ley_26378.pdf Ob Cit

Así, en líneas generales, el discapacitado no es un incapaz; y confundir los términos es absolutamente erróneo, equivoco y disvalioso. En efecto, una es discapacitada, no por tener o padecer una afección; sino más bien por las consecuencias que esa afección le significan para el normal y cotidiano desarrollo y desenvolvimiento en el medio social.

5.- Vulnerabilidad:

La palabra vulnerabilidad implica, sugiere o presupone debilidad, fragilidad...

En el ámbito de la justicia, tomando lo que dicen las llamadas Reglas de Brasilia, las que consagran los estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana puede afirmarse que *“se encuentran en situación de vulnerabilidad, todas aquellas personas que por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/ o culturales, encuentren especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”*. Inmediatamente luego, dichas reglas toman como una de las varias pautas de vulnerabilidad a la discapacidad.⁶³

Bien, más allá de que, obviamente, aquel documento habla de la vulnerabilidad de muchos en cuanto a la dificultad para lograr el acceso a la justicia; lo importante es que de estas líneas surge clara y explícitamente la significancia del concepto de vulnerabilidad, que alude inequívocamente a la situación de desventaja, de desprotección, de falta de resguardo, que tienen determinadas personas respecto del resto de sus pares en un medio o en unas circunstancias determinadas.

6.- Certificado Único de Discapacidad.

La Ley N° 24.901 contempla la expedición por parte de organismos públicos autorizados, del Certificado Único de Discapacidad (CUD).⁶⁴

¿Qué es el CUD? Es el documento público suficientemente valido para acreditar plenamente la discapacidad de quien resulta su titular, en todos y en cada uno de los supuestos en que sea necesario invocarla.

⁶³ <https://www.poder-judicial.go.cr/accesoalajusticia/>

⁶⁴ <https://www.snr.gob.ar/cud>

Es importante, tener en cuenta que en concordancia con lo que antes se expresó al desarrollar el término discapacidad, el hecho de ser titular de un Certificado único de Discapacidad no afecta la capacidad civil de la persona. No tiene per se relación alguna con el porcentaje o grado de invalidez, ni presupone incapacidad, ni se relaciona en forma alguna con significancia o declaración judicial de insanía o inhabilitación.

Por el contrario, sirve para acceder a un cúmulo de prestaciones y posibilidades que brinda el sistema protectorio de los derechos de las personas con discapacidad; y para el acceso a las prestaciones básicas que garantiza la propia Ley 24.901; y otras leyes. Beneficios entre los que se destacan: Ingreso a programas laborales; gratuidad para el traslado en transporte público de pasajeros; rehabilitación integral e interdisciplinaria; tratamiento médico especializado; gratuidad en los medicamentos que resultan prescritos para tratar su dolencia o afección; franquicia para la compra de automotores; reconocimiento de prestaciones y medicación crónica por parte de las obras sociales; etc.-

En la Provincia de Santa Fe, lo emite la Subsecretaría de Inclusión para Personas con Discapacidad.

El CUD (Certificado único de Discapacidad) posee una fecha de vencimiento que debería ser acorde a la evolución del diagnóstico y de las prestaciones que resultan necesarias de acuerdo a lo que determina la Junta Evaluadora que lo emite; quedando luego su renovación supeditada a una próxima evaluación. En cuanto a esto, se critica el hecho de que muchas veces, ante una situación de discapacidad que a todas luces resulta permanente e irreversible, igualmente se emite el Certificado con fecha de vencimiento, obligando a la persona a tramitar la renovación, cuando se sabe de antemano que su situación de discapacidad no se va a modificar. De esto no se entienden las razones, ni se encuentra una justificación valedera.

En cuanto a los extranjeros que habitan en nuestro país, se plantea el acceso a dicho Certificado y a todos los beneficios que el mismo representa⁶⁵. Al respecto, resulta interesante conocer que la Ley de Inmigración N° 25.871 prevé que los extranjeros que habite nuestro suelo tienen los mismos derechos que los ciudadanos

⁶⁵ www.migraciones.gov.ar/pdf-varios/campana-grafica/pdf/Libro-Ley-25.871.pdf

argentinos, teniendo por tanto acceso a la obtención del Certificado Único de Discapacidad (CUD), en condiciones de absoluta igualdad con nuestros nacionales.

7.- Artículo 2448: Situaciones de posible litigiosidad.

Dado que la norma no es terminante ni abraza un criterio objetivo en cuanto a como se determina la discapacidad, en tanto no exige ningún mínimo porcentual, no implica la exigencia del Certificado de Discapacidad, ni mucho menos una declaración judicial que determine su existencia, cabe preguntarnos que pasa cuando el causante, ya por medio de un fideicomiso⁶⁶, ya por medio de un testamento valido, “determina” que tal legitimario es discapacitado y dispone la mejora.

Probablemente se planteen conflictos intersubjetivos de intereses y consecuentemente reclamos judiciales, dado que a pesar de la similitud o coincidencia absoluta en como definen o identifican a la persona con discapacidad tanto la Ley Nacional N° 22.431⁶⁷ como el propio artículo 2448 del nuevo Código⁶⁸, en tanto que ambos sostienen que se tiene por discapacitados aquellos “*que padezcan una alteración funcional permanente o prolongada, ya física o mental, que en relación a su edad y medio social le implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral*”; pero mientras la ley exige para su comprobación, la tramitación del Certificado Único de Discapacidad, el artículo que instituye la mejora en beneficio del heredero con discapacidad no lo plantea. Y en este punto, a la luz de lo que dispone el artículo 2448, cabe volver a proponer interrogantes tales como ¿Cómo se acredita o se prueba entonces la discapacidad? ¿Es determinante poseer el Certificado Único de Discapacidad? Y teniéndolo, a los fines de lograr ser beneficiario de la mejora ¿Hay que además acreditar cuáles son esas desventajas considerables?.

