

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Secretaría de Posgrado (U.N.L.)

Alumna: NOELIA PAULA LENARDUZZI

Título: “La mejora estricta del art. 2448 Código Civil y Comercial”

Carrera de Especialización: Derecho Sucesorio (2020-2021)-COHORTE 2

Santa Fe, 10 de setiembre de 2022.-

INTRODUCCION: Lo plasmado en el Código Civil y Comercial, en relación a la MEJORA ESTRUCTIVA, es la confirmación de la incorporación de un sistema jurídico con notoria tendencia a promover medidas positivas y de protección, hacia las personas vulnerables dentro del grupo familiar y que surgen de la Constitución Nacional; los Tratados Internacionales y los principios rectores del derecho. Se busca como objetivo principal la igualdad de condiciones, de oportunidades, leyes equitativas, no discriminatorias, y al mismo tiempo sostener el principio de solidaridad familiar. No obstante, al permitir que el causante, opte por mejorar al ascendiente o descendiente discapacitado y al mismo tiempo, pueda realizar liberalidades sobre su porción disponible, incluso a favor de un tercero; ataca ese principio; pues disminuye aún más, la legítima global del resto de los herederos. Por supuesto, que el ordenamiento jurídico, tiene como rumbo, la evolución de una red social que contenga jurídicamente, y a la vez tutele a ciertos sujetos, por ejemplo, los discapacitados, pero al mismo tiempo debe proteger al resto de los legitimarios que también merecen ser resguardados o tutelados-, y son colaboradores del proyecto de vida familiar; no debiendo ser “castigados” o destinados a recibir menos, por el sólo hecho de tener un hermano con facultades disminuidas. Eso evitaría agrandar distancias o crear conflictos entre los más cercanos. Cada núcleo familiar es único, y algunos podrían quedar desprotegidos en el momento que más lo necesitan. Entiendo que una excepción de tal magnitud a la legítima, exige restringir liberalidades a favor de terceros, permitiendo al causante mejorar al heredero más vulnerable, y distribuir sus bienes entre el resto.

TITULO PRIMERO

Capítulo I- LA DISCAPACIDAD

I.1.-CONCEPTO DE DISCAPACIDAD:

El Código Civil y Comercial refiere a la persona con discapacidad en el artículo 48 - inhabilitación por prodigalidad – y en el artículo 2.448 **que es objeto de este trabajo**; y si bien a lo largo del Código aparecen referencias a personas con discapacidad, no hay otras definiciones.

Debemos, entonces, tomar el concepto, en los términos y alcances del dicho artículo, es decir, persona:

A) que padezca una alteración funcional permanente o prolongada,

B) física o mental

C) que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social educacional o laboral.

El Código Civil y Comercial toma el concepto de las leyes nacionales números 22.431 y 24.901, y continúa poniendo el acento en la deficiencia de la persona; sin embargo en marcada incongruencia con el concepto de “*Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*” (CDPD). Convención que tiene validez constitucional por ley 26.378, cuya definición toma el llamado “Modelo Social” (me explayaré más abajo)

Así por “**Ley 22.431**. Sistema de Protección Integral de las personas con discapacidad” sancionada y promulgada el 16 de marzo de 1981, que otorga a las personas con discapacidades atención médica, educación y seguridad social. Se define a la persona discapacitada en su artículo 2: “*A los efectos de esta ley, se considera 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*”; recogida luego también por el artículo 9 de la **ley 24.901** (Ley Nacional de Discapacidad-Sistema de prestaciones básicas, promulgada el 5 de diciembre de 1997) “*Entiéndese por persona con discapacidad, conforme lo establecido por el artículo 2° de la ley 22.431, 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 su integración familiar, social, educacional o laboral*”.

Sin embargo, por ley nacional 26.378, aprobada el 13 de diciembre de 2006, nuestro país adhiere a la “Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, cuyo artículo primero 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". Asimismo, mediante ley 27.044 se le asignó jerarquía constitucional a la CDPD (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional.).

De esta forma, se visualiza la necesidad de modificar o rever nuestra legislación interna en la materia y, con ello, unificar la definición de "persona con discapacidad" antes mencionada. Pues, el concepto de discapacidad de la C.D.P.D., ya no pone el acento en las deficiencias de las personas, sino en las barreras que la sociedad les coloca, para integrarlos y es en esa interacción de donde surge la discapacidad; ello sumado a que se trata de un concepto abierto e inclusivo.

Existe, entonces, una diferencia, entre las definiciones de la DISCAPACIDAD, por lo que deberían unificarse, adaptándolo a lo más actual, es que el volcado en la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (ley 26.378). De todos modos, de existir casos donde la persona puede ser discapacitada para el Código Civil y Comercial, y no para la Convención, consideramos que debe analizarse en sentido amplio, e incluirla, en caso de dudas.

-Certificado de Discapacidad: Con el fin de armonizar los distintos conceptos, debemos preguntarnos: Que de la ley 24.901 surge que la discapacidad se acredita por Certificado Unico de Discapacidad, pudiendo otorgar certificados similares las provincias adheridas a dicha ley nacional. Entonces, la duda que surge del art 2448 del Código Civil y Comercial... es saber si es necesario contar con dicho certificado para acreditar la discapacidad del ascendiente o descendiente. Del texto del artículo no surge su exigencia, *"puesto que la discapacidad no nace del certificado, sino que es solo un modo de acreditarla"*¹

También del texto de la norma, surge que los beneficiarios deben hallarse afectados por cualquier tipo de discapacidad en tanto que esta les produzca "desventajas considerables" en la faz familiar, social, educacional o laboral y como se señaló más arriba, sin establecer porcentajes mínimos ni forma de acreditarla.

