

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SEDE REGIONAL ROSARIO
CARRERA ABOGACIA



**INCLUSIÓN DEL CÓNYUGE SUPERSTITE EN LA MEJORA
PARA HEREDERO CON DISCAPACIDAD**

TUTOR: DR. GERONIMO MARTINEZ

ALUMNA: MARÍA FLORENCIA WOLF

Mail: florrcc@hotmail.com

Teléfono: 0341-153453718

Año: 2019

AGRADECIMIENTOS

Mi paso por la carrera tuvo altos y bajos, muchas veces fue una montaña rusa de emociones y por quiero agradecer primero a mi gran compañera y amiga Mayra, con la que pasamos tantas tardes y noches en vela; a mi familia y amigos que de alguna y otra manera me acompañaron en todos estos años; también a mis profesores Gerónimo y Dido que me han ayudado en ocasiones muy importantes para mí. A todos ellos gracias de corazón.

RESUMEN

Por medio de este trabajo, nos proponemos realizar un estudio del tema seleccionado, para poder lograrlo planteamos distintos conceptos e instrumentos jurídicos indispensables para la investigación y abordaje del mismo.

Por el mismo desarrollaremos la inclusión del cónyuge a la mejora del heredero con discapacidad, que en la actualidad no se encuentra regulado en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación. Parte de la doctrina establece que no es necesaria dicha inclusión ya que al cónyuge se le atribuye por derecho el 50% de la herencia del causante como socio sobre los bienes gananciales y concurre con ascendientes y/o descendientes sobre los bienes propios del antes mencionado y también se le da el derecho a habitación de forma vitalicia. Por todo lo expuesto, consideran que no es necesario realizar una mejora estricta a favor de ellos.

A nuestro entender, el cónyuge en este caso se encuentra en una situación desventajosa en relación a los otros herederos, porque padece una discapacidad que le dificulta o impide insertarse en la vida laboral, educacional, social; es por este motivo que consideramos indispensable su inclusión a la figura de mejora del heredero con discapacidad.

Hay autores que sostienen que de esta forma se lesionaría la legítima de los descendientes o ascendientes, ya que se reduciría para poder beneficiar al cónyuge discapacitado; pero a diferencia de esta postura entendemos que no se le puede dar trato igual a los desiguales, por este motivo planteamos su incorporación.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

Los comienzos del Derecho Sucesorio surgieron del Derecho Romano, de allí se han tomado conceptos, acciones y fundamentos que han ido evolucionando con el correr de los años, pero que sirvieron como base para gran parte de nuestro actual. En nuestro país el Derecho Sucesorio se encuentra regulado en el Libro Quinto del Código Civil y Comercial de la Nación.

En lo que respecta a nuestra propuesta, la mejora ha sido regulada en un primer momento en el Código Civil derogado, hoy el Código Civil y Comercial mantiene la mejora establecida en aquél y agrega como novedad la mejora estricta a herederos con discapacidad.

Respecto a este punto, encontramos el derecho español, sistema que rige la mejora en su Art. 808, este se ha tomado como referencia para regular la misma en nuestro derecho.

En nuestro ordenamiento jurídico se contempla en la Ley 22.431 (Sistema de Protección Integral de Personas con Discapacidad).

JUSTIFICACIÓN

El Derecho Sucesorio es una institución con caracteres propios, un régimen especial del Derecho Privado que regula los efectos jurídicos que se producen luego de la muerte de una persona. La ley les otorga a determinadas personas próximas al causante una porción legítima de la cual no pueden ser privados y el causante cuenta con una porción de libre disposición.

Elegimos la propuesta de inclusión del cónyuge discapacitado al Art. 2448 CCyC que establece la mejora a favor del heredero discapacitado, ya que el mismo solo abarca a ascendientes y descendientes, el motivo de esta elección es que consideramos fundamental la protección del cónyuge discapacitado, incorporando en la norma, el mismo se encuentra en una situación de desventaja frente a los otros herederos, nos basamos en el principio de no discriminación, trato digno, igualdad ante iguales y solidaridad familiar.

Frente a la pérdida del causante, persona que asistía al cónyuge económicamente, cubriendo sus necesidades para transitar su estado de salud se encontraría en una situación de vulnerabilidad, entonces la incorporación al Art. 2448 CCyC le daría la posibilidad de mejorar esta condición, dándole así tranquilidad, tanto al causante como al cónyuge sobreviviente, pudiendo este asegurarle una mayor protección para transitar su estado de salud lo más digno posible.

OBJETIVOS

1. Estudiar la libertad para testar y sus restricciones
2. Analizar la mejora hecha a favor del heredero con discapacidad
3. Considerar los sistemas sucesorios
4. Realizar una propuesta de inclusión del cónyuge discapacitado en el Art. 2448 CCyC.

MARCO TEÓRICO

Siguiendo a Herrera (2015), denomina “la sucesión como la continuación de alguien o algo en lugar de otra persona o cosa, jurídicamente el derecho de una persona se transmite a otra, de modo tal que esta sustituye a aquel en una relación jurídica de la que era titular”.

Apertura de la sucesión, según el Art. 2277 CCyC determina que la muerte real o presunta de una persona causa la apertura de la sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por ley o por testamento. Si el testamento dispone sólo parcialmente de los bienes, el resto de la herencia se defiere por la ley.

Contenido de la herencia, Herrera establece que se transmite una unidad abstracta de activos y pasivos, derechos y obligaciones, una universalidad en donde los herederos se subrogan en la posición jurídica del causante. Según la misma autora, el heredero es continuador de la persona del causante, ocupa la posición jurídica del mismo, desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquel de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor.

El art. 2278 CCyC define heredero a la persona a quien se le transmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia, y legatario al que recibe un bien particular o un conjunto de ellos. Lloveras define heredero legitimario como todo aquel que tiene derecho a la legítima.

De acuerdo a Lloveras (2018), “el concepto de legítima lo define como una institución del Derecho Sucesorio, cuyas normas imperativas imponen un límite legal y relativo a la libertad de disponer por testamento o donación, reconociendo a los herederos legitimarios el derecho a determinada porción de la herencia, o de bienes o de un crédito de la cual no pueden ser privados”.

Disposición testamentaria, de acuerdo a Lloveras (2018) “es la capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, solo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley le asigna a sus herederos”.

Porción disponible, según Iglesias (2017), “el autor de la sucesión puede realizar la liberalidad que desee, mejorar a un heredero forzoso, realizar legados, instituir herederos”.

Iglesias (2017) define al “testamento como un acto jurídico, escrito, personal, solemne, unilateral, revocable, que puede incluir disposiciones patrimoniales y extrapatrimoniales que produce efectos solo después de la muerte del testador”.

Para Zannoni (2003) “la mejora consiste en un legado o donación que se hace por el causante al heredero legítimo, tomada de su porción disponible, lo mejora con relación a otros herederos”.

Tanto el Art. 2448 CCyC, como la Ley 22.431 consideran a la persona con discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

INTRODUCCIÓN

Nuestro trabajo se refiere al estudio del Art. 2448 CCyC, que se encuentra en el Título V sobre Derecho Sucesorio, que trata de la mejora propia a ascendientes y descendientes del causante que tengan algún tipo de discapacidad.

La norma solo dispone sobre ascendientes y descendientes, pero nada dice sobre el cónyuge discapacitado, que a nuestro entender debería gozar del mismo derecho que se la atribuye a los primeros mencionados; este derecho plantea la posibilidad que tiene el causante de realizar una mejora propia para beneficiarlos por su condición, el causante podrá utilizar además de la porción disponible, de un tercio de la porción legítima para realizar una mejora propia a sus ascendientes y descendientes que sean discapacitados; la discapacidad debe ser de una magnitud tal que implique desventajas considerables para su inserción tanto en lo laboral, educacional, social o familiar, pero no exige una declaración judicial de la misma ni contar con el certificado único de discapacidad nacional.

Esta mejora no opera de pleno derecho, sino que es el propio causante el que decidirá si corresponde hacerla o no, es decir, depende de la voluntad del causante, en el caso de que considerara mejorar a su heredero discapacitado, debe plasmarlo en su testamento a través de disposiciones testamentarias, lo puede hacer a través de una donación, por un fideicomiso o por cualquier medio que crea conveniente.

La norma se fundamentó en los principios de solidaridad y piedad familiar, mismos principios en los que nos basamos nosotros para incorporar al cónyuge discapacitado, hoy excluido de la norma, además de estos también contemplamos el principio de igualdad, trato digno y discriminación.

La discriminación trae consigo innumerables problemáticas, gastos, deterioros y consideramos que al estar los descendientes y ascendientes previstos en el Art. 2448 CCyC también debería incorporarse el cónyuge, contemplándole a él también el reconocimiento de su derecho y protección.

La discapacidad es aquella condición donde las personas padecen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que le dificulta insertarse y participar en la vida social, en igualdad de condiciones.

Se entiende por discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social, implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

CAPITULO 1

“CLASES DE SUCESIONES”

Sumario: 1. Sucesión – 2. Apertura de la sucesión – 3.Clases de sucesiones – 4. Sucesores – 5. Investidura de la calidad de heredero

1. Sucesión

Jurídicamente hay sucesión cuando el derecho de una persona se transmite a otra, sustituyéndola en una relación jurídica de la que era titular. El sucesor se posiciona jurídicamente en el mismo lugar del causante.

2. Apertura de la sucesión

La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por ley o por testamento. Si el testamento dispone solo parcialmente de los bienes, el resto se defiere por la ley, de acuerdo con el Art. 227 CCyC.

Las personas que pueden sucederle al causante según el Art. 2279 CCyC son:

1. Las personas humanas existentes al momento de su muerte
2. Las personas concebidas en ese momento que nazcan con vida
3. Las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida con el consentimiento expreso del causante
4. Las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y fundaciones creadas por su testamento

Desde que se produce la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones que le pertenecía a él, de manera indivisa, excepto los que no sean transmisibles por muerte y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor.

3. Clases de sucesiones

La sucesión puede ser singular o particular. Será singular en el caso de que se transmita uno o varios derechos determinados, por otro lado, la sucesión universal se produce cuando la transmisión comprende la totalidad o una parte alícuota del patrimonio de una persona.

La sucesión singular puede por actos entre vivos, como por ejemplo una donación o venta o por actos por causa de muerte, como legados o disposiciones testamentarias,

en el supuesto de la sucesión universal solo procede por causa de muerte del transmitente.

4. Sucesores

Existen diferentes tipos de sucesores del causante, de acuerdo al contenido de la sucesión se encuentra el heredero universal y el heredero de cuota, por otro lado, según el llamamiento o vocación hereditaria encontramos a los herederos legítimos, herederos legitimarios o forzosos, herederos legítimos no legitimarios, herederos testamentarios y legatario.

Heredero universal es la persona a quien se le transmite la universalidad de la herencia y sucede al causante con vocación a todos los bienes de la herencia. Al heredero de cuota se le transmite una fracción de la herencia y no tiene vocación a todos los bienes de la herencia, excepto que el causante disponga expresamente lo contrario en su testamento. El Art. 2448 CCyC determina que los herederos instituidos en una fracción de la herencia no tiene vocación a todos los bienes de esta, excepto que deba entenderse que el testador ha querido conferirles ese llamamiento para el supuesto de que no puedan cumplirse por cualquier causa, las demás disposiciones testamentarias.

La diferencia entre heredero universal y heredero de cuota es que el primero tiene derecho a acrecer, vocación a todos los bienes de la herencia a los cuales el testador no le hubiese dado un destino diferente, por el contrario los herederos de cuota no pueden hacerlo, carecen de este derecho.

Los herederos legítimos son los llamados a suceder por ley, la misma presume el afecto del causante hacia las personas más próximas a él, estos son algunos parientes y el cónyuge.

Herederos legitimarios son aquellos llamados por ley que no pueden ser privados de la porción legítima de la herencia que por derecho les corresponde, ni siquiera por el causante, excepto que hayan incurrido en algunas de las causales de indignidad. Estos son los descendientes, ascendientes y cónyuge.

Los herederos legítimos no legitimarios son llamados por la ley pero su vocación es supletoria, concurren a la herencia solamente a falta de herederos forzosos o testamentarios, es decir que en el caso de existir estos dos últimos excluyen a los

herederos legítimos no legitimarios. Encontramos aquí a los parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive.

Los herederos testamentarios son llamados a suceder por medio de una disposición testamentaria plasmada en un testamento otorgado por el causante, con las solemnidades que requiere la ley.

La institución de herederos es la disposición testamentaria por la cual el causante llama a una persona para sucederlo en la universalidad o en una parte alícuota de sus bienes, con vocación eventual al todo.

Legatario es la persona que recibe un bien particular o un conjunto de bienes por voluntad del causante, dispuesto en su testamento mediante disposición testamentaria. El legatario es sucesor del causante solo del objeto legado, este no es heredero, por este motivo debe pedir la entrega de su legado al heredero, albacea o administrador de la herencia, y se le deberá entregar pagados los acreedores y siempre que no afecte la porción legítima y no exceda la porción disponible.