Además ¿Qué pasa si tiene la persona una afección pero no Certificado Único de Discapacidad? ¿Y que si tiene certificado pero comparativamente con los demás legitimarios no se verifican las aludidas considerables desventajas? ¿Y qué si al momento de la muerte del causante, el beneficiado superó la afección? ¿Debe respetarse

⁶⁶ ORLANDI, Olga, “La legítima y sus modos de protección”, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009

⁶⁷ www.sgp.gov.ar/contenidos/onep/foros/ Ob Cit

⁶⁸ universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado/articulo-2448 Ob Cit

y es válida la mejora otorgada en vida del causante? En este sentido, entendemos que la discapacidad debe existir al momento de la apertura de la sucesión. También surge la necesidad de problematizar acerca de que es lo que ocurriría si algún tiempo después de logrado el beneficio, la persona deja de ser discapacitada. En previsión de ese supuesto ¿Puede plantearse la repetición total o parcial de la mejora estricta, por haber afectado ésta a las cuotas legítimas del resto?

Capítulo N° 4

“La mejora en favor del heredero con discapacidad: Antecedentes; proyectos y su novedosa inclusión en el Código Civil y Comercial” .

Sumario: 1.- Introducción 2.- La mejora: ¿instituto nuevo o no? 3.- La mejora en favor del heredero con discapacidad instituida en el Código Civil y Comercial, en sintonía con lo dispuesto por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 4.- Planteo al respecto del Proyecto que dio origen a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial. 5.- Mejora a favor del heredero con discapacidad. Desarrollo. 6.- La precitada mejora: ¿Opera ipso iure; es un derecho indeclinable de la persona discapacitada; o un derecho facultativo del testador? 7.- La mejora: ¿Implica necesariamente la afectación de 1/3 (un tercio) de la legítima a esos fines? 8.- Análisis de cómo la norma exceptúa al cónyuge. 9.- Artículo 2448: Descendientes o ascendientes con discapacidad, a estos efectos. 10.- Forma de otorgar la mejora.- 11.- Mejora otorgada a más de un beneficiario.-

1.- Introducción:

Como claramente se ha expuesto a lo largo de las líneas que preceden al presente capítulo, no quedan dudas de que, también en nuestro país, progresivamente se ha ido avanzando, sobre todo en los últimos años, en un andamiaje construido a partir del desarrollo de todo un sistema normativo que ha buscado garantizar la integración, promoción y protección de los derechos para las personas que padecen una discapacidad, imprimiéndoles a dichos derechos la calidad y característica de derechos humanos, lo que no es un dato menor, sino que por el contrario, le otorga características especiales.

Así, no solo buscan ser simples y elegantes declamaciones, sino que se trata de garantizar, desde sendas leyes, cada uno de los derechos que se otorgan.⁶⁹ Su pleno goce, con todo lo que ello implica y significa en relación al pleno ejercicio de las libertades individuales, al logro de una integración real en términos sociales, a partir de conceptos tales como participación, igualdad, libertad y autonomía para tomar propias decisiones, todo en el marco de una base sustentada en la llamada discriminación inversa, que es lo que finalmente posibilita todo esto, porque se trata de discriminar para mejorar la situación al diferente, y así posibilitarle ser parte en la sociedad en condiciones de plenitud y de igualdad. En este marco se inscribe el nuevo Código Civil y Comercial de la nación, al regular la mejora en beneficio del heredero con discapacidad.

2.- La mejora: ¿instituto nuevo o no?

Antes de abordar propiamente de la problemática que hace a “la mejora en favor del heredero con discapacidad”, es necesario mencionar que en el campo del derecho sucesorio, parece ser que la mejora no es un instituto nuevo. Esto se asevera, en tanto y en cuanto se sabe que el Código Civil anteriormente vigente mencionaba o preveía esta posibilidad, la mejora, aunque sin permitir, en absoluto, y sin ninguna excepción, la afectación de la llamada porción legítima.

⁶⁹ UGARTE, Luis Alejandro en www.derecho.uba.ar/investigacion/conclusiones-comision7-sucesiones.pdf

¿Se trataba realmente de una mejora? La confusa redacción del artículo 3524 del Código velezano, que habla de cláusula expresa de mejora, implica discrepancia de la doctrina en su interpretación⁷⁰

Más allá de que se insiste en que es necesario expresar que el Código velezano reconocía y autorizaba la institución de la mejora como posibilidad viable⁷¹, lo cierto analizando cabalmente la naturaleza, el sentido y la razón de ser de aquella institución, se discute si en realidad se trataba de una mejora o no, dado que permitía mejorar por testamento a los legitimarios, pero solo utilizando para ello la porción disponible, con lo que en verdad no operaba como mejora propiamente dicha, dado que, de lo libremente disponible se dispone libremente (aunque parezca esto un juego de palabras), y sin condicionamientos ni consecuencias que deban ser normadas. Así, aunque haya una norma que hable de la mentada mejora, esta no es tal en tanto y en cuanto debe dejar absolutamente a salvo a la legítima, asignando para ello solo la porción disponible, sea en beneficio de alguno de sus herederos legitimarios, o de un tercero cualquiera. En este sentido, la Dra. Dido Teresa Martínez Ledesma, expresa y refleja esto al sostener la idea de que la mejora a la que refiere el artículo 3605 del viejo Código Civil, en verdad no es una mejora⁷², ya que para mejorar a los herederos forzosos, solo cabe utilizar la porción disponible, más allá de lo que representa para cada uno su porción legítima (porción que no puede resultarles afectada por ser absolutamente indisponible).

En suma, vale decir entonces, que lo que el Código Civil entendía como mejora, era lo que podía plasmarse como posibilidad, y llevarse a cabo otorgándose a determinados herederos legitimarios, en tanto y en cuanto se extienda solo a la afectación de la porción disponible; sin poder entonces afectar ni en parte a la legítima.

En el mejor de los casos, hablamos de mejora impropia, y bien, más allá de la necesaria aclaración que se hizo, lo cierto es que no estaba estipulado ni previsto en el Código velezano, bajo ninguna circunstancia, que exista una posibilidad de mejora en favor de un heredero con discapacidad. Esto no era posible.