¹ OLMO, Juan Pablo, MENOSSI, María Paula, *"Capacidad jurídica y salud mental: aplicación del nuevo Código Civil y Comercial con relación al tiempo"*, *Revista Código Civil y Comercial*, Año 1, N° 1, página 70, Buenos Aires, La Ley, Julio 2015.

Si, aclara la norma que tal discapacidad puede ser permanente o prolongada.

-Sentencia judicial: A diferencia del Derecho comparado, en especial del Derecho Español, el artículo 2448 NO exige inicio de juicio por discapacidad, y menos aún sentencia judicial, que otorgar la mejora estricta. *El criterio objetivo para determinar la discapacidad viene impuesto por la decisión del causante, sea a través de un testamento válido o fideicomiso, no requiriendo acreditación de grado de discapacidad de ninguna índole, hecho que puede acarrear situaciones que generen cierta litigiosidad. Se requiere que el o los beneficiarios se hallen afectados por cualquier tipo de discapacidad en tanto que esta les produzca “desventajas considerables” en la faz familiar, social, educacional o laboral. Dispone la norma que tal discapacidad puede ser permanente o prolongada. La ley no exige el dictado de una acreditación judicial de la discapacidad y tampoco fija porcentuales mínimos en tales padecimientos*²

De generarse dudas en relación a la discapacidad del heredero “mejorado” podrá pedirse judicialmente constatar el estado de la persona favorecida, por el principio de inviolabilidad de las porciones legítimas (art. 2447 CCC), si bien no hay acción específica indicada en el C.C.C., el resto de los herederos podrían hacerlo a través de las acciones de reducción y complemento legisladas.

I.2.-EVOLUCION DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD:

El concepto de discapacidad ha variado con el paso de los años. Al principio se visualizaba, al discapacitado como un ser dependiente y necesitado, en cambio, hoy lo vemos como un individuo con habilidades, recursos y potencialidades. Este giro en la mirada del concepto, estuvo acompañada tanto en el avance de la medicina, tradicional y alternativa, como en la inserción social de las personas discapacitadas, y por sobre todas las cosas verlas como un todo, no separar lo físico, de lo sico-emocional, además de entender que la separación y/o vallas de la integración muchas veces las coloca la misma sociedad.

²”HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo PICASSO, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, segunda edición, Tomo IV, página 194, Buenos Aires, Editorial Infojuris, mayo 2016.

Al principio, las discapacidades físicas y sensoriales se consideraban como un castigo divino, y por este motivo ni se trataban ni se deseaba su inserción social, las personas que las padecían eran ocultadas, y muchas veces se las internaban en lugares donde nadie los incentivaba, solo sobrevivían, era un modelo de prescindencia, pues se consideraba que estas personas no podían aportar nada a la sociedad.

A principios del siglo XV la discapacidad pasa a tener un enfoque más técnico, porque las investigaciones –con las limitaciones de la época- arrojaban como resultado que estas personas eran fenómenos naturales, accidentes, que requerían de una terapia; así se crean los primeros psiquiátricos con la finalidad de rehabilitarlos (modo rehabilitador). Durante la primera mitad del siglo XX **la discapacidad pasa a tener un enfoque médico y asistencial** lo que generó que estas personas sean señaladas, y se las viera como seres dependientes y necesitados, dando lugar a la perspectiva paternalista que hemos mencionado. Pero, durante la segunda mitad del siglo XX se reconoce que el entorno social es un factor determinante en las limitaciones que una persona discapacitada, pudiendo mitigarlas o potenciarlas. Es decir, se pone el acento en el origen social de la discapacidad, en su prevención, rehabilitación, inserción social y familiar. Así, nacen los primeros movimientos sociales, a través de asociaciones formadas por los propios discapacitados y sus familiares, con la finalidad de reivindicar y defender sus derechos (modelo social). Ya no se pone el acento en las diferencias, sino en las barreras que la sociedad coloca en su relación con las personas discapacitadas.

I.3.-Diferencia entre persona discapacitada y persona con incapacidad o capacidad restringida:

La **C.D.P.D.** hace surgir, un sistema de apoyos y amparos, distintos al anterior sistema que sustituye la voluntad de la persona declarada "insana", y hoy le permite ser apoyada y asistida sin reprimir su voluntad

El nuevo régimen de capacidad sostenido por el Código Civil y Comercial recepta dicha normativa internacional en materia de niños, niñas y adolescentes, como así también de personas con discapacidad, de ésta forma, se hace referencia tanto a las personas discapacitadas, como a las disminuidas en sus facultades, teniendo tres grandes grupos: 1) personas discapacitadas, 2) con capacidad restringida, 3) incapaces. Pero también hay normas del Código

se aplican en base a la existencia o no de discapacidad; en otros supuestos se refiere a la falta de razón, (art 261 Código Civil y Comercial) o falta de salud mental (art 403 inc g, 425 inc b. del Código Civil y Comercial) o limitada en sus facultades (art 702 inc c)

En el caso que nos ocupa del art 2448 del C.C.y C, se refiere a la persona con discapacidad: por lo tanto es necesario aclarar que una cosa es que la persona este en situación de discapacidad, y otra que se le haya restringido su capacidad por sentencia judicial.