El art. 2484 CCyC determina que la institución de herederos y legatarios solo puede ser hecha en el testamento y no debe dejar dudas sobre la identidad de la persona.

5. Investidura de la calidad de heredero

Si en la sucesión intervienen ascendientes o descendientes y cónyuge, estos quedan investidos de su calidad de tal, desde el día en que se produce la muerte del causante, de pleno derecho, esto quiere decir que no requieren ninguna formalidad o intervención judicial para declararlos, aunque ignoren su llamamiento a la herencia. Pueden ejercer todas las acciones transmisibles que correspondían al causante, pero en el caso de transferencia de los bienes registrables, su investidura requiere ser reconocida por medio de declaración judicial.

CAPÍTULO 2

“LEGÍTIMA”

Sumario: 1. Concepto – 2. Diferencias entre legítima romana y legítima germánica – 3. Antecedentes – 4. Caracteres – 5. Fundamentos – 6. Herederos legitimarios – 6.1. Descendiente – 6.2. Ascendiente – 6.3. Cónyuge – 7. Herederos a los que les corresponde la porción legítima – 8. Desde qué momento se los considera herederos legitimarios – 9. Porción forzosa – 10. Irrenunciabilidad de la legítima – 11. Acciones para proteger la legítima

1. Concepto

El Código Civil y Comercial de la Nación no define el concepto de legítima, pero el Art. 2444 del mismo establece que los descendientes, ascendientes y cónyuge no pueden ser privados de la porción que le corresponde por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito.

Esta porción del patrimonio que el causante les deja a sus parientes más próximos por una cuestión de protección o piedad familiar, no puede ser dejado de lado por las partes ya que es de orden público.

Lloveras (2018) establece que “la legítima es una institución del Derecho Sucesorio, cuyas normas imperativas (orden público relativo) imponen un límite legal y relativo a la libertad de disponer por testamento o donación, reconociendo a los herederos legitimarios el derecho a determinada porción de la herencia, o de los bienes, o de un derecho de crédito – según la posición que asuma – de la cual no pueden ser privados por el causante. El incumplimiento de este deber impuesto por la ley otorga a los legitimarios la facultad de utilizar las vías legales protectoras a fin de asegurar su derecho”.

Según la autora, la legítima es abordada en tres aspectos:

- a) Como limitación a la libertad de disposición del causante.
- b) Como masa patrimonial que se transmite.
- c) Como conjunto de derechos del legitimario que le otorgan una posición dentro del proceso sucesorio.

La legítima responde al orden público ya que el causante puede disponer de sus bienes dentro de los límites que establece la ley, para que de esta manera no afecte las porciones reservadas a los descendientes, ascendientes y cónyuge de las cuales no pueden ser privadas excepto que el heredero haya incurrido en alguna de las causales de indignidad.

Lloveras (2018) define “que la legítima es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia en beneficio de los denominados herederos forzosos o legitimarios”.

El derecho que se les reconoce por ley a los ascendientes, descendientes y cónyuge sobre el patrimonio del causante no puede ser afectado por donaciones inoficiosas o liberalidades testamentarias realizadas por parte del causante.

La legítima es un límite impuesto por la ley que tiene como finalidad restringir la libertad de disposición ya sea por vía testamentaria o por vía de donación, este límite es a favor de los legitimarios sobre una porción de la herencia, bienes o sobre una cantidad de dinero del activo líquido de la misma.

Lloveras (2018) sostiene “la legítima constituye un llamamiento legal imperativo que condiciona y determina la transmisión mortis causa. Esta institución solo adquiere relevancia jurídica cuando existen legitimarios y el causante ha hecho un testamento o realizado donaciones”.

El causante solo podrá disponer libremente sobre la porción disponible, por el contrario, la porción legítima se la debe respetar porque conforma el orden público sucesorio.

La legítima surgen en el Derecho Romano, la finalidad de ella es limitar o restringir la voluntad del causante, es decir, el derecho de libre disposición. El Derecho Romano en un primer momento admitía la libertad testamentaria, que consistía no en libertad de disposición de los bienes, sino de una libertad de elección de heredero. Con respecto a los bienes, era común que permanezcan en el ámbito familiar.

Con el correr del tiempo y la aparición de la propiedad privada surgieron conflictos, y con ello aparecieron tres etapas muy marcadas en contra del testamento. La primera, llamada sucesión iure civile, establecía que en caso de preterición de los sui heredes, consideraba que el pater tenía la posibilidad de instituir herederos o desheredarlos, pero no podía omitirlos. Lloveras (2018) establece que “los efectos de la preterición eran distintos según los casos, si se trataba de un hijo que estaba bajo la patria potestad del pater, debía ser instituido heredero o desheredarlo nominativamente. Si el hijo varón era el preterido o no había sido desheredado nominativamente, el testamento era considerado *inútil* y, en consecuencia, nulo iure civile, se habría así la sucesión ab intestato”.

La segunda etapa, bonorum possessio contra tabulas testamenti, el testador era quien decidía quien se convertía en su heredero o por la ley en la ab intestato, por este motivo el pretor no podía declarar a ningún heredero, pero sí podía proteger a

determinadas personas, no como herederos sino como bonorum possessores, de esta manera quedaban en el lugar de los herederos y no como herederos en sí. Lloveras (2018) dice “es así como el pretor concede la bonorum possessio contra tabulas (posesión hereditaria en contra de lo establecido en las tablas del testamento), directamente a los liberi – hijos y descendientes – que sin haber ya instituidos herederos o desheredados hubiesen sido preteridos por el pater en su testamento. Los bonorum possessio contra tabulas extiende la protección del ius civile a los liberi cognados preteridos en detrimento de los extraños, pero no anula el testamento”.

Por último encontramos la tercer etapa considerada, la querella inofficiosi testamenti, que da origen a la legítima. En las dos etapas anteriores encontramos que se basan en la preterición, pero la libertad de instituir herederos o desheredar no se afectaba, por el contrario, se la respetaba. En el caso de que el testador injustificadamente pretería o desheredaba a un hijo, este podía (siendo varón), a través de la querella inofficiosi testamenti atacar ese testamento, es decir anularlo o lograr que se le atribuya una determinada porción de la herencia por haber ido en contra del deber de piedad familiar. Esta medida podía llevarse a cabo siempre que él pudiera probar que no existía justa causa para su desheredación o que se lo privara de acrecer a la porción legítima que le correspondía. Lloveras (2018) dice “esta porción legítima parece provenir de la lex falsidia (año 40 a.C.), que había dispuesto que los legados no podían superar las tres cuartas partes de la herencia, previa deducción de las deudas, las manumisiones y los gastos. No era una cuota de reserva, la querella estaba destinada a rescindir el testamento y la posterior apertura de la sucesión ab intestato, consiguiendo el querellante un beneficio mayor de aquel que el testador había dispuesto”.

Luego surge la querella inofficiosae donationis y la querella inofficiosae donationis vel dotis, es decir, querella de inoficiosidad de las donaciones y dotes y la acción de complemento, de esta manera las donaciones realizadas por el testador hacia alguno de sus herederos por actos entre vivos, eran sumadas a la masa del cálculo.

En el caso de que el testador no haya instituido como herederos a sus hijos pero les había realizado en su favor liberalidades imputables a la legítima, da origen a la acción de complemento, y en el caso de que estas liberalidades sean menores a la legítima, debía ser completado. Lloveras (2018) cuenta que “la constitución de Juliano y Constancio (año 361) admitió la validez de esa voluntad, estableciendo que no se podía ejercitar la querella ni contra el testamento ni contra las donaciones y dotes. Así surgió

la acción de complemento de la legítima, que substituyó en esos casos a la querella, siempre que en el testamento se hubiese insertado la cláusula de que sea completada según el arbitraje de un hombre honrado”.

Justiniano en las reformas a las novelas 18 y 115, otorgó a sus legitimarios la acción de complemento, en el caso de que no se les haya otorgado lo que correspondía, así se dio origen a la legítima que hoy conocemos.

2. Diferencias entre legítima romana y legítima germánica

En el caso de la legítima romana, se la tomó como un límite a la libertad absoluta de testar por parte del causante, estableciendo que la persona favorecida siempre mantenía el derecho a acrecer a la legítima, aun en el supuesto que renuncie a la herencia. Por otro lado, a diferencia de la legítima romana, se encuentra la germánica, donde la reserva conformaba una porción de la herencia, de la cual el causante no podía disponer de ella. Solo podía acceder a dicha reserva en el caso que el heredero mantenga su calidad de tal, la misma tenía un monto aun mayor que la legítima y solo comprendía los bienes heredados por el *cujus*, excluyendo de esta manera a los bienes producidos por fruto de su trabajo.

3. Antecedentes

Durante el transcurso de la historia, la legítima fue considerada de dos formas distintas; por un lado se entendía que formaba parte de la herencia y por otro lado, se consideraba como parte de los bienes. La importancia de esta discusión, está dada en saber si los herederos pueden acceder a ella por ser tales o si pueden acceder sin serlo.

Este debate doctrinario se encuentra dividido entre dos posturas; algunos sostienen que la legítima es parte de la herencia, y que por este motivo la calidad de heredero otorga a este el derecho de acrecer a la legítima. Otro sector entiende que la porción legítima forma parte de los bienes, reconociendo esto en el Art. 2450 CCyC.

La legítima entendida como parte de la herencia, no da lugar a su acceso a quien no tenga calidad hereditaria; en el derecho argentino si la legítima es parte de la

herencia, el legitimario es un heredero. La pérdida de la condición de heredero implica la cesación de la calidad de legitimario, y en consecuencia, no puede desprenderse de tal calidad y pretender su derecho a la porción legítima.

La legítima como parte de los bienes, el legitimario no tiene derecho sobre la herencia, puede no tener la calidad de heredero, y no asume responsabilidad personal ante las deudas del causante. Esto llevaría a admitir la existencia del legitimario no heredero, quien quedaría desprovisto de la calidad de heredero, ya por determinación de la ley, por voluntad del causante o por propia voluntad; este sería el caso en que renuncia a la herencia.

El CCyC aun mantiene la discusión, parte de la doctrina encuentra que el Art. 2445 dispone que al momento de calcular la legítima debe hacerse sobre el valor líquido de la herencia, esto hace presumir que la legítima forma parte de la herencia y que se accede a ella teniendo calidad de heredero. El Art. 2453 referido a la reducción de las donaciones, tiene en cuenta al heredero legitimario, por tal motivo hay que ser heredero para poder proteger la legítima. En el Art. 2493, con respecto al fideicomiso testamentario, establece un límite diciendo que este no puede afectar la legítima de los herederos forzosos, entendiendo así que debe ser heredero para acceder a la legítima.

Otro punto de vista, el que considera que la legítima es parte de los bienes, lo encuentran en el Art. 2450 CCyC donde establece la acción que tienen los herederos legitimarios para pedir la entrega de la legítima como heredero de cuota.

Esta discusión puede traer conflictos al interpretar y a llevar a cabo el proceso sucesorio, pero cabe destacar que la mayoría de la doctrina considera que la legítima es parte de la herencia.

4. Caracteres

Del concepto de legítima surgen sus tres caracteres: 1) es de orden público, 2) es irrenunciable, 3) es inviolable.

Herrera (2015) sostiene que “es de orden público en el sentido del Art. 12 CCyC, por cuanto las convenciones de los particulares no la pueden alterar ni afectar. El principio de la libertad establecido en el Art. 19 C.N., encuentra su límite y cede no sólo frente al respeto por los derechos de los demás, sino también cuando el orden público

establecido por las leyes de nuestro sistema jurídico así lo determinen. El objeto del orden público de la legítima, nos dice Orandi, deriva del fundamento de la imperatividad del llamamiento legal para los herederos forzosos. Dicho fundamento surge de la tutela al interés familiar que impone el deber de asistencia solidaria entre sus miembros. Es por dicha razón que esta institución del Derecho Sucesorio resulta ser imperativa. Así mismo y manteniendo el mismo criterio del derogado Código Civil, es irrenunciable en forma anticipada: “es irrenunciable la porción legítima de una sucesión no abierta” (Art. 2449 CCyC), en concordancia con la improcedencia de aceptación o renuncia de herencia futuras (Art. 2286 CCyC), o que una herencia futura configure, en principio, el objeto de un contrato (Art. 1010 CCyC). Este sistema integral que domina el Derecho Sucesorio argentino se encuentra fuertemente protegido al disponer la inviolabilidad de la legítima. Es inviolable porque el testador no puede imponer condiciones ni limitaciones a la misma; es una derivación del orden público, de la ley, o en los términos del Art. 2447 CCyC: “el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas”.

5. Fundamentos

Córdoba (2016) dice “que una tesis sostenida por los exponentes del Derecho Natural moderno se refiere a la voluntad presunta del difunto. Otra tesis, cree que la sucesión legítima quiere beneficiar a la familia. Una tercera tesis, considera la propiedad del difunto como perteneciente a una especie de comunión familiar. La tesis más seguida es aquella que ve en la sucesión legítima una expresión en “favor por la familia”.