⁷⁰ MAFFÍA, Jorge O “Manual de Derecho Sucesorio” 4º Edición, Ed. Palma, Buenos Aires 1989

⁷¹ <http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil/articulo-3605.php>

⁷² MARTÍNEZ LEDESMA, Dido Teresa Ob Cit

3.- La mejora en favor del heredero con discapacidad instituida en el Código Civil y Comercial, en sintonía con lo dispuesto por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Generalidades: Puede afirmarse que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, tal como aseguran los que sostienen que la mejora como instituto ya existía, introduce entonces, no la mejora como figura novedosa o inédita, sino que introduce en todo caso la nueva modalidad que nos ocupa: la mejora en favor del heredero con discapacidad, modalidad que, vale aclarar, no solo resulta novedosa, sino que presenta varias particularidades y características, las que a lo largo de este trabajo abordaremos, siendo una de las más significativas, la que hace al fondo de la cuestión, que es la que permite la afectación en un tercio de la porción legítima para estos fines, obviamente, siempre y cuando existan y se comprueben ciertos requisitos y presupuestos legales, que son los que posibilitan su implementación y existencia en el caso concreto.

La mejora en favor del heredero con discapacidad, instituida en el Código Civil y Comercial, parece estar en sintonía con lo dispuesto por la Convención Internacional ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En efecto, nuestro país adhirió a la misma al ratificarla en el año 2008, mediante la sanción de la Ley Nacional N° 26.378,⁷³ y la modificación, más allá de la crítica que se plantea en relación a la exceptuación del cónyuge supérstite como potencial beneficiario, cosa que analizaremos posteriormente, en el desarrollo de este capítulo, se inscribe en el marco de la *“promoción y protección de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, con el objetivo de paliar la profunda desventaja social y promover su participación, con igualdad de oportunidades en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural (...)”*⁷⁴; e inequívocamente a su vez, en el compromiso asumido conforme a la mencionada ratificación, que recoge el Código acerca de que *“los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes”*.⁷⁵

⁷³ www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios.../ley_26378.pdf Ob Cit

⁷⁴ www.uba.ar/extension/universidadydiscapacidad/download/convencionddhh.pdf-Preámbulo

⁷⁵ *ibid* ídem-art 12.5

4.- Planteo al respecto, del anteproyecto que dio origen a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

En cuanto al planteo que hace el proyecto que dio origen a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sobre el tema que específicamente nos ocupa, (la mejora en favor del heredero con discapacidad), es importante destacar que el mismo auspicia la posibilidad de ampliar más aún la porción disponible, permitiendo al mismo tiempo una extraordinaria reducción de la legítima en un máximo de 1/3 (un tercio), como posibilidad voluntaria por parte del futuro causante, cuando existe uno o más herederos legitimarios con discapacidad, en las líneas ascendente o descendente; y así lo recepta el nuevo Código.

La mejora que prevé como posibilidad el artículo 2448⁷⁶ del Nuevo Código Civil y Comercial, es un mecanismo que permite proteger a quienes, por padecer una discapacidad, presentan un perfil de vulnerabilidad y desprotección en relación al resto de sus pares (los demás herederos que como legitimarios concurren junto a él porque son llamados a recibir la herencia). Pero... es importante tratar de dilucidar si esto es objetivamente lo que sucede en todos los casos, porque sin dudas existen uno o más parámetros objetivos, claros y contundentes que permiten otorgar el beneficio a aquel que simplemente reúna el requisito de ser legitimario con discapacidad, o si simplemente, esto que parece ser la regla, acepta sin embargo excepciones que pueden presentarse; las que son necesarias de tener en cuenta, atender y resolver de cara a la realidad casuística que puede presentarse.

5.- Mejora a favor del heredero con discapacidad. Desarrollo del análisis del instituto.

Más allá de la discusión que se abordó sobre si, más allá de la mención que hacía de ella el Código velezano, en verdad existía o no la mejora como institución, mostrando posiciones encontradas acerca de si era propiamente una mejora o no; lo

⁷⁶ www.saij.gob.ar/docs.../codigo/Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion-Art-2448 Ob Cit

cierto es que ahora, en el nuevo Código, el artículo 2448 presenta una novedad, la mejora en favor del heredero con discapacidad⁷⁷; la que ya no es una mejora impropia, sino que es una mejora en el sentido estricto, porque aquí para concederla se permite la afectación parcial de la legítima en un máximo de hasta 1/3 (un tercio) de la misma.

En efecto, cuando existe la voluntad del testador, y se da el presupuesto legal (la existencia del heredero legitimario ascendiente o descendiente con discapacidad), puede afectarse hasta un tercio de la porción legítima para mejorar la situación hereditaria de éste, o estos, si los beneficiarios resultan más de uno.

6.- La precitada mejora: ¿Opera ipso iure; es un derecho indeclinable de la persona discapacitada; o un derecho facultativo del testador?

Al ser una institución nueva, surgen distintos interrogantes que deben ser abordados. Así, cabe preguntarnos por ejemplo, si al producirse la apertura de la sucesión, y existir ascendientes o descendientes con discapacidad, la mejora opera *ipso iure*, es decir, de pleno derecho, sin necesidad de que el causante la haya instado; o si por el contrario, resulta necesario que el causante se haya expresado en tal sentido en vida mediante testamento.

Como respuesta a este interrogante, inequívocamente debe decirse que la mejora en favor del heredero con discapacidad no opera ni procede de pleno derecho, ni tampoco a su pedido. Solo es condición sine qua para que un heredero pueda ser mejorado, pero no presupone per se ningún privilegio, mejor derecho o prerrogativa respecto del resto de los que son llamados a recibir la herencia.

Así, si un heredero, supongamos, padece una discapacidad, por el solo hecho de ser legitimario y ser llamado, no recibirá mejora alguna; y de nada le sirve instar un reclamo al respecto para que esta se le otorgue en virtud de su situación de discapacidad.

⁷⁷ *ibid* ídem

La mejora dependerá absolutamente de la voluntad del testador, que es quien es el único que podrá disponer la mejora que dentro de los límites estipule, en beneficio de un determinado heredero con discapacidad. Tanto depende del testador, que incluso cabría la posibilidad, en el hipotético caso de que existiera más de un heredero con discapacidad, que bien podría el testamento mejorar a uno, mientras el otro solo llegue a recibir lo que la ley le asigne.

7.- La mejora: ¿Implica necesariamente la afectación de 1/3 (un tercio) de la legítima a esos fines?

Del artículo 2448⁷⁸ se desprende que el causante tiene la posibilidad, (siempre que se den los extremos y presupuestos que exige la ley), de decidir que se otorgue en concepto de mejora estricta en beneficio del heredero con discapacidad; 1/3 (un tercio) de la porción legítima.