Por lo que, no hay dudas que hablamos de persona con discapacidad, y así lo propuso la Jornada Nacional de Derecho Civil... *“debe modificarse el art 2391 del Proyecto 2012 en lo que respecta a herederos con capacidad restringida, que deben reemplazarse por herederos con discapacidad”* (hablando del art. 2391 CCC)³

Los Dres. Córdoba y Basset, dicen “no todo incapaz —en el plano jurídico— necesariamente adolece de una discapacidad, ni toda discapacidad o minusvalía física o psicológica implica incapacidad jurídica. Como bien se ha aclarado, *la discapacidad no se identifica necesariamente con la incapacidad*, ya que la primera implica minusvalía por lesión congénita o adquirida que obsta a ciertos trabajos, movimientos, deportes, etc., pero que quizá no implique una incapacidad jurídica. En cambio, algunas causas de minusvalía, tales los casos de demencia y la sordomudez, en tanto el sujeto no sepa darse a entender por otros medios, son causal de incapacidad.”⁴

I.4.- DISCAPACIDAD Y VULNERABILIDAD:

Cuando analizamos los fundamentos de la novedosa figura de la MEJORA ESTRICTA del art. 2448 CCC, notamos que el objetivo es proteger a las personas más “vulnerables” dentro del núcleo familiar.

³ Conclusiones de la “XXIV Jornada Nacional Derecho Civil”, 26, 27 y 28 de Septiembre de 2013, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires

⁴ CÓRDOBA, Marcos M., BASSET, Úrsula C, *Textos propuestos al Honorable Senado de la Nación*, Buenos Aires, Thomson La Ley.

La expresión vulnerable, según el diccionario ⁵refiere a “*la persona, al carácter o al organismo que es débil o que puede ser dañado o afectado fácilmente porque no sabe o no puede defenderse*”, también considerada a quien “*puede ser herido o recibir una lesión física o moral*”.

También podemos mencionar que la “Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja”, sostiene que “*la vulnerabilidad puede definirse como la capacidad disminuida de una persona o un grupo de personas para anticiparse, hacer frente y resistir a los efectos de un peligro natural o causado por la actividad humana y para recuperarse de los mismos*”⁶

Podemos decir que estas personas tienen menor capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto.

En el orden legal, nuestra Constitución Nacional señala como vulnerables a los niños, las mujeres o los ancianos y a las personas con discapacidad, quienes deberán ser objeto especial de protección.(Artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional).

Es importante señalar, que este estado de indefensión, trasciende la carencia de recursos materiales, pues la vulnerabilidad, no se limita a los indigentes, sino que impacta sobre todos los grupos sociales, si bien la gravedad puede ser diversa. Y no olvidemos, la falta de conocimiento o ignorancia como un factor importante de vulnerabilidad, ya que impide adquirir conciencia de nuestros actos y limitaciones. Tampoco podemos perder de vista, que en principio todos los seres humanos somos vulnerables, en determinadas situaciones, ya que es inherente a nuestra condición humana.

Es deber del Estado conducir al sostenimiento y contención de todas las personas, en especial las más vulnerables, ello incluye tanto a los descendientes o ascendientes incapaces (contemplados en el art 2.448 del Código Civil y Comercial) como a los capaces, sin olvidar al cónyuge supérstite, excluído por esta norma y que puede estar sujetos a vulnerabilidad por distintas causas.

⁵ Diccionario Enciclopédico Vox 1., primera edición, pagina 250, Editorial Larousse, año 2009.

⁶ Informe de la Federación Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna, Ginebra, 2017.

No obstante lo expuesto y entendido por todos, es importante tener en cuenta, que en determinadas circunstancias o condiciones, todo ser humano puede ser vulnerable, más allá de su discapacidad; por ende ser discapacitado no es sinónimo de vulnerabilidad y viceversa.

TITULO SEGUNDO-CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO SUCESORIO

Código Civil y Comercial:

El Código Civil y Comercial receipta la llamada “Constitucionalización del derecho sucesorio”, ya en su artículo 1º, primera parte reza... *“Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte”*.

De esta forma se reconoce tanto a la jurisprudencia y como a la doctrina, fuentes del derecho que fueron poco a poco analizando nuestra ley a través de los Tratados Internacionales; para ello destacamos los fundamentos del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial, en relación a éste punto... *“ innova profundamente al receiptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, la de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”*.⁷. Estos fundamentos, son el corolario de una evolución que comienza en la década de los 90, donde van tomando cada vez más protagonismo jurídico los Tratados Internacionales, siendo reconocidos por distinta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, incluso en caso de incurrir en contradicciones, con normativa positiva interna; ejemplo de ello son los casos "Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros" del 7/7/92 ⁸y "Fibraca Constructora S.C.A. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", del 7/7/93⁹; donde se impone

⁷ Comisión Redactora para la creación de un Código Civil y Comercial creada por Decreto Nacional 191/ 2011, *Fundamentos del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial*

⁸ E.64.XXIII

⁹ F.433.XXIII.

a los órganos del Estado Argentino -una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales- asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna.