La libertad de disponer por parte del testador se limita para que el heredero ya sea ascendiente, descendiente o cónyuge no sea excluido por un extraño, este fundamento responde al deber familiar, justamente para protegerlo, es que se reserva una porción de la herencia de la cual no pueden ser privadas con respecto al remanente que queda de esa porción legítima, el testador puede disponerla a favor de cualquier persona que este considere; a esto le llamamos porción disponible.

6. Herederos legítimos

Es legítimo toda persona que puede por derecho acrecer a la legítima, estos herederos no pueden renunciar a este derecho de forma anticipada, es por ello que la ley prohíbe todo pacto o renuncia de herencia o legítima futura. Cuando nos referimos a forma anticipada, significa que no puede hacerlo antes de la apertura de la sucesión que se produce al momento de la muerte del causante.

6.1. Descendientes

Son los hijos del causante, comprende a los hijos matrimoniales, extramatrimoniales, concebidos naturalmente o por técnicas de reproducción humana asistida y los hijos por adopción plena. Se incluye también a los descendientes de sus hijos por derecho de representación.

6.2. Ascendientes

Se llama ascendientes a los padres del causante, ya sea padres naturales o padres por adopción plena.

6.3. Cónyuge

Se denomina así a la persona que ha contraído matrimonio con el causante ante autoridad competente. El cónyuge conserva su vocación hereditaria mientras no se extinga el vínculo matrimonial ya sea por divorcio o nulidad, o no haya separación de hecho sin voluntad de volver a unirse y también en el caso del cese de la convivencia decretada judicialmente. Tampoco lo será en el caso del matrimonio in extremis contenido en el Art. 2436 CCyC.

7. Herederos a los que les corresponde la porción legítima

Según el Art. 2444 CCyC los herederos legítimos no pueden ser privados de la porción legítima que por ley les corresponde, ya sea por testamento o por actos de

disposición entre vivos a título gratuito. Estos herederos legitimarios son los: ascendientes, descendientes y cónyuge. El Art. siguiente es el que determina la porción que le corresponde a cada uno, siendo dos tercios para descendientes y de un medio tanto para ascendientes como para el cónyuge.

Estas porciones se calculan sumando el valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante y el valor de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado en que se encontraba el bien al momento de la donación. Las porciones legítimas de los descendientes serán computadas teniendo en cuenta solo las donaciones colacionables o reducibles que se hayan realizado a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento o al nacimiento del ascendiente a quien representa.

Con respecto a la porción legítima del cónyuge, para su cómputo serán tenidas en cuenta las donaciones efectuadas después del matrimonio.

El Art. 2446 CCyC establece que en el caso de que concurren sólo descendientes o sólo ascendientes, se calcula la porción disponible de acuerdo a la porciones legítimas de cada uno. Córdoba (2016) sostiene que “no puede haber concurrencia de sujetos que integran la línea ascendiente con los de la línea descendiente, pues la de estos últimos excluye a los primeros por disposición normativa del Art. 2431 CCyC que ordena que a falta de descendientes, heredan los ascendientes más próximos en grado”.

En el supuesto de que concurren a la sucesión el cónyuge con descendientes, la porción disponible se calcula de acuerdo a la legítima mayor. En este caso la legítima mayor es la de los descendientes que equivale a dos tercios. En este supuesto la porción disponible es de un tercio.

8. Desde qué momento se los considera herederos legitimarios

En el caso del cónyuge, se lo considera heredero legítimo desde la celebración del matrimonio con el causante. Por otro lado, para los descendientes se los considera desde su nacimiento o desde que se está gestando (trescientos días antes de la liberalidad), si nace antes de esos trescientos días se considera heredero legítimo, si nace después, no. En el caso que concorra el cónyuge con los ascendientes, ambos

cuentan con una porción legítima de un medio, por este motivo no existe legítima mayor, entonces quedará como disponible una porción de un medio.

9. Porción forzosa

Córdoba (2016) entiende que “a los efectos de la determinación de la legítima deben tenerse en cuenta: bienes y relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial que han quedado a la muerte del causante, deudas que este haya dejado y las donaciones que hubiera hecho en vida. Hay que tener en cuenta que las donaciones que el causante hubiese realizado a sus herederos legitimarios importa un anticipo de herencia con respecto a esos herederos y en consecuencia, pueden ser colacionables y reducibles. Las que hubieran sido hechas a favor de terceros pueden ser inoficiosas y sujetas a una eventual acción de reducción”.

10. Irrenunciabilidad de la legítima

El Art. 2449 CCyC dispone la Irrenunciabilidad de la porción legítima de una sucesión no abierta. La norma supone que los herederos legitimarios tienen derecho a reclamar su legítima de forma íntegra, en la medida de su cuota de concurrencia, pues no pueden ser privados de ella.

11. Acciones para proteger la legítima

La facultad de testar y de disponer de los bienes a título gratuito surge del derecho de propiedad consagrado en la Constitución Nacional, en el Art. 17. Al causante se le impone un límite tanto en las donaciones como en las disposiciones testamentarias por medio de la obligación establecida por la ley de respetar la porción legítima a ciertos herederos. Los herederos legitimarios tienen derecho al patrimonio del causante ya sea por lo bienes que se encontraban al momento de su muerte o por bienes que debían encontrarse; cuando nos referimos a que debían encontrarse, es el caso en el que el difunto haya realizado donaciones lesionando la legítima, es decir, que dicho bienes salieron del patrimonio de forma indebida y por este motivo le genera un perjuicio a los legitimarios que por derecho le corresponde acceder a la porción legítima.

Los legitimarios cuentan con acciones para recomponer esta situación que los perjudica. Estas acciones que la ley le otorga para proteger su legítima se las conoce como:

- a) acción de entrega de la legítima, Art. 2450 CCyC.
- b) Acción de complemento, Art. 2451 CCyC
- c) Acción de reducción de disposiciones testamentarias, Art. 2452 CCyC
- d) Acción de reducción de donaciones, Art. 2453 CCyC

Todas tienen como finalidad la reducción, su objeto es dejar sin efecto aquellas liberalidades que afecten la legítima.

El Art. 2450 CCyC, referido a la entrega de la legítima, establece que el heredero legitimario puede reclamar la protección de la legítima como un heredero de cuota, es el caso de que al momento de la muerte del causante no se encuentren bienes en el patrimonio pero se han realizado donaciones afectando así, su porción legítima o también puede hacerlo cuando al momento de la apertura de la sucesión, exista un testamento que instituya a un heredero omitiendo a los herederos forzosos (heredero preterido).

La acción de complemento, regulada en el Art. 2451 CCyC, es el caso en que al heredero se le ha dejado menos de su porción correspondiente, este está facultado para pedir su complemento. Tanto la acción de entrega como la de complemento de la legítima se efectivizan a través de la reducción, ya sea de disposiciones testamentarias o reducción de donaciones.

La reducción de disposiciones testamentarias que se encuentra en el Art. 2452 CCyC, al ser las últimas liberalidades, el legitimario puede pedir en primer lugar la reducción de las instituciones de herederos de cuota, y en segundo lugar los legados. En el supuesto de que aun se siga afectando la legítima se procede a la reducción de las donaciones que realizó el causante, consagrada en el Art. 2453 CCyC, para poder cubrir la porción legítima afectada. Primero se reduce la última donación, es decir, la de fecha más actual y así sucesivamente en orden inverso.

Otra protección a la legítima la encontramos cuando el código en su Art 2447 CCyC. dispone que el testador no puede imponer gravamen ni condición a las porciones legítimas, en el caso de que lo haga, se tendrán por no escritas.

CAPÍTULO 3

“LIBERTAD PARA TESTAR Y RESTRICCIONES”

Sumario: 1. Libertad para testar – 2. Restricciones – 3. Sistemas sucesorios – 4. Capacidad para testar – 5. Voluntad del testamento – 6. Ausencia de voluntad – 7. Voluntad viciada – 8. Testamento – 8.1. Tipos – 8.2. Inhabilidad para suceder por testamento - 9. Autonomía de voluntad y orden público – 9.1 Fundamentos de la libertad de testar y de la legítima

1. Libertad para testar

El llamamiento de la sucesión mortis causa puede ser legítima, es decir llamada a suceder por la ley, o testamentaria, cuando se expresa la voluntad del causante a través de un testamento.

La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de la sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle o por testamento. Si el testamento dispone solo parcialmente de los bienes, el resto se defiende por la ley.

Herrera (2015) sostiene que “el contenido del testamento lo configura las disposiciones testamentarias, que son la expresión directa de la voluntad del testador, deben bastarse a sí mismas y pueden ser de carácter patrimonial o extrapatrimonial”.

El Derecho Sucesorio en su evolución a través de los años buscó la protección familiar a través de la restricción que se le impone por ley al causante sobre la transmisión hereditaria, por este motivo es que las porciones legítimas no pueden ser afectadas, el fundamento de esta tutela es la solidaridad familiar, la preservación de las relaciones de parentesco y el afecto que la ley entiende a determinadas personas próximas al causante. Este tipo de sistema nace en el Derecho Romano y se lleva a cabo en la mayoría de los regímenes que siguen esta tradición, por el contrario el derecho germánico permite la libre disposición de la herencia mediante la libertad de testar.

La sucesión testamentaria es la deferida por la voluntad del testador para disponer de su patrimonio luego de su muerte; esta voluntad debe respetarse siempre que no afecte la legítima. El testador dispone de sus bienes a través del testamento, siendo este un acto jurídico que tiene como fin producir efectos luego de su muerte.

Córdoba (2016) sostiene que “mientras en los actos entre vivos los efectos deferidos para después de la muerte se retrotraen al tiempo de la celebración del negocio, los actos mortis causa no tienen efecto retroactivo: la muerte es un elemento que determina la producción de sus efectos jurídicos, sin ninguna efectividad retroactiva sobre el momento en que se hizo el testamento”.

2. Restricciones a la libertad de testar

Un estudio comparativo de los distintos regímenes sucesorios lleva a marcar ciertas tendencias a la recepción de mayor autonomía personal, lo que se traduce en la moderación de las restricciones de las normas imperativas. Los sistemas se han ido adaptando a la evolución de la sociedad, el aumento de la esperanza de vida, la multiplicidad de las formas de las familias, los cambios económicos y formas de transmisión de bienes y derechos. En la mayoría de los códigos modernos se observa distintas características con respecto al Derecho Sucesorio:

- a) La eliminación de exclusiones o discriminaciones que antiguamente se practicaban respecto de los hijos extramatrimoniales.
- b) La marcada tendencia a la reducción de las cuotas de las legítimas.
- c) Una mayor reivindicación de los derechos hereditarios del cónyuge.
- d) Se va otorgando la calidad de herederos y/o legitimarios a integrantes de nuevas formas familiares.
- e) Tutela especial respecto a las personas vulnerables o con discapacidad.
- f) Tutela de la vivienda familiar de los herederos.
- g) La flexibilización de la regulación de la legítima, que va siendo adaptada a la natural evolución de la institución familiar y las exigencias del desenvolvimiento económico.
- h) La recepción de pactos sucesorios.

El Derecho Sucesorio debe flexibilizar la rigidez de sus institutos, que impliquen restricciones a la autonomía, para reorientarlos en la dirección que la sociedad post moderna demanda. El Derecho Sucesorio y las restricciones de orden público deben asumir el desafío de la libertad de la persona humana en un mundo transitorio y cambiante en donde los lazos afectivos y los proyectos de vida no responden a un solo modelo, sino que se basan en el pluralismo y la tolerancia.

3. Sistemas sucesorios

En el Derecho Sucesorio existen distintos sistemas que tienen por finalidad la transmisión hereditaria por voluntad del causante, alguno de estos sistemas tienen a flexibilizar las restricciones que surgen por consecuencia del poder de disposición; éstos

se encuentran en distintos ordenamientos jurídicos, podemos clasificarlos en tres grupos:

- a) Sistemas que permiten la libertad de testar.
- b) Sistemas que protegen la legítima restringiendo la autonomía por parte del testador.
- c) Los regímenes que establecen una porción legítima, otorgándole al causante la posibilidad del derecho a la mejora.

Con respecto a los regímenes legales que permiten la libertad para testar, son los propios de los países que practican en common law, países que se rigen con la legislación anglosajona, tales como Estados Unidos e Inglaterra; en este caso se reconoce la libertad para testar, dejando de lado la legítima, es decir no se reconoce la legítima sino que lo que se reconoce exclusivamente es la voluntad del testador para disponer de su herencia a través del testamento. En este sistema no es obligación dejar una porción reservada a los descendientes, ascendientes y cónyuge de la que no pueden ser privados. El derecho anglosajón permite a los testadores una libertad absoluta para disponer de sus bienes a favor de la persona que crea conveniente o merecedora de ello. Este tipo de sistemas también lo podemos encontrar en algunos países de América Latina con algunas limitaciones, entre ellos se encuentran México, Costa Rica y Panamá. Es importante tener en cuenta que si bien existe la libertad de testar, también se da una protección en cuanto a los parientes más próximos al causante y al cónyuge en cuanto a los alimentos, cuando éstos hayan dependido de él, de esta forma esta libre disposición se encuentra limitada, ya que en cuanto a los alimentos estarán protegidos estableciéndole una especie de renta a favor de ellos.