Ahora bien, si efectivamente aquel dispone que se otorgue tal mejora, no será esta necesariamente de 1/3 (un tercio); sino que debe entenderse que el artículo habla de 1/3 (un tercio) como el máximo posible; pero que de ahí para abajo, el testador puede libremente decidir y disponer sobre la magnitud o proporción de la mejora.

Recordemos que la legítima mayor absorbe a la legítima menor. Dicho esto, y teniendo además en cuenta además que de acuerdo a lo que regula el nuevo Código, en líneas generales, y tal como lo declamaba la doctrina, podemos decir que la legítima decreció, afectando a los legitimarios⁷⁹, siendo actualmente la de los descendientes de 2/3 (dos tercios); la de los ascendientes de 1/2 (un medio); y la del cónyuge supérstite (que continúa igual) de 1/2 (un medio); ese pretendido máximo posible de 1/3 (un tercio) de la porción legítima para asignar como mejora en beneficio del heredero con discapacidad implica una variación en más o en menos, dependiendo precisamente de si estamos hablando de una legítima de 2/3 (dos tercios) de la herencia; o de una de 1/2 (un medio). Entonces, dependerá del porcentaje que constituye la legítima que corresponde al caso concreto; y de ahí, de la decisión del testador que puede asignar

⁷⁸ *ibid ídem*

⁷⁹ AZPIRI, Jorge O. Ob Cit

como mejora estricta hasta un máximo de 1/3 (un tercio) de dicha porción legítima a estos fines.

Cuando opera una mejora en beneficio de heredero con discapacidad: ¿Es condición *sine qua* que se asigne al mismo beneficiario también la porción disponible?

Sabemos que la porción disponible, tal como su nombre lo indica, es el porcentaje de la herencia del que, por disposición de la ley, el testador tiene libre disponibilidad. Así las cosas, esa parte de la herencia puede asignarse a cualquiera, sin necesidad de que se trate de un pariente, y mucho menos de un legitimario.

Ahora bien, dicho esto, parecería no tener sentido el interrogante que nos planteamos, acerca de si es condición *sine qua* asignar la porción disponible a quien a su vez se beneficia con la mejora por discapacidad. Pero la pregunta resulta necesaria, en tanto este interrogante surge de la redacción del propio artículo 2448⁸⁰ en cuanto dice “El causante puede disponer (...), además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. (...)”

Véase que es precisamente el término “además”⁸¹, el que crea en algún sentido confusión y un sesgo de ambigüedad en cuanto al sentido de la norma, en tanto y en cuanto podría interpretarse que al heredero con discapacidad, *además* de otorgársele la disponible, puede otorgársele la mejora estricta prevista en el artículo.

Sin embargo, a esto hay que darlo terminantemente por tierra; dado que debe entenderse, que el 2448, al decir “además de la porción disponible”, simplemente pretende hacer referencia e indicar que el testador también puede “disponer” de una parte porción de la legítima, la que por regla es estricta e inalienablemente indisponible

⁸⁰ www.saij.gob.ar/docs.../codigo/Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion-Art-2448 Ob Cit

⁸¹ *ibid* ídem

por ser cuestión de orden público; pero nada impide, que asigne la porción disponible a cualquier persona; y opte a su vez por “disponer” de esta mejora estricta en favor de un determinado heredero con discapacidad.

En definitiva, para reforzar el sentido del presente análisis, véase que sin dudas la doctrina que se impone, y el espíritu del nuevo Código Civil y Comercial abraza en derecho sucesorio, el principio de autonomía de la voluntad, que es lo que llevó a que el nuevo texto normativo haya dispuesto en líneas generales, un aumento de la porción sobre la que el testador tiene libre disponibilidad, en claro detrimento de la que por ley resultaba indisponible (la legítima hereditaria). Si fuera entonces condición *sine qua* que se asigne al mismo beneficiario también la porción disponible, esta estaría de alguna manera dejando de ser de libre disponibilidad, (porque no podría, dado el caso, ser dispuesta en beneficio de nadie que no sea el heredero con discapacidad al que además se otorga la mejora estricta que afecta parte de la legítima), atentando así contra lo que la doctrina actual y el propio Código Civil y Comercial de la Nación decididamente formulan, proponen y determinan, en un marco que reconoce y consagra la autonomía de la voluntad en una forma mucho más gravitante.

Dicho todo esto, resulta sin embargo reconocer que algunos autores, como por ejemplo Azpiri, señalan exactamente lo contrario, al sostener que del 2448 surge inequívocamente que en estos casos, sí o sí, debe otorgarse también la disponible al mismo beneficiario de la mejora estricta que nos ocupa.⁸²

8.- Análisis de cómo la norma exceptúa al cónyuge.

Finalmente, es importante tener en cuenta e insistir en el hecho de cómo la norma exceptúa al cónyuge⁸³, lo que puede entenderse como una falta de igualdad ante la ley, o una inequidad.

⁸² AZPIRI, Jorge O. Ob Cit

⁸³ www.saij.gob.ar/docs.../codigo/Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion-Art-2448 Ob Cit

Esto puntualmente tiene que ver con que mientras que por un lado este tipo de mejora potencialmente solo puede operar en favor de legitimarios descendientes o ascendientes con discapacidad, por el otro no es posible beneficiar a un cónyuge supérstite discapacitado, por más vulnerabilidad que éste presente, y por más que el testador decida expresamente establecer el beneficio en su nombre.

En efecto, el artículo 2448 no contempla la mejora en favor del cónyuge supérstite siendo este otro claro oscuro que seguramente movilizará a doctrinarios y profesionales a argumentar en uno u otro sentido, y porque no, a proponer soluciones, alternativas y cambios al respecto.

La norma habla de ascendientes y descendientes con discapacidad, pero nada dice ni prevé ni posibilita en beneficio del cónyuge supérstite con discapacidad. Así, el artículo 2448 al omitir mencionarlo, exceptúa al cónyuge de este beneficio; y se considera que no puede sostenerse esto en el hecho de que hay otros institutos que prevén distintos tipos de protección para el cónyuge supérstite; porque en términos de cónyuge supérstite con discapacidad, la ley no trata ni regula en términos de igualdad; y así, si existiera la convicción de parte del testador, por ejemplo de mejorar post mortem a quien fue su compañera durante toda una vida y hoy padece de una discapacidad que la hace una persona vulnerable, no puede hacerlo echando manos a este instituto.