También en el conocido fallo “Cafés La Virginia S.A. s/ Apelación (por denegación de repetición)”¹⁰, si bien este fallo trata sobre Derecho Contencioso Administrativo, la C.S.J.N. dijo que debe darse supremacía a una norma bilateral (en este caso entre Argentina y Brasil), ya que la norma argentina transgrede los términos del Acuerdo (surgido de un Tratado Binacional). Vulnerar el acuerdo internacional, “vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas (art. 31 y 75 inc. 22 CN) e infringe el principio de legalidad en materia de imposición de gravámenes y contribuciones.”¹¹

Por ello, es necesario, relacionar esta protección, con el principio de “**igualdad de condiciones**”, que nos indican los artículos 14 y 28 de Constitución Nacional, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en especial, entre los mismos descendientes o ascendientes; **solidaridad familiar y no discriminación**.

Como señala la conocida Dra. Olga Orlandi...**“las personas con discapacidad son consideradas sujetos vulnerables en tanto sufren mayor riesgo a perder la vida, sus bienes, sus propiedades y su sistema de sustento ante la muerte de quien proveía, apoyaba y/o satisfacía sus necesidades.”**¹²

Por ello, y según los fundamentos del Nuevo Código Civil y Comercial, en relación a este punto *“se amplía la porción disponible cuando existen herederos con discapacidad, en consonancia con los tratados internacionales que protegen a las personas, que han sido ratificados por el país”*¹³

¹⁰ “Cafés la Virginia S.A s/ apelación por denegación de repetición”, Fallo 317:1282, del 10.10.1994, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

¹¹ Jurisprudencia citada

¹² ORLANDI, Olga Vulnerabilidad y Derecho Sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad, Editorial Infojus, 2015

¹³ Comisión Redactora para la creación de un Código Civil y Comercial creada por Decreto Nacional 191/ 2011, Fundamentos del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial I

Se intenta así, llegar a “...mayor autonomía de la voluntad, el aumento de la porción disponible y la posibilidad de otorgar liberalidades brindan a las personas mayor margen para realizar una verdadera planificación sucesoria y proteger a los más vulnerables.”¹⁴

TRATADOS INTERNACIONALES:

La “Convención sobre los derechos de las Personas con discapacidad” (CDPD), en armonía con la nueva perspectiva sobre los Derechos Humanos, y con jerarquía constitucional, establece en su Artículo 12.5 que “los Estados Partes tomarán las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás a(...) heredar bienes.

Sin embargo, la Convención no establece pautas o parámetros generales, sobre los cuales los ordenamientos nacionales deban regular la sucesión mortis causa, en relación a estas personas discapacitadas, solo se limita a enunciar el reconocimiento expreso de un derecho a su favor.

II. 1-APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO FUENTE DEL DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES:

La igualdad en todas las esferas de la vida y más aún ante el derecho o la justicia, es un valor incólume que está presente en los diferentes estados por los que pasa una persona como parte de un Estado constitucional, social y democrático. La nueva exégesis del Código Civil y Comercial de la Nación, consagra la igualdad, como fundamento de políticas, de instituciones y por supuesto en lo que atañe a las familias en sus diversas formas, este núcleo, fue mirado por el nuevo compendio al ser reformado. Así, los cambios introducidos en el derecho de familia, se ven hoy reflejados en el derecho sucesorio. Hoy ya no se concibe la familia solo en su forma tradicional, madre, padre e hijos; sino que se considera familias de distintos tipos, ya sean monoparentales o ensambladas; ampliándose así el concepto, con el fin de proteger a sus integrantes, independientemente de cómo estén conformadas. Estos cambios traen

¹⁴ SPINA, Marcela Viviana, Derecho de Familia Modelo Siglo XXI. Especial Consideración al Derecho de los Ancianos, exposición en la XXXVII Jornada Notarial Bonaerense, Junín, provincia de Buenos Aires, año 2011.

consecuencias en el derecho sucesorio, por ejemplo, heredan de la misma forma tanto hijos matrimoniales como extramatrimoniales, no hay causales subjetivas de divorcio, y ello hace que el divorciado pierda su derecho a heredar, sin importar si fue culpable o inocente en su separación.

La finalidad de esta solidaridad familiar, es reconocer el bien común, poniendo énfasis en la dignidad humana; independientemente de las diferencias de hecho que puedan tener. La justificación es mejorar a quienes tienen menos recursos u oportunidades de desarrollarse tanto material como espiritualmente. La solidaridad es el medio para poder lograr la igualdad dentro de la familia.

II. 2-CONCEPTO DE FAMILIA:

No existe un concepto unívoco de familia que comprenda todo su alcance, ya que trasciende lo privado y lo social, su naturaleza jurídica se encuadra dentro de la idea de institución, pues se conforma por la combinación de pautas que regulan el comportamiento de sus integrantes y los orienta al logro de objetivos comunes.

Como el derecho de sucesiones y el de familia se complementan; la protección de ésta y de la persona humana frente a actos de discriminación, va evolucionando y receptando de manera favorable en lo cotidiano y en lo legal, el respeto por la integridad personal. La familia es una estructura de lazos humanos interpersonales íntimamente vinculada con la esencia misma de la persona humana y su desarrollo, y debe contar con la más amplia protección posible.

Por eso mismo, debe evitarse caer en definiciones cerradas, enumeraciones de caracteres que limiten las posibilidades, buscando rescatar el elemento fundamental de toda familia, que serían, los lazos afectivos que determinan el tipo de relación de sus integrantes en pos del desarrollo humano de cada uno de ellos.