En cuanto a los sistemas que protegen la legítima restringido la autonomía por parte del testador se les reserva a determinadas personas próximas al causante una porción de la cual no pueden ser privados, se utiliza el porcentaje de la legítima como un límite a la voluntad del testador. Dicha porción legítima no puede vulnerarse, es a favor de descendientes, ascendientes y cónyuge del causante, el fin es proteger a los familiares más próximos que la ley entiende que el causante hubiese protegido.

Esta porción de la cual no pueden ser privados puede ser variable de acuerdo a la cantidad de herederos que concurran a la sucesión del causante; este caso lo encontramos en el sistema italiano y francés. Por otro lado, en el sistema alemán esta

porción es fija, esto quiere decir que no tendrá importancia cuantos herederos concurren, su porcentaje será invariable, a diferencia del anteriormente señalado.

Por último, encontramos el sistema español, que establece una porción legítima fija e invariable y, por otro lado, el causante tiene la posibilidad de realizar una mejora; en este caso la legítima es de dos tercios y el causante puede disponer de un medio de esa porción legítima a favor de sus descendientes. Por otro lado, queda la porción equivalente a un tercio como disponible; esta mejora es sólo a favor de los hijos del causante o sus descendientes, excluyendo a ascendientes y cónyuge.

El patrimonio del causante en este caso se divide en tres porciones de un tercio cada uno, se establece una porción legítima y una porción disponible. La diferencia la encontramos en que dentro de la porción legítima se divide en legítima corta de un tercio y legítima larga de un tercio, siendo esta última una mejora propia que sólo puede ser aplicada a los descendientes del causante. Con respecto a la porción disponible que configura un tercio, se conforma la mejora impropia que puede favorecer a cualquier persona que el causante establezca.

4. Capacidad para testar

En el Derecho Romano, para poder testar, debía ser capaz para tener un heredero, para esto era necesario tener tres status, que consistían en ser pater familias, ciudadano romano y un hombre libre, además de estos tres status no debían ser impúberes, dementes, sordomudos, pródigos y el derecho cristiano agregaba no ser herejes e infieles.

La capacidad para hacer testamento se la denominó en el Derecho Romano *testamenti factio activa*. Con el correr del tiempo estas limitaciones fueron desapareciendo y es así que se les permitió testar a esclavos y mujeres.

En el derecho moderno, esta condición de tener los tres status desapareció, y se exige para que el testamento sea válido contar con capacidad al momento de confeccionar el testamento. El Art. 2647 CCyC declara que la capacidad para otorgar testamento y revocarlo se rige por el derecho del domicilio del testador al tiempo de la realización del acto. El Código prevé supuestos de incapacidad para testar, estas son: la falta de edad, la demencia, la sordomudez para el caso en que no pueda explicarse por

escrito. Con respecto a la falta de edad, el Art. 2464 CCyC dispone que pueden testar las personas mayores de edad al tiempo de realizar el testamento, es decir, 18 años en la actualidad ya que la ley 26.579 modificó la mayoría de edad por considerar que la persona es capaz de desenvolverse con plenitud civilmente.

El Art. 2467 CCyC expresa que es nulo el testamento o la disposición testamentaria cuando haya sido otorgado por persona privada de la razón en el momento de testar, la falta de razón debe probarla quien ataque el acto mediante la impugnación. Es necesario que al momento de testar, la persona goce de raciocinio para comprender el acto, que tiene por objeto disponer de sus bienes.

Tanto los estados de semialineación o trastornos transitorios no le permiten al afectado conocer la finalidad del acto y sus disposiciones. El goce en su salud mental es la regla general, con esto queremos decir que se presume que el testador goza de salud mental, por este motivo quien pretenda la nulidad del acto por falta de razón debe probarla, para esto se puede llevar a cabo la declaración judicial que lo determine demente, si es que la hay y en caso de no existir podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.

5. Voluntad del testamento

En el Derecho Romano, la sola voluntad no producía efectos jurídicos, sí se manifestaba solemnemente ante testigos.

En el derecho moderno, para la validez del testamento es indispensable la voluntad del testador, este elemento es el único decisorio a diferencia de otros actos como por ejemplo en materia contractual que además es necesaria la buena fe de los contratantes, confianza de terceros y protección de sus intereses.

6. Ausencia de voluntad

No tiene que ver con la forma y contenido del testamento. Observamos ausencia de voluntad por ejemplo en el caso de violencia física que obligue a una persona a otorgar o no testamento.

7. Voluntad viciada

En este caso se encuentran los vicios de la voluntad, estos son error, dolo y violencia, que de no haber existido, el testamento sería distinto o incluso no se hubiera confeccionado.

Cuando nos referimos al error, significa que puede darse sobre cualquiera de sus elementos esenciales de la disposición testamentaria, puede ser en su naturaleza, objeto, sujeto o cualidad sustancial a él. Si el error se da en el objeto puede recaer sobre él distinguiendo una cosa en lugar de otra, también puede recaer sobre su individualización y cualidades.

El dolo se produce cuando una persona hace incurrir al testador en un error mediante ardid o engaño, para así lograr una institución hereditaria a su favor. Las maniobras deben ser concluyentes para que el testador redacte su testamento o revoque el que ya ha realizado.

Cuando una persona realiza sobre el testador una fuerza irresistible o intimidación mediante amenazas que le generen al testador un mal grave e inminente sin poder evitarlo, se lo denomina violencia.

8. Testamento

La palabra testamento proviene del latín (testis mentis), su significado es testigo de la mente, es decir el testimonio de lo que ha pensado.

El actual código no define el concepto de testamento, pero sabemos que es un acto jurídico por el cual una persona expresa su voluntad a través de él, para causar efectos luego de su muerte. Para que este sea válido, debe reunir ciertos elementos, estos son: capacidad, forma y objeto. El testamento es un acto jurídico personalísimo, individual, unilateral, formal, solemne, revocable, escrito, condicionado y de contenido dado.

En cuanto a ser un acto personalísimo, se refiere a que es la expresión directa del testador, es una facultad personal.

Es individual ya que solo puede ser confeccionado por el testador, en nuestro ordenamiento está prohibido otorgar testamento en forma conjunta.

Unilateral, significa que únicamente será la voluntad del testador la que se plasmará en el documento, para que el testamento sea válido, debe ser formal, esto quiere decir que debe cumplir con las formalidades que la ley determina. La solemnidad comprende además de las formalidades, los recaudos espirituales y trascendentes del acto.

En cuanto a la revocabilidad, al ser un acto individual y unilateral el testador puede revocarlo o modificarlo en cualquier momento.

El testamento debe confeccionarse por escrito, la escritura es un elemento constitutivo del mismo. Es condicionado porque la condición para que se produzcan los efectos del mismo, debe ocurrir la muerte del testador y, por último, al decir que es de contenido dado, se refiere a que su objeto no puede ser cualquiera, sino que será de disposiciones patrimoniales o extrapatrimoniales como el reconocimiento del hijo o el nombramiento de un tutor, también puede disponer sobre su funeral o cadáver. Cabe destacar que el reconocimiento de un hijo no es revocable por parte del testador.

8.1. Tipos

Encontramos distintos tipos de testamentos, estos son testamento ológrafo, testamento por acto público, testamento cerrado, testamento aeronáutico, testamento diplomático, testamento marítimo y testamento en ocasión de guerra.

Nuestro Código Civil y Comercial regula actualmente el testamento ológrafo y el otorgado por acto público, siendo el primero el más común, por su practicidad; debe redactarse por escrito en el idioma en que es otorgado, firmado y fechado por el testador. La firma debe encontrarse al final de las disposiciones testamentarias y la fecha puede estar al principio o al final del documento. La falta de estas formalidades lo invalidan, en cuanto a la fecha hay una excepción: que se encuentren elementos que permitan establecer la fecha de manera cierta.

El testamento por acto público se confecciona ante escribano público y dos testigos que acrediten el mismo, se otorga por escritura pública. Este tipo de testamentos, adquiere una mayor seguridad, autenticidad y perdurabilidad. El testador puede darle al escribano las disposiciones escritas o puede indicarla verbalmente para que este último las redacte, es esencial que el testador le indique su voluntad al

escribano de forma personal. El contenido de dicho testamento debe indicar lugar y fecha de su otorgamiento, todos los datos personales de quien lo otorga, la naturaleza del acto y la individualización de los bienes que formarán parte, la constancia instrumental de la lectura que el escribano debe hacer en el acto del otorgamiento de la escritura y firma del otorgante, escribano y testigos. En el caso de que el otorgante no sepa firmar, otra persona lo hará en su lugar, dejando constancia de su impedimento. Los testigos deben saber firmar y solo pueden ser tales las personas capaces al momento de otorgarse el acto y no pueden serlo los ascendientes, descendientes, cónyuge, conviviente del causante, albaceas, tutores y curadores designados en el testamento, ni los beneficiarios de alguna disposición testamentaria, tampoco pueden serlo las personas incapaces de ejercicio y los que tengan una sentencia que les impida serlo, los que no saben firmar, los dependientes del oficial público, cónyuge, conviviente y parientes del oficial público (dentro del cuarto grado y segundo por afinidad).

8.2. Inhabilidad para suceder por testamento

Según el Art. 2482 CCyC existen determinadas personas que no pueden suceder por testamento. Las mismas las enunciamos a continuación:

1. Los tutores y curadores a sus pupilos si estos mueren durante la tutela o curatela o antes de haberse aprobado las cuentas de administración de manera definitiva.
2. El escribano y los testigos frente a quienes se haya otorgado el testamento, por el acto en el cual han intervenido.
3. Los ministros de cualquier culto, los líderes o conductores espirituales que hayan asistido al causante en su última enfermedad.

Las disposiciones testamentarias a favor de personas que no puedan suceder por testamento no tienen valor alguno, ni siquiera cuando se haga a nombre de personas interpuestas. Se consideran tales los ascendientes, descendientes, cónyuge o conviviente de la persona impedida de suceder, sin admitir prueba en contrario. En el caso de que haya fraude a la ley puede ser probado por cualquier medio.

9. Autonomía de la voluntad y orden público

En el Derecho Sucesorio se plantea un debate ancestral con respecto a la autonomía de la voluntad y el orden público. El mismo intenta lograr un equilibrio entre ambas cuestiones, en materia sucesoria se plantea cuanta libertad puede soportar jurídicamente el régimen sin violar o lesionar el orden público y los derechos de terceros.

Es importante aclarar que en el caso de que se permita la libertad total llevaría a extinguir muchos derechos, por otro lado se plantea que si el Estado regulara por medio de sus leyes todo lo que tenga que ver con las decisiones de las personas se estarían violando enumerables derechos humanos, en nuestro caso por ejemplo sería el permitirle a una persona que su herencia se la otorgue a un tercero, quedando así desprotegidos sus hijos, padres o cónyuge, encontrándose en un estado de vulnerabilidad.

La autonomía total de la voluntad o la restricción absoluta del estado, estaría perjudicando los derechos de las personas, causando todo lo contrario a lo que el derecho se encarga de hacer, es decir, no estaría cumpliendo con su función que es justamente proteger los derechos.

Argentina es uno de los países que le da prioridad a la sucesión ab intestato o legítima, basándose en el Código de Napoleón, esta tiene más peso que la sucesión testamentaria; lo que pretende nuestro derecho es proteger a los parientes más próximos del causante reservándoles una porción de la herencia de la cual no pueden ser privados.

La Comisión 7 sobre Sucesiones de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se llevaron a cabo en la ciudad de Buenos Aires en el año 2013 llegó a la conclusión por mayoría de que no correspondía reemplazar el sistema de legítima por el sistema de libertad testamentaria y por el sistema de obligaciones alimentarias post mortem a favor de menores, incapaces, cónyuge, ascendientes y personas vulnerables.

La sucesión intestada cuenta de varios elementos y debe ir acompañada de ciertos institutos, tales son:

1. Legítima, la misma es una institución del Derecho Sucesorio que le reserva una porción de la herencia a personas determinadas de la cual no pueden ser privadas ni por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito. Esta porción del

patrimonio se otorga por una cuestión de protección o piedad familiar, no puede ser dejada de lado por las partes ya que es orden público. Sus normas imponen un límite legal a la libertad de disponer por testamento o donación. El incumplimiento de este deber impuesto por la ley le otorga a los herederos legitimarios la facultad de utilizar las acciones legales protectoras a fines de asegurar su derecho.