Esta disquisición involucra controversias y probablemente va a generar reclamos; y sin lugar a dudas, desde el vamos se infiere la necesidad de replantear lo que a *prima facie*, parece englobar todo un panorama de falta de igualdad ante la ley.

Es que por presentar el artículo 2448 una protección que abarca solo a legitimarios descendientes o ascendientes, mientras no menciona como potencial beneficiario de la mejora en beneficio del heredero con discapacidad al cónyuge supérstite; deja a este en una inequívoca posición de desventaja y de desprotección ante una situación puntual que puede verificarse como injusta.⁸⁴

⁸⁴ *ibid* ídem

Así las cosas, y plasmada la mejora como válida posibilidad en el nuevo Código, no se vislumbra un motivo, razón o valedera circunstancia que justifique la imposibilidad de que el causante pueda intentar, más allá de la disponible, aumentar por *propio motus* la protección a su propio cónyuge, por lo que en líneas generales, no es posible compartir ni comprender la determinación del legislador al plantear esta exclusión.

9.- Artículo 2448: Descendientes o ascendientes con discapacidad, a estos efectos.

La disposición potencialmente hablando, alcanza a descendientes o ascendientes con discapacidad, pero nos obliga al necesario examen de los alcances y requisitos para que la mejora pueda concretarse y surta efectos jurídicos para quien fue sindicado como beneficiario en el caso concreto.

Para esto, a su vez, debe respetarse, y procederse, de acuerdo y en plena concordancia por un lado, con la regla que hace al orden de preferencias por líneas; y por el otro, con la regla que determina que dentro de la línea que resultó preferente, los parientes de grado más próximo excluyen a los de grado más remoto. Solo entonces, el ascendiente o el descendiente con discapacidad podrá ser acreditado como beneficiario. Caso contrario, la cláusula que en el testamento lo sindicó como tal no surtirá efecto alguno, porque finalmente, el potencial beneficiario ni siquiera resultó llamado a recibir la herencia.

Para desarrollar este punto, es importante hacer un somero análisis que parta de una hipotética situación que se propone a los fines ilustrativos: ¿Que pasaría por ejemplo, si el testador, determinó como beneficiario de la mejora estricta prevista en el 2448 a su padre, quien padece de una discapacidad reconocida legalmente, mientras que es perfectamente observable y demostrable incluso, el grado de vulnerabilidad que presenta; pero a su vez el causante tiene un hijo?.

Véase que, en concordancia con lo que el artículo 2448 prevé, contempla y parece disponer, el padre del causante resulta ser un ascendiente, y en el caso que nos ocupa, se trata sin lugar a dudas de un heredero con discapacidad. Incluso hablamos de que está inequívocamente dentro de la categoría que la ley entiende como herederos legitimarios; y hay un aquí, un testamento que asigna una mejora estricta a su favor. Pero ¿Puede operar esta mejora en su favor?...

La norma reglada en el 2448, prevé y contempla una situación novedosa y particular, al decir que el testador dispone “*además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad*”⁸⁵. Bien, lo cierto es que por un lado, debe observarse y tenerse firmemente en cuenta que el elemento literal puede prestarse a interpretaciones equívocas, dado que dice que podrá operar en favor de “descendientes o ascendientes con discapacidad”. Parecería desprenderse de esta afirmación que la decisión ha de resultar facultativa para el testador, que se la podría asignar libremente a un descendiente o a un ascendiente con discapacidad, de acuerdo a su simple decisión, pero no es así.

Sin lugar a dudas, lo dispuesto por el artículo 2448 debe ser integrado, amalgamado y enmarcado dentro del sistema integral en el que existen múltiples normas de orden público que constituyen y conforman nuestro derecho sucesorio. Por tanto, máxime cuando por tratarse de una mejora estricta, resulta con su otorgamiento extraordinariamente afectada una porción de la legítima hereditaria, no pueden obviarse las reglas básicas de dicho derecho sucesorio. A saber, por un lado, la que marca que los herederos de determinada línea preferente, tienen, valga la redundancia terminológica, preferencia por sobre otros parientes que pertenecen a las otras líneas y por ende los excluyen; y la que dispone que dentro de la que resultó ser la línea preferente, el pariente de grado más próximo excluye al de grado más lejano.⁸⁶

⁸⁵ *ibid ídem*

⁸⁶ ZANNONI, Eduardo A. Ob Cit

Así las cosas, debemos, antes que nada, verificar si quien resulta sindicado como potencial beneficiario de la mejora en favor del heredero con discapacidad es llamado a recibir la herencia. Es decir, si al momento de la muerte, apertura y transmisión actualiza su vocación hereditaria. Porque si esa vocación eventual que a *prima facie* tenía, no se transformó en vocación actual, por no existir un llamamiento concreto, (el que se da por pertenecer esa persona a la línea que resulta preferente; y por no tener dentro de dicha línea, respecto del causante, parientes de grado más cercano), no será posible que la mejora opere, porque finalmente, el potencial beneficiario de la misma no resultó siquiera heredero.

Es que, como es sabido, existiendo por ejemplo descendientes, estos, por el solo hecho de pertenecer al llamado “primer orden sucesorio o línea preferente”, desplazan en sus potenciales derechos sucesorios a los ascendientes, los que por su parte, ocupan o pertenecen al segundo orden sucesorio, mientras existiendo los primeros, quedan excluidos del llamamiento concreto a recibir la herencia.

Y como se dijo, esto no es todo, porque teniendo ya identificada la línea preferente, será necesario verificar inmediatamente luego de ello (propongamos aquí por ejemplo que se probó que el beneficiario pertenece a la línea descendente), si existen parientes de grado más cercano que él. Esto es simplemente porque, habiendo identificado cual es la línea preferente, dentro de ella, corresponde aplicar otra regla propia del derecho sucesorio, la que determina que dentro de esa línea preferente, el pariente de grado más próximo excluye al de grado más lejano.

Así las cosas, si la mejora se planteó por ejemplo en beneficio de un nieto con discapacidad, pero resulta que a su vez existen hijos del causante, aquel va a ser desplazado en su derecho de potencial heredero. Ni siquiera va a heredar, y mucho menos por ende, va a resultar finalmente beneficiado por la mejora que como heredero con discapacidad, se planteó en su nombre.