Ante el nuevo paradigma, este principio se tornó importante, ya que se produjo una alineación plena de derechos y garantías a estos grupos en estado de vulneración, que venían siendo postergados por el antiguo modelo, y segregados por su condición de tal.

Si bien es cierto que la familia va teniendo modificaciones a lo largo de los años y de acuerdo de las distintas realidades, siempre es una institución imperante, que tiene como objetivo la unión de voluntades hacia un objetivo común; por ello hoy también la familia es una institución solidaria.

Ahora bien, dentro de este círculo de afecto, existen personas que necesitan gozar de las mismas posibilidades que el resto de sus integrantes, en igualdad de trato y de oportunidades, para así no caer en una discriminación manifiesta vulnerando sus derechos; por ello las protecciones especiales que introduce nuestro código.

Cabe ahora preguntarnos, si con el fin de proteger a esas personas más vulnerables, dejamos sin la adecuada protección al resto de los integrantes de la familia, lo analizaremos en el capítulo siguiente, a la luz de la legítima hereditaria.

II.3-LA LEGITIMA HEREDITARIA

II.3.1-CONCEPTO:

Es de destacar la definición de LEGITIMA, indicada por los Dres Medina y Rolleri en su obra Derecho de las Sucesiones (2017), quienes exponen: *“La legitima es una limitación legal y relativa a la libertad de disponer por testamento o donación, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia o de bienes líquidos en favor de los denominados “legitimarios”*.¹⁵

Veléz Sarsfield, en el artículo 3.591 del Código Civil, decía que es *“un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia”*, pero siguiendo a los autores citados, *“dicho concepto era limitado ya que aquella no se calculaba solamente sobre el patrimonio dejado al fallecer, sino también sobre el valor de las donaciones hechas, en vida, por el causante”*

¹⁵ MEDINA, Graciela, ROLLERI, Gabriel, *Derecho de las Sucesiones*, primera edición, pagina 574, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, Año 2017

Si bien el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no introduce una definición de legítima, se pronuncia respecto de quienes son los legitimarios, cuáles son las porciones; cómo se calcula la masa hereditaria y cuáles son sus acciones de protección.

Asimismo en los fundamentos del Nuevo Código se indica *“El anteproyecto disminuye la porción legítima de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción; responde, de este modo a una doctrina mayoritaria que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield, y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante....”*

Podríamos considerar que la porción legítima en materia sucesoria, es aquella parte de la herencia, que el causante debe reservar a los legitimarios (antes llamados herederos forzosos) y de la cual no pueden ser privados, salvo atenuaciones contempladas por ley. Siendo importante aclarar, que esta limitación solo se refiere a actos de disposición, entre vivos **a título gratuito** o disposiciones testamentarias, quedando excluidos los actos de disposición entre vivos a título oneroso, sin perjuicio de que puedan aplicarse excepciones.

“La legítima constituye una institución con arraigo en el derecho sucesorio que compatibiliza la autonomía de la voluntad del causante con los derechos hereditarios de los herederos forzosos.” ¹⁶

Además, la legítima, es una institución prácticamente universal. BORDA explica que solo en la mayor parte de Estados Unidos y Canadá, aferrados a sus tradiciones, se mantiene el principio de la absoluta libertad de testar. ¹⁷

Así, la modalidad clásica de LEGITIMA se va transformando hacia una solución diferente, teniendo como objetivo la protección familiar...en el Derecho comparado podemos ver que algunos países la sustituyen por prestaciones de alimentos... BORDA instruye sobre esta tendencia en el derecho comparado, afirmando: *“En México y en los países centroamericanos (Honduras, El Salvador, Panamá, Guatemala, Nicaragua), la noción clásica*

¹⁶ POSCA, Ramón Domingo, *LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN*, , año I, número 2, *Revista Jurídica Electronica Facultad de Derecho Universidad Nacional de Lomas de Zamora*, año 2015

¹⁷ BORDA, Guillermo A.: *Tratado de Derecho Civil – Sucesiones-* Tomo II, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003, pág.83 .

de la legítima ha sido sustituida por la obligación de dejar a ciertos parientes una parte de sus bienes en concepto de alimentos. Es decir, el principio es la libertad de testar, aunque esa libertad no es absoluta, pues debe hacerse reserva de ciertos bienes en favor de determinados parientes con el propósito de evitarles el peligro de caer en la indigencia. Es común que los beneficiarios de alimentos sean personas menores de edad, ancianas o con capacidades especiales” ¹⁸

En nuestro país con anterioridad a la reforma se han formulado ideas al respecto, así fue que en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires 26, 27 y 28 de septiembre de 2013. Comisión N° 7 –Sucesiones – Tema: “La Legítima y su protección”. La minoría propuso “reemplazar el sistema de legítima por el de libertad testamentaria y por un sistema de obligaciones alimentarias post mortem a favor del cónyuge, menores e incapaces, ascendientes y personas vulnerables”. Sin embargo, la mayoría decidió la posición contraria, que luego fue receptada por el nuevo Código Civil y Comercial.

II.3.2-Características de la LEGITIMA (art. 2447 y 2449 CCC):

Los legitimarios no pueden ser afectados en las porciones legítimas, ni pueden ser privados por testamento ni por actos entre vivos a título gratuito (Artículo 2444 del CCyCN). La porción legítima no puede ser condicionada, salvo excepciones como el artículo 2448 del CCyCN que se refiere a los herederos con discapacidad.