2. Orden sucesorio, el legislador asume una presunción del llamamiento legal a ciertas personas, estas deben adquirir la herencia de manera imperativa, excepto que esta sean excluidas por justa causa, ya sea por indignidad o desheredación. Debemos recordar que el instituto de la desheredación fue excluido de la normativa del Código Civil y Comercial, sin embargo, si nos encontramos con una sucesión de una persona fallecida antes de la sanción del mismo, va a estar regida por el Código Civil derogado. En el caso de la indignidad, según el Art. 2281, “son indignos de suceder: a) los autores, cómplices o partícipes del delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge o conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena; b) los que hayan maltratado gravemente al causante u ofendido gravemente su memoria; c) los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en el cumplimiento de un deber legal; d) los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice; e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en el establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo; f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad; g) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental; h) los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento; i) los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permitan revocar las donaciones. Para todos estos supuestos solo basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, no es necesario una condena penal”.

3. La acción de reducción, acción que prevé el derecho para la protección de la legítima, herramienta judicial que pueden utilizarla los herederos forzosos frente a donaciones o disposiciones testamentarias que se hayan realizado perjudicando la legítima. La reducción comprende los artículos 2450, 2451, 2452 y 2453 CCyC correspondientes a acción de entrega de la legítima, el legitimario preterido tiene acción para que se le entregue su porción legítima a título de heredero de cuota. También la tiene el legitimario cuando el difunto no deja bienes pero ha efectuado donaciones. El segundo contempla la reducción de disposiciones testamentarias, a fin de recibir o complementar su porción, el legitimario afectado puede pedir la reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados, en ese orden. Respecto a la reducción de las donaciones, si la reducción de las disposiciones testamentarias no es suficiente para que quede cubierta la porción legítima, el heredero legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante. Por último, los efectos de la reducción de las donaciones, si la reducción es total, la donación que da resuelta. Si es parcial, por afectar solo en parte a la legítima y el bien donado es divisible, se lo divide entre legitimario y el donatario. Si es indivisible, la cosa debe quedar para quien le corresponde una porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho.

4. Derecho de representación es la excepción al principio que establece que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos; según el Art. 3549 CCyC la representación es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupa su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o madre habrían sucedido.

Estos son los pilares de la sucesión intestada y si se hubiese tomado un régimen de absoluta libertad, deberían ser derogados, la sucesión intestada es el que mejor responde al principio de solidaridad familiar, por eso nuestro ordenamiento le da tanta importancia.

Entonces la discusión se da porque el código derogado establecía una legítima muy alta y se planteaba que el derecho a la libertad de testar se encontraba violado o vulnerado ya que se dejaba muy poco margen para disponer libremente, por esta cuestión es que el actual Código Civil y Comercial redujo esas porciones legítimas y de este modo, quedó un margen mayor como porción disponible, tratando así de flexibilizar y lograr un equilibrio mayor entre autonomía de la voluntad y el orden público.

9.1. Fundamentos de la libertad de testar y de la legítima

En los fundamentos más importantes en lo que se defiende la libertad para testar encontramos los derechos de la personalidad y de libertad de testar, se fundan en la naturaleza racional y moral del hombre, hacen que la persona pueda disponer libremente de sus bienes, el derecho de propiedad individual entiende que si en vida le corresponde al propietario el ius disponendi sin limitaciones, sería acertado pensar que después de su muerte ocurra lo mismo.

Se encuentran argumentos de carácter familiar que entienden que la libertad de testar hace más equitativa la distribución de la herencia porque el padre podría premiar a sus hijos por sus conductas; otros argumentos son los económicos que dicen que la libertad de testar permite una mejor conservación del patrimonio familiar.

En cuanto a los fundamentos del sistema de legítima, existen distintos argumentos que tiene como fin la protección de la legítima, estos son los de carácter individualista desde la mirada de los herederos, estos están basados en el principio de igualdad por este motivo, los hijos deben recibir porciones iguales de la herencia, la copropiedad familiar que es una especie de condominio virtual que tienen los integrantes de una familia sobre los bienes, los deberes de paternidad, argumento que entiende que el padre ha contraído la obligación de conservarle a sus hijos los medios suficientes para subsistir; otro es el principio de justicia familiar donde el testador es obligado a respetar las obligaciones matrimoniales y del parentesco.

Y por último, los argumentos económicos que consideran que la división evita los latifundios.

CAPÍTULO 4

“MEJORA A FAVOR DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD”

Sumario: 1. Concepto de mejora – 2. Diferencia entre mejora y mejora estricta - 3. Origen del instituto de la mejora – 4. Mejora a favor del heredero con discapacidad – 5. Opinión de la doctrina – 6. Evolución histórica del concepto de discapacidad – 7. Diferencia entre discapacidad e incapacidad – 8. Análisis del Art. 2448 CCyC – 8.1. Exclusión del cónyuge - 9. Fundamento de la mejora a herederos con discapacidad – 10. Cálculo para la mejora a herederos con discapacidad – 11. Realización de la mejora – 12. Fideicomiso – 12.1. Constitución del fideicomiso para realizar la mejora – 12.2. Fideicomiso con finalidad testamentaria – 13. Donación

1. Concepto de mejora

La mejora consiste en un legado o donación que se hace por el causante al heredero legítimo, tomada de su porción disponible, lo mejora con relación a otros herederos. La mejora debe hacerse en forma expresa y debe materializarse a través de un testamento.

La mejora forma parte o proviene de la porción legítima, esta puede ser efectuada por parte del causante a favor de sus descendientes y ascendientes; de esta manera queremos decir que se puede disponer de una parte de la porción legítima utilizándola como mejora estricta a los herederos antes mencionados, excluyéndolo por este motivo al cónyuge y terceros, ya que estos no tienen derecho a acrecer a la porción legítima.

2. Diferencia entre mejora y mejora estricta

La mejora se configura cuando el causante utiliza la porción disponible para aumentar la porción que le hubiera correspondido a alguno de sus herederos legitimarios, esto puede llevarse a cabo mediante las figuras de donación con dispensa de colación o por medio de un legado; por otro lado la mejora estricta opera siempre a favor de un descendiente o ascendiente que tenga algún tipo de discapacidad, se puede realizar utilizando además de la porción disponible, la porción legítima. El Código derogado preveía la posibilidad de realizar una mejora a alguno de sus herederos; la novedad que trae el actual código es de realizar la mejora al heredero con discapacidad, destinando una parte de la porción legítima; en resumen el causante puede utilizar la porción disponible para mejorar a alguno de sus herederos y en el caso de tratarse de un heredero con discapacidad, puede destinar una parte de la porción legítima en desmedro de los otros herederos legitimarios, aquí nos encontramos con una excepción al principio de intangibilidad de la legítima que tenemos planteado en el Capítulo 2.

Entendemos que a diferencia de la mejora en donde se utiliza la porción disponible, la de tipo estricta afecta a la porción legítima y constituye una excepción al principio anteriormente mencionado.

Podemos determinar tres tipos de mejora: la mejora tradicional, la mejora impropia y la mejora estricta.

La mejora tradicional, cuyo origen surge en el derecho español, permite que pueda utilizarse una porción legítima para mejorar a ciertos herederos legitimarios.

La mejora contemplada en el Código Civil derogado, llamada mejora impropia, establecía que podía el causante realizar una mejora surgiendo esta desde la porción disponible, es decir, no podía afectar la porción legítima, este tipo de mejora hoy se mantiene en nuestro código; aclaramos que con la porción disponible, el causante puede mejorar a sus herederos legitimarios y también realizar liberalidades a favor de terceros.

Por último, encontramos la mejora estricta a favor de un heredero con discapacidad, el Código Civil y Comercial regula la mejora que se realiza desde la porción legítima para ascendientes y descendientes, además de conservar la mejora impropia explicada en el punto anterior.

En nuestro derecho entonces existen dos tipos de mejora, la que se toma de la porción disponible y no puede excederse de ella ni tampoco afectar la legítima y la mejora estricta que nace de la porción legítima pero sólo puede ser a los fines de favorecer a herederos con discapacidad, ya sean ascendientes o descendientes del causante.

La mejora a favor del heredero con discapacidad, no procede de pleno derecho ni puede ser solicitada por el heredero discapacitado invocando su calidad de tal, su existencia depende exclusivamente de la voluntad del causante ya sea por actos entre vivos o mortis causa.

3. Origen del instituto de la mejora

La Ley I, Título V, Libro IV del fuero Juzgo (derecho hispano), determinaba que la persona que tenía hijos o nietos podía solamente darle la quinta parte de su herencia a la iglesia y la tercia parte destinada como mejora a sus descendientes.

La ley IX, Título V, Libro III, del fuero real también determinó que la quinta parte podía utilizarse como libre disponibilidad y disponía que el límite de la quinta parte también se aplicaría para las donaciones que el causante podía efectuar en vida; se debía reservar por disposición de la ley, las cuatro quinta parte de sus bienes a favor de sus hijos o nietos y tenía la posibilidad de mejorar alguno de sus descendientes disponiendo de una tercera parte.

Hasta 1889, año en que sancionó el Código Civil Español, la legítima de los descendientes correspondía a cuatro quintas partes y un tercio de esos cuatro quintos conformaban la mejora, quedando como porción disponible un quinto.

El Proyecto del Código Civil Español de 1851, conocido como Proyecto de Goyena, mantuvo lo antes mencionado, pero estableció que la legítima se reduciría a dos tercios en lugar de cuatro quintos, en el caso de que quedara un único hijo o descendiente.

En 1888 el Código Civil Español establecía que el haber hereditario se dividirá en tres partes iguales, constituyendo así la legítima de los hijos; por otro lado una parte que el causante podía utilizar como mejora a sus hijos y por último la tercera parte que sería de libre disposición.

El Art. 808 del Código Civil Español dice que constituye la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes legítimos. La tercera parte restante será de libre disposición.

La doctrina española distinguió la legítima larga y la legítima corta; la legítima larga se dividió en dos porciones iguales, la primera la llamamos legítima corta, estricta, propia y rigurosa, esta no se les podía privar a sus descendientes, tampoco podía disponer sobre ella, ni favorecer a unos, constituir gravamen ni limitarla en ningún sentido; por otro lado se encuentra la mejora que podría ser aplicada a favor de alguno de sus descendientes en detrimento de los demás, favoreciendo a unos más que a otros y también se le permite imponer gravámenes y limitaciones.

En el derecho argentino el Código Civil derogado en su Art. 3489 disponía que la dispensa de la colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante y en los límites de la porción disponible. Con la porción disponible, el testador podía hacer legados o mejorar a alguno de sus herederos legítimos, pero la porción legítima no podía ser utilizada para mejorar a los herederos legítimos.

Con respecto a las donaciones a sus herederos legitimarios hechas en vida, concurrían a la donación del donante, el Art. 3476 CC disponía que estas eran anticipos de su porción hereditaria, por este motivo luego debían ser colacionadas a la masa hereditaria. Por medio de la dispensa de colación, el donatario (luego heredero) no

recibía la donación como adelanto de la herencia, sino como un plus de su cuota hereditaria. En este caso la mejora no se instrumentaba por una donación con dispensa de colacionar, sino por medio de un legado testamentario, así el legitimario recibía su porción de la herencia y el legado a título de mejora.

Las mejoras eran válidas siempre que no se vea afectada la porción legítima, por este motivo las mejoras se imputaban a la porción disponible y no podían exceder ese límite.

El origen de la mejora, que se produce en el derecho hispano, nace en la porción legítima, lo mismo con el derecho español, en cambio en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el Código Civil derogado como en el actual utiliza el concepto de mejora desde la porción disponible, por este motivo se llama mejora impropia.

El nuevo Código Civil y Comercial introduce como novedad la mejora estricta, naciendo esta desde la porción legítima, pero con la salvedad de que sólo puede ser hecha a favor de descendientes o ascendientes que tengan una discapacidad considerada esta como una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración social, educacional o laboral. El código no exige que la persona afectada requiera una declaración judicial de la misma para poder ser beneficiada con la mejora estricta.

4. Mejora a favor del heredero con discapacidad

El Código Civil y Comercial regula una problemática que el anterior código no contemplaba, esta es la facultad de darle al causante el poder de beneficiar a sus ascendientes o descendientes que tengan una discapacidad, ya sea en su salud física y/o psíquica a través de la mejora. El derecho actual busca lograr una mayor protección a aquellas personas que sufran algún tipo de discapacidad, para que se mantengan incluidas en la sociedad.

Persona con discapacidad es aquella que sufre o padece una alteración en sus funciones, ya sea de forma permanente o prolongada, en su salud física o psíquica y en relación a su edad y medio social le genera desventajas para poder integrarse en la vida familiar, social, educacional o laboral.

El fundamento de esta protección a los herederos que sufren algún tipo de discapacidad, tiene que ver con la solidaridad familiar y por ello es que se le brinda al causante la posibilidad de establecer una mejora especial en beneficio de ellas. El causante podrá disponer por el medio que crea conveniente, además de la porción disponible, de un tercio de la porción legítima para realizar una mejora a descendientes o ascendientes que sufran discapacidad; cabe destacar que este tipo de mejora es de tipo estricta, ya que sólo permite beneficiar a ascendientes o descendientes, dejando de lado el cónyuge.