En conclusión, ante la pregunta de ¿Qué pasaría si además del ascendente al que determinó beneficiario de la mejora en favor del heredero con discapacidad, existieran al

momento de la apertura de la sucesión uno o más hijos? La respuesta debe decir que primero debemos partir teniendo en cuenta el orden de preferencia por líneas... Sabemos que dentro del sistema romano que abraza nuestro derecho sucesorio, (y lo vemos con absoluta claridad en el caso de la actuación supletoria de la ley cuando hablamos de sucesiones intestadas) tenemos un orden de preferencia por líneas; que es la primera de las reglas que rigen la sucesión, al determinar el siguiente orden de prelación excluyente: ascendientes, descendientes y colaterales.⁸⁷

En este sentido, se puede decir que, dentro de todos los que tienen una vocación eventual, unos, por pertenecer a la línea preferente, tienen a partir del momento de la muerte el llamamiento o su vocación actualizada para recibir la herencia.

En el marco de esta lógica, la descendente resulta ser precisamente la línea preferente; por lo que quienes, en vez de pertenecer a la línea descendente, pertenecen a la línea ascendente, resultarán excluidos de recibir la herencia, y solamente actualizarán su vocación, solo a falta de descendientes (recién ahí estarían siendo llamados a recibir la herencia, al tiempo que su vocación eventual se transforma en vocación actualizada).

Así, una cosa es la eventual vocación que la ley asigna a ascendientes o descendientes con discapacidad⁸⁸; y otra absolutamente diferente, es la vocación actual que como condición *sine qua* ese heredero debe tener para que finalmente, de haber sido prevista por el testador, opere en su nombre la mejora estricta en beneficio del heredero con discapacidad.

En conclusión, la mejora estricta contenida en la norma, solo resulta aplicable cuando aquel beneficiario al que contempló el testador, al momento de la muerte tiene discapacidad y vocación actual.

⁸⁷ *ibid* ídem

⁸⁸ www.saij.gob.ar/docs.../codigo/Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion-Art-2448 Ob Cit

10.- Forma de otorgar la mejora.-

El artículo 2448 habilita al testador, futuro causante, a disponer la mejora “*por el medio que estime conveniente*” para inmediatamente agregar “*incluso mediante un fideicomiso*”⁸⁹.

Sin lugar a dudas la norma establece un criterio muy amplio a la hora de permitir disponer de esta mejora en favor del heredero con discapacidad por el medio que resulte o se considere más conveniente. Aclarando, que incluso puede otorgarse por fideicomiso, tal vez porque solo de él se hablaba en las propuestas doctrinarias. Así, el fideicomiso es solo una más de esas posibles maneras de otorgar la mejora, pero obviamente, no la única.

Así también podría otorgarse esa mejora en forma de alimentos, mediante un legado de cosa cierta y determinada, o por medio de una indivisión forzosa, o porque no a través de un derecho de habitación. Seguramente, algunas de estas posibles formas de otorgar la mejora harán más dificultoso merituar la cuantificación, pero nada obtura que sean llevadas adelante.

11.- Mejora otorgada a más de un beneficiario.-

En el caso hipotético de que existan dos o más beneficiarios designados por el testador perfectamente, deberá otorgarse la mejora en la proporción fijada para cada uno de ellos, siempre y cuando tengan vocación hereditaria actualizada al momento de la muerte.⁹⁰

No hay una fórmula al respecto, sino que en un caso como el que aquí se propone, el testador determinará las cuotas de la manera que lo crea más conveniente, obviamente enmarcándose en los límites que el propio artículo determina. Pero sin lugar a dudas, no necesariamente cada heredero con discapacidad deberá recibir una misma proporción; sino que la mejora será asignada de acuerdo a lo que dentro de los límites permitidos,

⁸⁹ www.sajj.gob.ar/docs.../codigo/Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion-Art-2448 Ob Cit

⁹⁰ OLMO, Juan Pablo Ob Cit

haya decidido el benefactor⁹¹. Dichos límites, deben enmarcarse en lo que determina el artículo que introduce la mejora, no pudiendo por tanto superar del tercio (1/3) de las porciones legítimas, para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad.⁹²

⁹¹ *ibid ídem*

⁹² www.saij.gob.ar/docs.../codigo/Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion-Art-2448 Ob Cit

Capítulo N° 5

“Propuesta superadora: Reforma del artículo 2448 del Código Civil y Comercial”

Sumario: 1.- Introducción 2.- Crítica al artículo 2448 del Código Civil y Comercial. Cuestiones puntuales y propuesta de modificación.

1.- Introducción:

El desarrollo de cada uno de los capítulos que constituyen este Trabajo Final, fue conformando toda una perspectiva integral de abordaje del instituto denominado “*mejora en beneficio del heredero con discapacidad*”.

Después de un análisis profundo y comprometido, se desarrollaron las fortalezas y debilidades de la norma⁹³, así entendidas al menos desde la visión del autor.

Por ello, como colofón del presente, en esta última sección, se procederá a elevar una propuesta superadora, que permita perfeccionar la redacción del artículo 2448 del Código Civil y Comercial, en dos aspectos puntuales, para que sea más preciso, amplio y abarcativo, y en consecuencia más justo.

2.- Crítica al artículo 2448 del Código Civil y Comercial. Cuestiones puntuales y propuesta de modificación.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el marco del Libro Quinto: Transmisión de derechos por causa de muerte, en el Título X: Porción legítima, presenta el novedoso artículo 2448⁹⁴, que introduce en nuestro medio el instituto de *la mejora a favor de heredero con discapacidad*.

Artículo 2448. 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.

Como crítica final a lo que dicha redacción dispone, se observan algunos aspectos básicos que se deben remarcar.

⁹³ www.saij.gob.ar/docs.../codigo/Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion-Art-2448 Ob Cit

⁹⁴ *ibid* ídem

El primero de ellos, es el que tiene que ver con el instituto de la *mejora en beneficio del heredero con discapacidad* implica una sensible excepción al principio de indisponibilidad de la legítima, tan caro al orden público. Esto no cambia por más que se haya planteado la disminución de las mismas. Así, la mejora estricta en favor de uno o más herederos con discapacidad, necesariamente opera en detrimento de los derechos de quienes por su calidad de legitimarios concurren junto a él a recibir sus cuotas legítimas, con la reducción que ello presupone. Por ello, hay que ser muy cuidadosos, agotando las garantías que se sustentarán en la reforma propuesta, sin obturar por ello lo que el principio de solidaridad familiar⁹⁵ presupone y tuitivamente abraza.