LA LEGITIMA tiene las siguientes características:

- a) INVIOLABLE e INTEGRAL: ya que el causante no puede deteriorar el derecho de sus derechohabientes. Es intangible, no puede ser modificada, ni por actos entre vivos ni por actos de última voluntad.

El artículo 2.447 del Código Civil y Comercial indica que “el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas”

Como ejemplo podemos indicar la prohibición de la privación del uso y goce de los bienes, la prohibición de enajenar, de alquilar, constituir servidumbres, o restricciones sobre la administración de los mismos. No puede estar sometida a gravámenes, condiciones o cargas que imponga el testador o causante, o similar que sea impuesta para impedir al heredero hacerse

¹⁸ **BORDA**, Guillermo A.: *Tratado de Derecho Civil – Sucesiones- Tomo II*, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003, pág.83 .

de su legitima legal. Y de haberse impuesto, serán consideradas como no escritas. La legitima es inatacable, es inviolable. Es integral también porque no puede ser reducida, es completa, por lo que si existieron liberalidades efectuadas con anterioridad, las mismas podrán ser reducidas, para asegurar la legitima a todos los herederos.

Desde el momento de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, se ha disminuido la porción de legitima hereditaria, que sigue quedando protegida por cuotas de menor proporción, pues el sistema de legitima es de orden público y su protección se observa tanto desde la voluntad del causante, como desde las legitimaciones de los herederos forzosos.

- b) **IRRENUNCIABILIDAD.** Los legitimarios no pueden renunciar a la herencia de una sucesión no abierta, es decir cuando la persona aún está viva. La razón de esa limitación se plasma en la prohibición de los pactos sobre herencia futura y renunciar a derechos futuros o eventuales sobre herencias futuras. En cambio, una vez abierta la sucesión, los herederos podrán renunciar a la legitima: sea que se renuncia a la herencia, o solo renunciar de manera puntual a la legitima. Ello acarrea consecuencias distintas; pues si renuncia a la herencia, el heredero no es considerado heredero, se considera como si nunca lo hubiese sido, con la excepción del derecho de representación de los descendientes del renunciante. En cambio si solo renuncia a su porción legitima, el heredero sigue siendo heredero, manteniéndose también su obligación de colacionar, en el caso de existir liberalidades hechas a su favor.
- c) **ORDEN PUBLICO:** las normas de la legítima son de ORDEN PUBLICO, ya que no puede ser burlada por la voluntad de las partes.
- d) **INVARIABLE:** pues los descendientes recibirán siempre los dos tercios de la herencia, no interesando si concurren uno o cinco hijos. De la misma forma, los ascendientes recibirán un medio de la herencia, sean uno o dos. Lo que es distinto a la porción hereditaria que es la parte que recibe cada derechohabiente, y por supuesto puede variar.

II.3.3-PORCIÓN LEGÍTIMA Y PORCIÓN DISPONIBLE

La herencia del causante y/o del testador, se divide en dos grandes masas: PORCION LEGITIMA Y PORCION DISPONIBLE, son dos caras de una misma moneda. La porción legítima es la parte de la herencia que le corresponde a los legitimarios, sin que puedan

establecerse limitación o condición alguna sobre esa porción; mientras que la porción disponible, es la parte de la herencia sobre la cual el causante puede disponer por cualquier título y a favor de quien desee; es la parte sobre la cual tiene LIBRE DISPOSICION.

Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para legitimarios, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. (ART 2445 CCC)

Así también Pérez Lasala (2014), realiza un breve análisis de lo que es “Porción Legítima” y “Porción Disponible”, explica que:

Porción disponible. “de libre disposición”, corresponde a la parte de que el testador puede disponer cuando hay legitimarios. Para conocer la cuota de libre disposición hay que hacer el cálculo de la legítima global. Ese cálculo se efectúa determinando el activo neto del caudal hereditario (activo bruto restándole las deudas del causante) y sumándole las donaciones efectuadas por el causante. Sobre el monto resultante se determina la legítima global¹⁹

El sistema de LEGITIMAS, tomado por nuestro ordenamiento, regula la disposición de bienes por el causante o testador; SIN EMBARGO sufrió varias ATENUACIONES o LIMITACIONES con el Nuevo Código, y una de ellas es la mejora estricta, legislada en el artículo 2.448 Código Civil y Comercial de la Nación.

Desde la sanción del Código Civil velezano, se ha criticado la legítima, a través de autores de la talla de José Manuel Estrada, o José Olegario Machado, considerando que este instituto no genera confianza en la solidez de los vínculos familiares, e impone al causante no hacer liberalidades, para cubrirse en el caso de que padres e hijos olviden esos vínculos sagrados creados en el núcleo familiar, entienden que la legítima tira por la borda todo lo trabajado dentro de la familia, donde no se valora el esfuerzo. Estos autores, han sostenido, que bien trabajados estos vínculos familiares, ningún padre dejaría sin herencia a su hijo, salvo causas graves; y que los hijos estarían obligados a crear su propio patrimonio, sin estar esperando recibir esos bienes al momento de la muerte de sus padres.

¹⁹ PEREZ LASALA, José Luis, *Tratado de Sucesiones-CCCN*, 2 Tomos, español, Editorial Rubinzal, página 214, año 2014

Sin embargo, es una institución que se ha mantenido en Argentina, con la sanción del Nuevo Código, se ha demostrado ESTABLE, pese a todas las modificaciones vinculadas especialmente con el Derecho de familia; y ha sobrevivido a todas las críticas.