Este tipo de mejora se la llama propia, porque nace la porción legítima. La mejora al heredero con discapacidad resulta ser amplia en cuanto a la forma de disponerla, ya que el artículo que la define establece que puede hacerse por el medio que estime más conveniente, con esto quiere decir que podría hacerse a través de legados, donaciones, fideicomisos, o cualquier otro instrumento. El legislador tiene como fin al plantear los diversos métodos para hacerla, que exista una gran posibilidad de llevarla a cabo, es decir no imponer barreras para lograr la protección de un heredero que se encuentra en una situación desventajosa frente a otros que no tengan discapacidad.

Sánchez Herrero (2016) acota que “resulta interesante la actitud del legislador en cuanto a mencionar expresamente el caso del fideicomiso, es decir, se le permite la incorporación de herederos con discapacidad como beneficiario de un fideicomiso en el que se designa a otros herederos como fideicomisarios, para que estos últimos reciban los bienes cuando cese la incapacidad o acaezca la muerte del beneficiario”.

Con respecto a la discapacidad, al no exigir una declaración judicial de la misma, deja un amplio margen abierto, pero sí se especifica que para otorgarla, la persona afectada debe tener desventajas considerables para su integración, es decir, que se encuentre en inferioridad de condiciones para poder integrarse a la sociedad, tanto el ámbito familiar, educacional o laboral. En el caso en el que el causante realice una mejora a un heredero con una leve discapacidad, que no le impida insertarse socialmente deberá probarse que dicha incapacidad no es invalidante, el resto de los herederos podrán reclamarla mediante la acción de reducción.

5. Opinión de la doctrina

Córdoba (2016) refiere que “esta institución, previa a ser incorporada al Derecho Positivo, mereció la aprobación de la doctrina calificada. Al respecto Medina ha expuesto que con su regulación el Código Civil y Comercial ha incorporado una norma valiosa en cuanto prevé el comportamiento solidario. Por su parte Millán sostuvo que “aparece de manera innovadora y resulta preciso resaltar, debido a su utilidad, una figura que brinda protección al heredero que se encuentra más vulnerado por su condición de estado de salud. En igual sentido, sostiene Merlo que coincide con quienes “bien afirma que el discapacitado o minusválido requiere de normas que lo diferencien y en tal sentido es necesaria la creación de más y mejores sistemas de protección de las discapacidades”.

6. Evolución histórica del concepto de discapacidad

Según la Organización Mundial de la Salud hay un quince por ciento de la población mundial de personas con discapacidad, este porcentaje representa miles de personas en el mundo, por este motivo es de gran importancia tratar este tema, incluyéndolos en las normas para protegerlos.

Durante el transcurso del tiempo el concepto de discapacidad ha ido cambiando y su tratamiento ha ido evolucionando; se encuentran tres etapas correspondientes a distintos modelos, en primer lugar encontramos el modelo de prescindencia que consideraba que por cuestiones de índole religioso, se atribuía la discapacidad como una especie de castigo divino, a su vez entendían que estas personas afectadas en su salud no aportaban absolutamente nada a la sociedad, por el contrario generaban un peso social y era conveniente excluirlas de la misma, se las marginaba y estas en condiciones de pobreza, sin poder acceder a ningún tipo de tratamiento o ayuda para paliar su dificultad.

Con el correr de los años aparece un segundo modelo llamado rehabilitador, que quita completamente esta idea que tenía el anterior de ser una consecuencia o castigo divino, sino que le atribuye su origen a la ciencia, la limitación estaba entendida en la salud física o mental, este modelo deja claro que las personas discapacitadas eran de menor valor que el resto, se tomó una actitud paternalista y se creó un sistema de

sustitución de la toma de decisiones, por ejemplo por medio de la curatela, la persona es tomada como inferior y debe ser rehabilitada para poder ser digno.

Por último nos encontramos con el modelo social, el mismo considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son religiosas ni científicas, sino que son sociales; este modelo es el que fue receptado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Este modelo expone que la discapacidad no es protegida por la sociedad, con este motivo quiere decir que la sociedad no tiene en cuenta la problemática de estas personas y que poco o nada hace para asegurar sus necesidades. Lo que busca el mismo es incluir a las personas afectadas a la sociedad, eliminando las trabas y barreras que surgen de la misma y la imposibilitan o dificultan su inserción.

El Art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) establece el igual reconocimiento como persona ante la ley, en su inciso 5 dice que los Estados parte tomarán todas las medidas 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, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades financieras de créditos y velarán por las personas discapacitadas para que éstas no sean privadas de sus propios bienes de forma arbitraria. Cabe aclarar que muchos de estos derechos deben ser llevados a cabo mediante una tutela legal analizando el caso en concreto.

Nuestro Código Civil derogado se basaba en el modelo médico-rehabilitador al regular el régimen de capacidad jurídica y curatela. Dentro de este modelo también se encuentra la definición de persona con discapacidad que toman las leyes 22.431 (sistema de protección integral de los discapacitados) y 24.991 (sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de personas con discapacidad). La primera ley mencionada establece que se considera persona discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La segunda entiende a persona con discapacidad a toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social

implique desventajas considerables a la integración familiar, social, educacional o laboral.

La definición de persona con discapacidad que adopta nuestro ordenamiento jurídico surge de estas leyes mencionadas, sin embargo el Estado argentino al aprobar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante la ley 26.378, se ha comprometido ante la comunidad internacional, poniendo en crisis nuestra legislación nacional y con ello la definición de persona con discapacidad.

El Art. 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad establece 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. Por medio de la ley 27.044 se le asignó jerarquía constitucional a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.

Por lo tanto, al concepto de discapacidad no se pone en las deficiencias de las personas sino en las barreras que la sociedad les coloca y en esa interacción es en donde sùrgela discapacidad.

Teniendo en cuenta que la definición de la persona con discapacidad del Art. 2448 CCyC no se ajusta a los lineamientos de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (modelo social), sino que ha sido tomada de las leyes 22.431 y 24.901 (modelo médico-rehabilitador), entendemos que esta parte del artículo no se adapta al tratado internacional, así también se propuso en las XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2013 donde por unanimidad se concluyó que debe modificarse la definición de personas con discapacidad adecuándola a la definición de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. No obstante, la definición no se ha modificado.

La Convención de la Organización de Naciones Unidas (ONU), celebrada en el año 2006 determinó que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que eviten su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), utiliza un enfoque biopsicosocial y define a la discapacidad, desde el punto de vista relacional, como el resultado de interacciones complejas entre las limitaciones funcionales (físicas, intelectuales o mentales), de la persona y del ambiente social y físico.

Según la Organización Mundial de la Salud la discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por ello, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

Más de mil millones de personas, o sea, un quince por ciento de la población mundial padece alguna forma de discapacidad; entre ciento diez millones y ciento noventa millones de adultos tienen dificultades considerables para funcionar. Las tasas de discapacidad están aumentando a causa del envejecimiento de la población y el aumento de las enfermedades crónicas, entre otras causas. Las personas con discapacidad tienen menos acceso a los servicios de asistencia sanitaria y por lo tanto necesidades insatisfechas a este respecto.

La Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (SIF) define la discapacidad como un término genérico que abarca deficiencias, limitaciones de la actividad y restricciones a la participación. Se entiende por discapacidad la interacción entre personas que padecen alguna enfermedad (por ejemplo, parálisis cerebral, síndrome de Down y depresión) y factores personales y ambientales (por ejemplo, actitudes negativas, transporte y edificios públicos inaccesibles y un apoyo social limitado).

La discapacidad es muy diversa. Si bien algunos problemas de salud vinculados con la discapacidad acarrearán mala salud y grandes necesidades de asistencia sanitaria, eso no sucede con otros. Todas las personas con discapacidad tienen las mismas necesidades de la salud que la población en general y en consecuencia, necesitan tener acceso a los servicios corrientes de asistencia sanitaria. En el Art. 25 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se reconocen que tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación, este tipo de personas tiene

una mayor demanda de asistencia sanitaria que quienes no la padecen, las mismas son particularmente vulnerables a las deficiencias de los servicios de asistencia sanitaria. Dependiendo del grupo y las circunstancias las personas con discapacidad pueden experimentar una mayor vulnerabilidad a afecciones secundarias, comorbilidad, enfermedades relacionadas con la edad y una frecuencia más elevada de comportamientos nocivos para la salud y muerte prematura.

Las afecciones secundarias acompañan a una enfermedad primaria están relacionadas con esta, ambas son previsibles y evitables. La comorbilidad son las afecciones que vienen a agregarse a la enfermedad primaria relacionada con la discapacidad pero no se relacionan con ella.

En algunos grupos de personas con discapacidad el proceso de envejecimiento empieza antes de lo normal. Las tasas de mortalidad de las personas con discapacidad varían según la enfermedad primaria, sin embargo, una investigación efectuada en el Reino Unido comprobó que las personas con trastornos mentales y deficiencias intelectuales tenían una esperanza de vida menor.

Las personas discapacitadas tropiezan con una gran variedad de obstáculos cuando buscan asistencia sanitaria, entre ellos los siguientes: costos prohibitivos, la asequibilidad de los servicios de salud y el transporte son dos de los motivos principales por los que las personas no reciben los cuidados que necesitan en los países de ingresos bajos. Un 32 a 33% de este tipo de personas no pueden costearse la asistencia sanitaria. La falta de servicios apropiados es una barrera importante que impide el acceso a la asistencia sanitaria, por ejemplo, investigaciones realizadas en los Estados de Uttar Pradesh y Tamil Nadu, en India revelaron que después del costo, la falta de servicios fue la segunda barrera en importancia para el uso de los establecimientos sanitarios.

El acceso desigual a los edificios (hospitales, centros de salud), el equipo médico inaccesible, la mala señalización, las puertas estrechas, las escaleras interiores, los baños inadecuados y las zonas de establecimientos inaccesibles crean obstáculos para usar los establecimientos de asistencia sanitaria. Las personas con discapacidad notifican con una frecuencia dos veces mayor que el personal sanitario carece de las aptitudes para atender sus necesidades; con una frecuencia cuatro veces mayor, que son maltratados por dicho personal; y con una frecuencia tres veces mayor, que se les niega la asistencia.

Los gobiernos pueden mejorar la salud de las personas con discapacidad si mejoran el acceso a servicios de asistencia sanitaria de buena calidad, asequibles y que utilicen de manera óptima los recursos, varios factores entorpecen el acceso a dicha asistencia, hacen falta reformas en todos los componentes del sistema de asistencia sanitaria que interactúan.

Con el fin de mejorar el acceso de las personas con discapacidad a los servicios de salud, la Organización Mundial de la Salud orienta y apoya a los Estados miembros para que aumenten la consciencia con respecto a los problemas de la discapacidad y promueve la inclusión de esta como un componente de las políticas y programas nacionales de salud; facilita la recopilación y divulgación de datos e información acerca de la misma; elabora instrumentos normativos, en particular directrices para fortalecer la asistencia sanitaria; genera capacidad entre los formuladores de políticas y los prestadores de servicios de salud; fomenta la ampliación de la rehabilitación en la comunidad; promueve estrategias para velar por que las personas con discapacidad estén enteradas acerca de sus propios problemas de salud y por que el personal sanitario apoya a las personas con discapacidad y proteja sus derechos y dignidad.

La Clasificación Internacional del Funcionamiento de la discapacidad y de la Salud (SIF), desarrolladas por la Organización Mundial de la Salud incluye también deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación social.

7. Diferencia entre discapacidad e incapacidad

La incapacidad la constituye la carencia de aptitud legal para ejecutar válidamente determinados actos. Discapacidad significa minusvalía, es decir, la persona incapacitada pero por lesión congénita o adquirida, para ciertos trabajos, movimientos, deportes, etc. Discapacidad por minusvalía implica lo mismo. No todo discapacitado requiere necesariamente ser incapacitado ya que esto último radica en la necesidad de protección del individuo que no haya logrado los atributos necesarios para desenvolverse por sí mismo y a riesgo propio.

La ley no exige el dictado de una acreditación judicial de la discapacidad, tampoco fija porcentajes mínimos en tales padecimientos. En nuestro ordenamiento jurídico, según la ley 22.431, Art, 2 se denomina a la persona discapacitada como aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental,

que en relación a su edad y al medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

8. Análisis del Art. 2448 CCyC

Este innovador concepto que pretende la protección a los herederos del causante, ya sea ascendientes o descendientes con que se encuentran afectados por padecer algún tipo de discapacidad que le dificulta o impide la inserción en la sociedad y en la actividad laboral o educacional, lo encontramos legislado en nuestro Código Civil y Comercial en el Art. 2448 con el título “mejora a favor del heredero con discapacidad”, establece que el causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante fideicomiso, además de la porción disponible de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece de una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Queda claro aquí, que lo pretende el legislador es darle la posibilidad, ya que es un derecho y no una obligación, al causante de disponer, además de la porción disponible, de un tercio de la legítima para beneficiar a sus ascendientes o descendientes con discapacidad para así darles una protección más amplia por encontrarse en una situación desventajosa en relación a otra persona que no padezca este tipo de limitaciones y así poder hacer posibles llevar a cabo un nivel de vida más favorable.