En efecto, véase que el artículo 2444 determina que los legitimarios (ascendientes, descendientes y cónyuge) “*tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos entre vivos a título gratuito*”; pero que sin embargo, inmediatamente luego, el artículo 2448, posibilita la afectación de un tercio de esta porción indisponible, cuando el testamento pretende una mejora estricta “*en beneficio de un heredero con discapacidad*”.

En este sentido, se considera que el instituto tuitivo, en la mayoría de los casos resulta bien aplicado, porque quien mejor que el causante para decidir que un legitimario con discapacidad necesita ser mejorado. Pero, como para esto necesariamente se afectan las cuotas legítimas de quienes concurren junto al heredero con discapacidad a recibir la herencia, se hacen necesarios introducir parámetros objetivos definitivamente claros que permitan discernir absolutamente a ciencia cierta y sin dudas, si el beneficiario se encuentra no solo en una situación de discapacidad, sino que además, como condición indispensable y esencial, si esa situación de discapacidad, se halla agravada por factores concurrentes que representen vulnerabilidad, fragilidad, y debilidad probadas respecto al resto de los que concurren junto a él a recibir sus cuotas legítimas, dado que, como se dijo, estas necesariamente resultarán afectadas por la medida.

⁹⁵ MILLÁN, Fernando Blogspot.com.ar/2012/07/el-principio-de-solidaridad-familiar.html

En segundo lugar, véase que la norma⁹⁶ solo posibilita ser beneficiarios de la mejora a ascendientes o descendientes con discapacidad, excluyendo por omisión, sin argumentos valederos que así lo justifiquen, al cónyuge supérstite. De esta manera, mientras que son legitimarios los ascendientes, descendientes y el cónyuge; solo pueden ser objeto de la protección que el instituto brinda, los dos primeros.

Por ello, se considera que sería justo introducir la extensión del potencial beneficio, pudiendo alcanzar tuitivamente al cónyuge supérstite; siempre y cuando se observen los mismos extremos enunciados en el punto anterior (que se encuentre no solo en una situación de discapacidad, sino que además, como condición indispensable y esencial, esa situación de discapacidad, se halle agravada por factores concurrentes que representen vulnerabilidad, fragilidad, y debilidad probadas respecto al resto de los que concurren junto a él a recibir sus cuotas legítimas).-

⁹⁶ www.saij.gob.ar/docs.../codigo/Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion-Art-2448 Ob Cit

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- www.sde.gob.ar/justicia/cuadrocomparativo
- MARTÍNEZ LEDESMA, Dido Teresa “Derecho sucesorio. La sucesión ab intestato” Rosario, Talleres Gráficos Tecnigráfica, 2004
- [http://www.saij.gob.ar/olga-orlandi-vulnerabilidad-derecho-sucesorio-mejora-al-ascendiente-descendiente-discapacidad- la solución en el derecho español](http://www.saij.gob.ar/olga-orlandi-vulnerabilidad-derecho-sucesorio-mejora-al-ascendiente-descendiente-discapacidad-la-solucion-en-el-derecho-espanol)
- www.biblioteca.jus.gov.ar/recursos-codigos.html
- <http://www.cfna.org.ar/agenda-y-jornadas/jornadas-nacionales-de-derecho-civil>
- www.saij.gob.ar/docs.../codigo/Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion-Art-2448
- brd.unid.edu.mx/recursos//justicia-romana.pdf
- www.saij.gob.ar/docs.../codigo/Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion
- www.dab.com.ar/articulos/la-humanización-del-derecho-privado.aspx
- www.derecho.uba.ar/.../los-tratados-internacionales-en-la-constitucion
- fubipa.org.ar/wp-content/uploads/2016/01/CUD.pdf
- universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado/articulo-2448
- OLMO Juan Pablo “La mejora a favor del heredero con discapacidad” LA LEY 27/10/2015.
- www.notarfor.com.ar/codigo-civil-comercial.../articulo-2644.php
- www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2014/03-05/c97048.doc
- <http://www.nuevocodigocivil.com>
- ZANNONI, Eduardo A. “Manual de Derecho de las Sucesiones” 4° Edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2004
- GONZÁLEZ ACUÑA, Gerónimo Apuntes de Cátedra
- MAFFÍA, Jorge O “Manual de Derecho Sucesorio” 4° Edición, Ed. Palma, Buenos Aires 1989
- www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos - La ausencia y la ley 14.394
- BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Sucesiones", Tomo I, 7° Edición Actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1994
- CÓRDOBA, Marcos Jornadas “El derecho sucesorio en la transición” en maestrosdelderecho.com.ar
- Políticas públicas en salud mental : de un paradigma tutelar a uno de derechos humanos / compilado por Malena Arriagada ; Leticia Ceriani ; Valeria Monópoli. – 1° Edic. - Bs As : Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos, 2013.
- <http://revista.cpacf.org.ar>- Revista Digital del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal N° 107
- FORNIELES, Salvador, “Tratado de las sucesiones”, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina S.A., Cuarta Edición, 1958.
- PÉREZ LASALA, José Luis, “Curso de derecho sucesorio”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998.
- universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado
- AZPIRI, Jorge O., Incidencias del Código Civil y Comercial –Derecho sucesorio -, N° 9, Hammurabi, Buenos Aires 2015
- www.biblioteca.jus.gov.ar/recursos-codigos.html Proyecto de Código Civil para la República Argentina (1998)
- ROMERA PALERMO, Alejandro, en SEGUNDO CONGRESO VIRTUAL "Integración sin Barreras en el Siglo XXI" - DISCAPACIDAD: ASPECTOS LEGISLATIVOS BÁSICOS