II.3.4-MASA DE CALCULO -artículo 2445 Código Civil y Comercial:

La segunda parte del artículo 2.445 del Código Civil y Comercial establece la forma de calcular la legítima.

Así establece que “Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación”

Lo primero que debemos hacer es tomar todos los bienes a nombre del fallecido y también los créditos o derechos a su favor.

Como segundo paso, deberemos deducir las deudas del causante, teniendo en cuenta que no se pueden deducir gastos de alimentos, asistencia médica, educación o capacitación profesional, conforme artículo 2.392 Código Civil y Comercial.

En relación a las cargas sucesorias (obligaciones que nacen después del fallecimiento del causante), como los gastos de la partición, tasaciones, gastos de la sucesión, administraciones extrajudiciales o judiciales, etcétera; el artículo 2378 del Código Civil y Comercial indica que “se deben reservar bienes suficientes para solventar las deudas y cargas pendientes”

Es decir que para poder realizar el cálculo sumaremos el “valor líquido” de los bienes, restando las deudas contraídas por el causante. A ese valor líquido, se le suman el valor de los bienes que hayan sido donados efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento, o en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del conyuga, las hechas después del matrimonio.

Ahora bien, “Como se aprecia se toman en cuenta para la tasación dos épocas distintas: los bienes hereditarios se valúan al tiempo de apertura de la sucesión, y los donados a la época de la partición, aunque sobre la base de su estado a la época de la donación. Para solucionar esta discordancia cabe recurrir a la norma del art. 2418, según el cual la valuación se ha de hacer

con valores constantes, lo que significa con valores homogéneos de la misma época, que no puede ser otra que la de la partición”²⁰

TITULO TERCERO-LA MEJORA ESTRICTA Y LA LEGITIMA

III.1- CONCEPTO DE MEJORA

Así como no encontramos una definición de LEGITIMA en el Código Civil y comercial, tampoco hay una definición de lo que es LA MEJORA; sin embargo podríamos considerarlo como una FACULTAD que tiene el causante, de SUMAR O AUMENTAR la PORCION HEREDETARIA a favor de algunos de sus herederos forzosos (legitimarios).

La MEJORA es una forma permitida por la ley, a través de la cual el causante BENEFICIA a alguno de los herederos legitimarios, atendiendo a sus necesidades especiales, o mayor dedicación al cuidado del causante o simplemente por preferencia sobre el resto.

Según Juan Bautista Fos Medina, *“la mejora es un instituto sucesorio típico del derecho hispánico, que combina la libertad de testar con la sucesión forzosa. En general, se la ha conocido como el “tercio de la mejora” porque se trata de una porción que constituye normalmente el tercio de la herencia y que está destinada a acrecentar la porción hereditaria de cualquiera de sus descendientes (conocida como legitima estricta y que normalmente es una legítima corta) y cuyo reparto por tanto es desigual”*²¹

La mejora puede analizarse a) en relación a la introducida por el artículo 2.414 CCC, por la cual se permite **utilizar la porción disponible** del causante, llamada por algunos como MEJORA IMPROPIA, y b) por otro lado la llamada MEJORA ESTRICTA (artículo 2.448 CCC), que le permite **utilizar una parte de la legitima global** a favor del heredero vulnerable (ascendiente o descendiente discapacitado) y el resto distribuirla en partes iguales con todos los legitimarios, y que es una excepción al principio de intangibilidad de la legitima, atendiendo a situaciones de vulnerabilidad de alguno de sus herederos. Para poder aplicar la mejora b) -

²⁰ FERRER, Francisco A M, *El Derecho de Sucesiones en el Código Civil y Comercial*, REVISTA de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

²¹ FOS MEDINA, Juan Bautista *“La mejora estricta: medio para una mayor libertad de testar”*, Revista de la Facultad, Vol. IX, nro. 2, pagina 231-280, Nueva Serie II (2020) trabajo del 12-10-2020

estricta- el beneficiado debe INDEFECTIBLEMENTE ser un ascendiente o descendiente discapacitado.

III. 2.-TIPOS DE MEJORAS

En cuanto a las clases de mejora que podemos encontrar:

a) MEJORA GENERAL, que a su vez puede ser directa o indirecta;

La directa o expresa, se concreta cuando el causante/testador TOMA SU PORCION DISPONIBLE, O UNA PARTE DE ELLA, y se la otorga a algunos de sus legitimarios de manera expresa, tanto por TESTAMENTO como por DONACION.

La indirecta o tácita se produce cuando existe una cláusula de dispensa de colación en el acto de la donación a un heredero forzoso (de los obligados a colacionar) o en el testamento. Aquí, llegamos al mismo resultado, pero por medios distintos; pues no se dispone expresamente de la MEJORA, pero la misma se logra por la DISPENSA DE COLACION, logrando el mismo efecto.

b) MEJORA TACITA O PRESUMIDAS POR LEY: (arts. 2385 y 2461), que son casos donde la ley presume que el causante tiene intención de mejorar a sus legatarios **con la porción disponible**. El primer caso, es el del artículo 2.461 del Código Civil y Comercial, caso de la transmisión a título oneroso, de la nuda propiedad, reservándose el usufructo, uso o habitación o renta vitalicia, donde la ley crea una doble presunción IURE ET DE IURE, por un lado la gratuidad del acto, y por otro lado, la intención de mejorar al heredero a favor del cual se efectuó la operación.