Cabe destacar que el Art. 2448 CCyC trata sobre personas con discapacidad, estas no deben ser confundidas con las personas a las que se les ha restringido el ejercicio de su capacidad jurídica.

El artículo tampoco exige el certificado único de discapacidad para acreditarla y así llevar a cabo la mejora, la ley 24.901 en el Art. 10 establece que la discapacidad deberá acreditarse conforme a lo establecido por el Artículo tercero de la ley 22.431 y por las leyes provinciales análogas. La Agencia Nacional de Discapacidad dependiente de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado y determinará de acuerdo al afectado que tipo de actividad

laboral o profesional puede desempeñar, el Art. 2448 CCyC no menciona la necesidad de contar con este certificado para acreditar la discapacidad, sino que solo requiere que la persona cuente con una discapacidad, será cuestión de probar su inexistencia en caso de que haya conflicto entre herederos que invoquen que la persona no padece tal afectación.

Si se prueba su inexistencia, la mejora estricta no tiene lugar, el heredero conserva la vocación hereditaria y eventualmente podría conservar la mejora estricta, o bien, podría incluso perder aquella mejora ordinaria, para lo cual debemos interpretar las disposiciones testamentarias.

En el caso de la mejora a favor del heredero con discapacidad, quien controvierta la existencia de la misma deberá demostrarlo. El Código Civil y Comercial no prevé una acción específica, por lo que corresponde iniciar una reducción.

Si la mejora estricta se había canalizado por medio de una donación respecto de la cual ya pasaron más de diez años desde la posesión, se aplicará el Art. 2459 CCyC y la acción de reducción no procederá.

En cambio, si se produce la remisión de la discapacidad antes de la apertura de la sucesión y el beneficio se realizó por un testamento, se ha sostenido que, si se demuestra esta circunstancia, quedará sin efecto la disposición testamentaria, sin necesidad de promover acción de reducción. En cambio, si se hizo mediante una donación estará sujeta al valor de reducción.

La discapacidad, según Olmo (2019) “debe existir al momento de la apertura de la sucesión (fallecimiento del causante) y no necesariamente al momento del otorgamiento del testamento, ni tampoco al momento de la partición. Por lo tanto si se hace una mejora en los términos del Art. 2448 CCyC a favor de un heredero que no tiene una discapacidad pero que luego, al momento de la apertura de la sucesión, se encontrara en una situación de discapacidad, entonces la mejora es válida. A la inversa, si se beneficia a una persona que tiene una discapacidad al momento de la mejora (por ejemplo cuando se hace un testamento), pero que luego cuando sucede la apertura de la sucesión ello se ha modificado y ya no tiene una discapacidad, entonces es improcedente. Lo mismo ocurre si el causante previó la posibilidad de una discapacidad que luego no sobrevino al tiempo de la apertura de la sucesión. Del mismo, si se beneficia a una persona con discapacidad al momento de la apertura de la sucesión, la mejora estricta es válida a

pesar de que luego su situación haya cambiado por motivo de recuperación, incluso si ocurre antes de la partición. Ello deriva del carácter de “permanente o prolongada” con el Art. 2448 CCyC define a la discapacidad. Es decir, ella puede presentarse en forma prolongada, pero no permanente, de modo que la recuperación posterior es irrelevante y no hace perder el beneficio. En cambio, la doctrina concluye que la discapacidad ocasional no prolongada directamente queda excluida de los alcances de la norma”.

El causante puede hacer liberalidades dentro de los límites de la porción disponible, sea para mejorar a un heredero legitimario o bien a favor de terceros. Si se excede de la porción disponible, estaría lesionando la porción legítima de sus herederos legitimarios, por lo tanto se debe reducir el exceso.

Si la reducción de las disposiciones testamentarias no es suficiente para que quede resguardada la porción legítima, el heredero legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante.

Como las liberalidades que se dejan para mejorar al heredero con discapacidad no se imputan a la porción disponible, sino a un tercio de las porciones legítimas, corresponde su reducción cuando exceden ese límite.

Puede ocurrir que la mejora estricta incluya la porción disponible y que, eventualmente esta parte no pueda cumplirse porque la porción legítima de los restantes coherederos se encontrara vulnerada por la existencia de donaciones efectuadas por el testador, en tal supuesto lo primera que habrá que reducirse son las disposiciones testamentarias, entre ellas la parte de la mejora correspondiente a la porción disponible que pretende otorgarse al heredero con discapacidad. No obstante, la cuota específica de su mejora estricta podrá cumplirse, dado que implica una detracción de la porción legítima de los restantes herederos legitimarios que concurren con el beneficiario.

8.1. Exclusión del cónyuge

El Art. 2448 CCyC solamente trata de descendientes o ascendientes con discapacidad, excluyendo así al cónyuge supérstite. Se podría alegar que el cónyuge supérstite goza de otras medidas de protección, como por ejemplo el hogar conyugal o el derecho real de habitación, independientemente de que tenga o no una discapacidad. Por lo tanto a los otros herederos también podría alegarse que gozan de una protección

al asignarles una porción legítima, por este motivo creemos fundamental que la primera parte del Art. 2448 CCyC debió necesariamente incluir al cónyuge discapacitado. Esto fue propuesto en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se desarrollaron en la ciudad de Buenos Aires en el año 2013 en donde se votó por unanimidad que “debe mantenerse la mejora del Proyecto de 2012, incorporándola a favor del cónyuge con discapacidad”. Sin embargo, la recomendación no fue aceptada en el texto definitivo del Código Civil y Comercial. La norma distingue a los herederos legitimarios en detrimento del cónyuge. Una futura reforma legislativa, debería incluirlo entre los beneficiarios.

9. Fundamento de la mejora a herederos con discapacidad

El fundamento de esta mejora a favor de los herederos del causante que padecen algún tipo de discapacidad, tiene que ver con la solidaridad familiar. Con ella se pretende igual o equiparar a los herederos, otorgándole una mejora para los que por circunstancias de salud ya sea física o mental que le genere un impedimento o dificulte insertarse en la actividad laboral o educacional, puedan contar con un respaldo extra al resto de los herederos que no padezcan ningún tipo de impedimento para poder implantarse en la sociedad en los temas ya mencionados.

Córdoba (2016) dice que “la igualdad civil consiste en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas pero sucede que hay diferencias justas que deben tomarse en cuenta, para no incurrir en un trato igual a los desiguales. El derecho a la identidad y el derecho a ser diferente obligan, desde la igualdad, a tomar en cuenta lo que en cada ser humano y en cada grupo social hay de diferente con los demás. Por ello es que el discapacitado requiere de normas que lo diferencien”.

Lloveras (2018) establece que “es siempre una preocupación dentro del ámbito familiar asegurar el futuro de las personas con discapacidad ante la muerte de las personas que proveían a su sostenimiento”.

10. Cálculo para la mejora a herederos con discapacidad

El Art. 2448 CCyC establece la cuantía de la mejora referente al heredero que se encuentre discapacitado, siendo éstos los ascendientes y descendientes del causante. En

ambos casos, además de la porción disponible, se puede realizar una mejora estricta de un tercio de las porciones legítimas que le corresponden a cada uno. En el caso de los descendientes discapacitados, tendrán una porción de un tercio y además de esta el causante puede disponer de hasta un tercio de la legítima. Para los herederos ascendientes discapacitados, tendrán una porción disponible de un medio y el causante puede realizar la mejora utilizando hasta un tercio de la legítima a su favor.

El legitimario afectado por vía de la acción pertinente, podrá requerir al juez del sucesorio la potestad de demandar la razonabilidad del beneficio en función del principio de inviolabilidad imperante en la materia (Art. 2477 CCyC). No se ha previsto acción alguna para el supuesto donde el causante realice una mejora inspirada en la discapacidad del heredero y éste goza de buena salud o no llega a quedar inmerso en el concepto de discapacidad. Se entiende que los restantes legitimarios podrán hacerlo a través de las acciones de reducción y complemento contempladas.

Coherentemente con el principio de que la apertura de la sucesión y la transmisión se producen desde la muerte del causante, no se prevé el destino de los bienes que integran la mejora en caso de superarse la discapacidad.

11. Realización de la mejora

La mejora a favor de herederos discapacitados, se puede llevar a cabo por cualquier medio, ya sea por fideicomiso, donación, usufructo o habitación de bienes determinados, legados de bienes o alimentos, la indivisión forzosa de algún o algunos bienes, será a elección del causante el medio que crea preferente para realizarlo.

12. Fideicomiso

El Código Civil y Comercial en el Art. 1666 dispone que hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de sus bienes a otra llamada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.

Este contrato contiene la individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no ser posible debe constar la inscripción de requisitos y características de los bienes, también la determinación del modo de incorporación de otros bienes, plazo o condición de la propiedad fiduciaria, identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo, el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo, también los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de su sustitución si cesa.

El fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad o a su muerte.

El contrato debe inscribirse en el registro público que corresponda; puede ser celebrado por instrumento público o privado excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público.

Pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentren en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras.

En cuanto a los sujetos encontramos el beneficiario que puede ser una persona humana o jurídica, puede existir o no al tiempo del otorgamiento del contrato. En este último caso, deben existir elementos que puedan individualizarlos. Los beneficiarios pueden ser el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario. El derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, excepto que el fiduciante expresamente disponga lo contrario.

El fideicomisario es la persona a quien se le transmite la propiedad al concluir el fideicomiso. Pueden serlo el beneficiario o una persona distinta, pero en ningún caso podrá ser el fideicomisario o el fiduciario.

El fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica. Este puede ser beneficiario, en tal caso debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.

12.1. Constitución de fideicomiso para realizar la mejora

El testador no puede imponer gravamen ni condición a las porciones legítimas, esto responde al principio de intangibilidad de la legítima, en el caso en que el causante vaya en contra de este principio, dichos gravámenes y condiciones se tendrán por no escritas.

Este principio de intangibilidad de la legítima tiene una excepción regulada en el Art. 2448 CCyC, donde se tomará como válido el fideicomiso realizado por testamento aun cuando para formarlo, el testador haya destinado bienes cuyo valor exceda el límite de la porción disponible, siempre que sea a favor de un heredero ascendiente o descendiente con discapacidad, implicando una mejora.

12.2. Fideicomiso con finalidad testamentaria

El fideicomiso testamentario no es el mismo que el contrato de fideicomiso con finalidad testamentaria, en este último el testamento no es el acto constitutivo sino que lo es un contrato, en donde el fiduciante manifiesta su voluntad sucesoria, la que será cumplida por el fiduciario a la muerte de aquel, sin que sea necesario proceder a diligencias de sucesión legítima o testamentaria.

El derecho argentino prohíbe esta tipo de contrato, porque la herencia futura no puede ser objeto de contrato, ni tampoco los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares excepto lo que dispone el Art. 1010 CCyC, tampoco se permite la aceptación o renuncia de herencias futuras y la Irrenunciabilidad de la porción legítima de una sucesión aún no abierta, recordamos que la muerte real o presunta de una persona causa la apertura de la sucesión y la transmisión de su herencia. Los pactos sobre herencia futura también están prohibidos por ir en contra del orden público.

13. Donación

El causante puede a favor de sus herederos discapacitados realizar una donación, la ley presume que esta donación se trata de un adelanto de herencia, excepto que expresamente aclare lo contrario. Para que la donación sea considerada como título de

mejora sólo se deberá dispensar de colacionar, esto puede plasmarse tanto en la escritura de donación como en un testamento posterior a ella.

Para que se impute a la porción de mejora estricta, no basta con dispensarlo de colación, sino que también debe expresar que se trata del supuesto del Art. 2448 CCyC. Para que esta no sea imputada a la porción disponible sino a la porción de mejora estricta que se toma de la legítima global.

CAPÍTULO 5

“PROPUESTA”

1. Propuesta

El motivo de este trabajo, es proponer una ley que tenga como fin la incorporación del cónyuge al Art. 2448 CCyC, el cual trata sobre la mejora hecha a favor de herederos discapacitados, el mismo establece que la mejora solo puede hacerse a ascendientes o descendientes del causante y nada dice sobre su cónyuge, lo que hace suponer que este último es excluido de la norma.

Proponemos entonces, que este derecho a la mejora a favor del cónyuge discapacitado nazca con independencia de que exista un descendiente menor de edad o un ascendiente discapacitado.

Cabe destacar que el cónyuge ya cuenta con el derecho de retirar el cincuenta por ciento de la herencia como socio conyugal, pero entendemos que al ser una persona que padece una limitación para poder integrarse a la sociedad, a la posibilidad de acceder un trabajo con el que pueda satisfacer sus necesidades, o teniendo este un trabajo no llegue a cubrir con los gastos para su subsistencia ocasionados por la discapacidad que padece, o se le dificulta la posibilidad de capacitarse para luego acceder a una ocupación remunerada, este se encuentra en una situación desventajosa frente a los otros herederos y consideramos que es fundamental protegerlo para asegurar su subsistencia con una calidad de vida que le permita transitar su discapacidad con dignidad.