- <http://www.unsj.edu.ar/descargas/institucional/comisionDiscapacidad/modeloMedicoSocial.pdf>
- www.geocities.ws/deflox/8conc.htm - O.M.S. definiciones: deficiencia, discapacidad, minusvalía.
- www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios.../ley_26378.pdf
- www.sgp.gov.ar/contenidos/onep/foros/.../Sist-Proct-Integral-Pers-Discapacitadas.pdf.
- LLAMBÍAS, Jorge J. Tratado de Derecho Civil. Parte General, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1961
- SPOTA, Alberto G. Tratado de Derecho Civil. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1948
- ORGAZ, Alfredo Conf. Personas individuales, Depalma, Buenos Aires, 1946
- www.notarfor.com.ar/codigo-civil-comercial-unificado/articulo-32.php
- <https://www.poder-judicial.go.cr/accesoalajusticia/>
- <https://www.snr.gob.ar/cud>
- www.migraciones.gov.ar/pdf-varios/campana-grafica/pdf/Libro-Ley-25.871.pdf
- ORLANDI, Olga, “La legítima y sus modos de protección”, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009
- UGARTE, Luis Alejandro en www.derecho.uba.ar/investigacion/conclusiones-comision7-sucesiones.pdf
- MAFFÍA, Jorge O “Manual de Derecho Sucesorio” 4° Edición, Ed. Palma, Buenos Aires 1989
- <http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil/articulo-3605.php>
- www.uba.ar/extension/universidadydiscapacidad/download/convencionddhh.pdf-Preámbulo
- MILLÁN, Fernando Blogspot.com.ar/2012/07/el-principio-de-solidaridad-familiar.html

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

- AZPIRI, Jorge O., Incidencias del Código Civil y Comercial –Derecho sucesorio -, N° 9, Hammurabi, Buenos Aires 2015
- BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Sucesiones", Tomo I, 7° Edición Actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1994
- CÓRDOBA, Marcos Jornadas “El derecho sucesorio en la transición” en maestrosdelderecho.com.ar
- FORNIELES, Salvador, “Tratado de las sucesiones”, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina S.A., Cuarta Edición, 1958.
- LLAMBÍAS, Jorge J. Tratado de Derecho Civil. Parte General, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1961
- MAFFÍA, Jorge O “Manual de Derecho Sucesorio” 4° Edición, Ed. Palma, Buenos Aires 1989
- MARTÍNEZ LEDESMA, Dido Teresa “Derecho sucesorio. La sucesión ab intestato” Rosario, Talleres Gráficos Tecnigráfica, 2004
- OLMO Juan Pablo “La mejora a favor del heredero con discapacidad” LA LEY 27/10/2015
- ORGAZ, Alfredo Conf. Personas individuales, Depalma, Buenos Aires, 1946
- ORLANDI, Olga, “La legítima y sus modos de protección”, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009
- PÉREZ LASALA, José Luis, “Curso de derecho sucesorio”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998.
- SPOTA, Alberto G. Tratado de Derecho Civil. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1948
- UGARTE, Luis Alejandro en www.derecho.uba.ar/investigacion/conclusiones-comision7-sucesiones.pdf
- ZANNONI, Eduardo A. “Manual de Derecho de las Sucesiones” 4° Edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2004

ÍNDICE

1- Dedicatorias y Agradecimiento.....	1
2- Resumen.....	2
3- Palabras Claves.....	3
4- Estado de la cuestión	4
5- Marco Teórico.....	7
6- Introducción.....	10

CAPÍTULO I

“Introducción a la problemática que hace a la mejora en favor del heredero con discapacidad: Breve desarrollo e ilustración de conceptos básicos”.

1.- Introducción	17
2.- Conceptos y cuestiones preliminares.....	18
2.1.- Sucesión.....	19
2.2.- Herencia.....	21
2.3.- Elementos de la relación jurídico hereditaria	22
2.4.- Causante	23
2.5.- Sucesores.....	25
2.5.1.- Herederos y Legatarios	25
2.6.- Mejora	26
2.7.- Capacidad	28
2.7.1.- Capacidad para suceder.....	28
2.7.2.-Diferencia con la capacidad general.....	28
2.7.3.- La capacidad general y las incapacidades según el código de Vélez.....	28
2.7.4.- Sistema de capacidad general según el nuevo Código Civil y Comercial...31	

CAPÍTULO II

“Breves consideraciones sobre la legítima hereditaria”

1.- Introducción	34
2.- Concepto y consideraciones.....	35
3.- Porcentaje de afectación antes y después del nuevo Código.....	37
4.- La protección de la legítima.....	38
5.- Permisi3n de afectaci3n de la legítima.....	38

CAPÍTULO III“Aspectos relacionados con el concepto de discapacidad”.

1.- Introducci3n	42
2.- Discapacidad. Del modelo m3dico hacia el modelo social.	42
2.1.- La concepci3n tradicional.....	42
2.2.- La evoluci3n del t3rmino hacia una nueva concepci3n	45
3.- Ley 22.341. Aspectos b3sicos.....	46
4.- Discapacidad: Diferencia con el concepto de incapacidad	48
5.- Vulnerabilidad	51
6.- Certificado 3nico de Discapacidad.	51
7.- Situaciones de posible litigiosidad.....	53

CAPÍTULO IV“La mejora en favor del heredero con discapacidad: Antecedentes; proyectos y su novedosa inclusi3n en el C3digo Civil y Comercial”.

1.- Introducci3n.....	56
2.- La mejora: ¿instituto nuevo o no?.....	56
3.- La mejora en favor del heredero con discapacidad instituida en el C3digo Civil y Comercial, en sintonía con lo dispuesto por la Convenci3n Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	56
4.- Planteo al respecto del Proyecto que dio origen a la sanci3n del nuevo C3digo Civil y Comercial	59

5.- Mejora a favor del heredero con discapacidad. Desarrollo.....	59
6.- La precitada mejora: ¿Opera ipso iure; es un derecho indeclinable de la persona discapacitada; o un derecho facultativo del testador?.....	60
7.- La mejora: ¿Implica necesariamente la afectación de 1/3 (un tercio) de la legítima a esos fines?.....	61
8.- Análisis de cómo la norma exceptúa al cónyuge.....	63
9.- Artículo 2448: Descendientes o ascendientes con discapacidad, a estos efectos.....	65
10.- Forma de otorgar la mejora	69
11.- Mejora otorgada a más de un beneficiario.....	69

CAPÍTULO V

“Propuesta superadora: Reforma del artículo 2448 del Código Civil y Comercial”

1.- Introducción.....	72
2.- Crítica al artículo 2448 del Código Civil y Comercial. Cuestiones puntuales y propuesta de modificación.	
 BIBLIOGRAFÍA GENERAL	75
BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL	76
ÍNDICE	77