La protección que buscamos incorporar se debe al respeto y la solidaridad familiar, en la actualidad el concepto de familia se ha ido transformando, los valores hacia la familia a medida que pasa el tiempo van reduciéndose, de igual manera sucede con el respeto a los ancianos y discapacitados, es por ello que consideramos que el cónyuge que padece esta alteración en su físico o mente requiere de cuidados específicos y tiene derecho a vivir dignamente, lo que pretendemos es que a la hora de fallecer el causante, su cónyuge no se encuentre desprotegido, que pueda transitar su enfermedad o estado de salud en el que se encuentra con la tranquilidad de que podrá mantener su calidad de vida de la misma manera que lo hacía cuando el causante lo asistía económicamente, siempre hablamos de una discapacidad que sea invalidante o que presente dificultad para acceder a un trabajo, o cuando el trabajo que tiene no es suficiente para cubrir sus necesidades básicas ya que este dependía económicamente del causante.

La mejora que proponemos no es el mismo porcentaje que establece el Art. 2448 CCyC para ascendientes o descendientes, porque el cónyuge ya cuenta con el cincuenta por ciento como socio conyugal y además cuenta con la porción disponible que podría ser hecha a favor de él, entonces en este caso en lugar de que el causante pueda disponer de hasta un tercio de la legítima como mejora, además de la porción disponible proponemos que pueda disponer de hasta un medio de la legítima a favor de su cónyuge discapacitado.

El porcentaje de un tercio que pretendemos como mejora, lo tomamos en referencia al mismo que se establece a favor de descendientes y ascendientes del causante.

Encontramos que la porción legítima para descendientes y ascendientes se vea reducida al realizar esta mejora a favor del cónyuge discapacitado; pero priorizamos la reducción de la legítima a favor del cónyuge discapacitado por encontrarse este en una situación de vulnerabilidad, desprotección e impedimento para su manutención y poder transitar dignamente su estado de salud.

Encontramos la fundamentación de nuestra propuesta en el deber familiar, la solidaridad familiar como uno de los pilares fundamentales de la sociedad, en este caso es aún más importante a nuestro entender, al tratarse de un integrante de la familia que padece una discapacidad, por este motivo el mismo se encuentra en una posición desventajosa en relación al resto de los herederos que no la padecen, en relación a encontrarse impedido de integrarse a la sociedad, a proporcionarse los medios económicos para poder sobrellevar su condición. También tenemos en cuenta el principio de la no discriminación y trato digno consagrado en la Constitución Nacional.

Otro motivo en el cual fundamentamos nuestra propuesta es en el derecho real de habitación que se le otorga al cónyuge supérstite, entendemos en este caso que si se le da este derecho, siendo una persona que puede acceder a los medios económicos para su sustención, porqué no podría mejorar al cónyuge siendo este una persona discapacitada, con desventajas considerables de poder acceder a la inserción laboral y social.

Parte de la doctrina considera que esta mejora que pretendemos incorporar al Art. 2448 CCyC, lesiona la porción legítima de los descendientes y ascendientes y piensan que de esta forma el cónyuge se quedaría prácticamente con la totalidad de la herencia; nosotros priorizamos al cónyuge discapacitado frente a los otros herederos sanos, que

claramente se encuentra limitado en sus funciones para su manutención y sustento de vida.

Por medio de la mejora, el causante puede dejarle al heredero con discapacidad una parte de la herencia mayor en detrimento de la porción legítima de los otros herederos. En el derecho argentino, antes de incorporar esta norma, se le permitía al causante mejorar a un heredero pero siempre dentro del límite de la porción disponible, es decir que la porción legítima no se encontraba afectada o reducida por esta causa, con la incorporación del Art. 2448 CCyC se permite utilizar parte de la porción legítima para favorecer a su heredero discapacitado. La doctrina, para fundamentar esta norma, se ha basado en el principio de solidaridad familiar en función asistencial del derecho sucesorio, mismo principio que tomamos en cuenta para argumentar nuestra postura de incluir al cónyuge.

También nos basamos en el Art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, que dispone el mismo reconocimiento como personas ante la ley, le impone a los Estados parte en su inciso 5 garantizar el derecho a las personas con discapacidad a ser propietarias y heredar bienes.

El Art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional establece que le corresponde al Congreso Nacional legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos, especialmente a las personas con discapacidad.

Consideramos que las personas discapacitadas son más vulnerables que el resto, ya que tienen un riesgo mayor de perder la vida y tienen menores de posibilidades de sustento de vida, cuando muere la persona que la asistía emocional y económicamente, y de esta manera se encuentra en inferioridad de condiciones para cubrir sus necesidades, es aquí donde el testador puede temer por la situación en la que se encontrará su cónyuge discapacitado en el caso de morir, y surja la posibilidad de querer “acompañarlo”, resguardarlo y protegerlo a través de una mejora, para su propia tranquilidad, la de su cónyuge con discapacidad y para el resto de su familia, para que estos no tengan que tomar futuras medidas en consecuencia de su problemática, ya sea económicas o de asistencia, cubriendo así al cónyuge de posibles deterioros físicos y anímicos por medio de la mejora; en otras palabras, dándoles al cónyuge, al resto de los herederos y dándose al él, la tranquilidad y respeto que merece una persona discapacitada y que además, es su cónyuge.

Entendemos que este tipo de mejora será solo por voluntad del causante, no opera de pleno derecho, ni el cónyuge discapacitado podrá reclamarla luego de producido el deceso del testador, invocando su condición de tal en el caso de que no se haya previsto con anterioridad.

A nuestro entender los valores familiares, la piedad familiar son los pilares de toda sociedad y deben estar protegidos aún más en el caso de que uno de los que conforman la familia se encuentre discapacitado. Nuestro código ya contempla la situación de tratarse de ascendientes o descendientes con esta problemática pero encontramos necesario regular la situación del cónyuge discapacitado basándonos además de la solidaridad familiar, en los derechos que gozan las personas con discapacidad que merecen un trato justo y contar con las condiciones necesarias para llevar su estado de salud de forma digna.

De acuerdo al principio de igualdad, consideramos que el cónyuge discapacitado debe gozar de los mismos derechos que los ascendientes y descendientes del causante, en nuestro caso es el derecho a la mejora propia.

En resumen, ¿nuestra propuesta afecta a la legítima?, sí, afecta la porción legítima de los otros herederos, pero entendemos que es por el bien de una persona, en nuestro caso, el cónyuge, que al encontrarse discapacitado se lo prioriza por estar en una situación vulnerable y desventajosa por su condición en relación al resto, la mejora se pueda realizar con el porcentaje de un tercio de la legítima, pudiendo así el causante priorizar a su cónyuge discapacitado para dejarlo en las condiciones más dignas posibles ya que a su muerte, este no podrá ocuparse de las necesidades que en vida le proporcionaba.

A medida que van pasando los años, las personas con discapacidad comienzan a sufrir deterioros en su cuerpo y salud mayores que una persona sana, además la velocidad con la que ocurren es aún más rápido, su condición se va a agravando o se va resintiendo o debilitando el resto de su cuerpo o sus funciones. Por este motivo los gastos que implican los medicamentos, tratamientos, transporte, rehabilitación, no siempre son reconocidos en su totalidad por las obras sociales y prestadoras de servicios. Más aún si mencionamos que muchas de estas personas requieren de cuidados, en forma parcial o permanente de una persona capacitada para que la ayude en sus tareas habituales, por eso enfatizamos la importancia de la inclusión del cónyuge, porque si bien él cuenta con una porción de la herencia y con su porcentaje como socio

conyugal, además del derecho real de habitación, sus gastos de manutención son mucho más costosos y de difícil accesos que los de una persona sana, sumando a esto la falta de inclusión por parte de la sociedad a estas personas que padecen de este tipo de problemática.

Claramente “su mundo” es mucho más difícil, costoso, inestable y limitado que el de las personas que gozan de buena salud, al pasar los años, el cuerpo de todos va deteriorándose de a poco, pero en el caso de las personas con discapacidad, estos procesos de deterioro se ve aún más avanzado y esa idea de inclusión social y laboral cada vez va quedando más lejos.

El cónyuge discapacitado merece ser incluido en el Art. 2448 CCyC, protegiéndolo así económicamente para vivir dignamente y asegurarles en la medida de lo posible, transitar por lo menos sin preocupaciones económicas para solventar los gastos que requiere por su estado de salud.

A nuestro entender, el cónyuge discapacitado debería gozar de los mismos derechos que los ascendientes y descendientes del causante que contempla el Art. 2448 CCyC, basándonos a parte de todo lo expuesto anteriormente, fundamentalmente en el principio de igualdad y no discriminación.

BIBLIOGRAFIA

Caramelo, Gustavo, Picasso Sebastián, Herrera Marisa (2015) “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”. (1º edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Infojus

Córdoba Marcos M (2016) “Sucesiones” (1º edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Eudeba

Goyena Copello Hector R. (2019) “Tratado de derecho de sucesión”. Tomo I (4º edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial La Ley

Goyena Copello Hector R. (2019) “Tratado de derecho de sucesión”. Tomo II (4º edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial La Ley

Goyena Copello Hector R (2019) “Tratado de derecho de sucesión”. Tomo III (4º edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial La Ley

Herrera Marisa, Pellegrini Ma. Victoria (2015) “Manual de Derecho Sucesorio” (1º edición). Bahía Blanca. Editorial Eudeba

Herrero Andres S., Sanchez Herrero Pedro, Iglesias Beatriz (2016) “Tratado de Derecho Civil y Comercial” tomo VIII (10º edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial La Ley

Iglesias Mariana B, Krasnow Adriana N. (2017) “Derecho de las familias y las sucesiones” (1º edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial La Ley

Olmo Juan Pablo (2019) “Herederos con discapacidad” (1º edición). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Astrea.

Perez Lasala, José Luis (2014) “Tratado de Sucesiones”. Tomo I (1º edición). Santa Fe. Editorial Rubinzal – Culzoni

Perez Lasala, José Luis (2014) “Tratado de Sucesiones”. Tomo II (1º edición). Santa Fe. Editorial Rubinzal – Culzoni

Lloveras Nora, Orlandi Olga, Faraoni Fabián (2018) “Derecho de Sucesiones” (1º edición). Santa Fe. Editorial Rubinzal – Culzoni

Zannoni, Eduardo A. (2003) “Manual de derecho de las sucesiones” (4º edición, 2º reimpresión). Bs. As. Editorial Astrea

Páginas web consultadas:

<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>

INDICE

Agradecimientos.....	2
Resumen.....	3
Estado de la cuestión.....	4
Justificación.....	4
Objetivos.....	5
Marco teórico.....	5
Introducción.....	7

Capítulo 1

“Clases de sucesiones”.....	9
1. Sucesión.....	10
2. Apertura de la sucesión.....	10
3. Clases de sucesiones.....	10
4. Sucesores.....	11
5. Investidura de la calidad de heredero.....	12

Capítulo 2

“Legítima”.....	13
1. Concepto.....	14
2. Diferencias entre legítima romana y legítima germánica.....	17
3. Antecedentes.....	17
4. Caracteres.....	18
5. Fundamentos.....	19
6. Herederos legitimarios.....	20
6.1. Descendientes.....	20

6.2. Ascendientes.....	20
6.3. Cónyuge	20
7. Herederos a los que les corresponde la porción legítima.....	20
8. Desde que momento se los considera herederos legitimarios.....	21
9. Porción forzosa.....	22
10. Irrenunciabilidad de la legítima.....	22
11. Acciones para proteger la legítima.....	22

Capítulo 3

“Libertad para testar y restricciones”.....	24
1. Libertad para testar.....	25
2. Restricciones.....	26
3. Sistemas sucesorios.....	26
4. Capacidad para testar.....	28
5. Voluntad del testamento.....	29
6. Ausencia de voluntad.....	29
7. Voluntad viciada.....	30
8. Testamento.....	30
8.1. Tipos.....	30
8.2. Inhabilidad para suceder por testamento.....	32
9. Autonomía de la voluntad y orden público.....	33
9.1. Fundamentos de la libertad de testar y de la legítima.....	36

Capítulo 4

“Mejora a favor del heredero con discapacidad”.....	37
1. Concepto de mejora.....	38

2. Diferencia entre mejora y mejora estricta.....	38
3. Origen del instituto de la mejora.....	39
4. Mejora a favor del heredero con discapacidad.....	41
5. Opinión de la doctrina.....	43
6. Evolución histórica del concepto de discapacidad.....	43
7. Diferencia entre discapacidad e incapacidad.....	48
8. Análisis del Art. 2448 CCyC.....	49
8.1. Exclusión del cónyuge.....	51
9. Fundamento de la mejora a herederos con discapacidad.....	52
10. Cálculo para la mejora a herederos con discapacidad.....	52
11. Realización de la mejora.....	53
12. Fideicomiso.....	53
12.1. Constitución del fideicomiso para realizar la mejora.....	55
12.2. Fideicomiso con finalidad testamentaria.....	55
13. Donación.....	55
 <u>Capítulo 5</u>	
“Propuesta”.....	57
1. Propuesta.....	58
Bibliografía.....	64