El segundo caso, se trata del artículo 2.385, última parte, que indica que “el legado hecho al descendiente o al cónyuge se considera realizado a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario”...Esta es la otra excepción, donde la ley presume la intención de mejorar al heredero, sin hacerlo en forma expresa. Por lo tanto estos legados NO SE COLACIONAN, siempre que no excedan la porción disponible.

Recordamos que“la colación supone computar, en la masa partible, el valor de las donaciones que el causante le ha hecho en vida a un heredero forzoso –descendientes,

cónyuge- que concurre con otros herederos forzosos -descendientes o cónyuge-, e imputar en su propia porción ese valor, para compensar a los demás herederos en los bienes hereditarios equivalentes a los que les fueron donados al colacionante, es decir, al heredero donatario... Con la colación, las donaciones quedan transformadas en una ventaja de tiempo (anticipación de la cuota), y no en una ventaja de contenido (no hay mayor caudal para un heredero que otro)²²

Por eso, la “dispensa” de colación o mejora, debe ser EXPRESA, caso contrario, debe colacionarse con el fin de igualar las porciones legítimas. Las dos excepciones comentadas en los artículos mencionados (2.385 y 2.461) conforman los únicos presupuestos, donde la ley presume que hay intención de mejorar al legitimario, sin necesidad de hacerlo expreso.

c) MEJORA ESTRICTA:, que es la regulada por el art. 2448, donde *el causante/ testador dispone hasta un tercio de la legítima global*; y se lo otorga en beneficio de ascendientes o descendientes con discapacidad (se excluye al cónyuge); y se puede otorgar a través del medio que el causante estime conveniente.

Entonces, la principal diferencia de este instituto, con las mejoras descriptas en los incisos a) y b), es que, aquellas refieren a la porción disponible del causante, mientras que la mejora estricta recae sobre una parte de la legítima global, y sobre determinados legitimarios.

III.3 MEJORA ESTRICTA, FUNDAMENTOS.

Cuestiones que en el pasado eran impensadas, ahora pueden verse modificados con el fin de proteger otros conceptos o instituciones. Ahora bien, en esta orientación proteccionista, vemos la inclusión de los herederos (descendientes o ascendientes) con discapacidad. Se crea así un instituto INNOVADOR, e inexistente en el Código anterior.

Aquí se genera entonces una nueva discusión, la distribución desigual de la herencia, entre los herederos forzosos, que puede ser injusta, o más aun discriminatoria, pero al mismo tiempo puede atender a las necesidades o circunstancias especiales de cada familia y/o heredero.

²² HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo IV-Libro quinto y Libro Sexto Artículos 2277 a 2671”, pag 131, año 2015

-ANTECEDENTES NACIONALES:

Lo plasmado hoy en el art. 2.448 Código Civil y Comercial (HOY LLAMADO MEJORA ESTRICTA), se fué construyendo conforme a los siguientes antecedentes:

Siguiendo al doctor Olmo (2015), se puede delimitar una línea temporal en cuanto a la aceptación de manera plena de este nuevo instituto.

-año 1998: en el proyecto que se gestaba, la modificatoria del código unificado da lugar al nacimiento de este instituto llamado “de mejora” que se encontraba en el art. 2397. Aunque era de un modo diferente al actual, ya que establecía que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas, si lo hace, no son válidos. Pero puede constituir fideicomiso sobre bienes determinados aun cuando excedan de la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, del cual sean beneficiarios sus herederos incapaces, el que puede durar hasta que cese la incapacidad”

-también, en septiembre de 2009, en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Córdoba, se volvió a tratar el actual instituto del derecho de sucesorio, y específicamente en sucesiones testamentarias, el de la mejora estricta de la legítima sobre herederos incapaces, pudiendo durar hasta que cese la incapacidad o fallezca o se cumpla el termino de 30 años.

Hasta ese momento, sólo se hablaba del INCAPAZ, y únicamente a través de la constitución de un FIDEICOMISO, que era la única forma de mejorarlo.

-Luego en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (año 2013), se trata nuevamente éste tema y se delimitan quienes serían los legitimarios y beneficiarios para ser benefactores de este privilegio, donde se llegó a una votación plena que serían ascendientes, descendientes y cónyuge.

- Dentro de esta corriente doctrinaria, los Dres. Marcos Córdoba y Ursula Basset presentaron un proyecto de ley proponiendo una mejora estricta a favor de éstos, consistente en la cuarta parte de la legítima, cuyos montos proponen disminuir. Esta última idea, es lo más asemejable a lo que finalmente plasmó el Nuevo Código, con una diferencia en la porción que hoy es de

un tercio. Así, queda finalmente sancionado en agosto de 2015, el compendio legal argentino, que incorpora ESTE INSTITUTO GARANTISTA hacia las personas **con discapacidad**, dispuesto bajo el art. 2448, y sus benefactores “los descendientes y ascendentes”.

Art.2448. Mejora a favor de heredero con discapacidad. “El causante puede disponer, por medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se consideran personas con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

El objetivo de esta figura es lograr mayor protección al heredero en situación de vulnerabilidad respecto del resto de los coparticipes, siendo un fin más que loable. Pero no debemos perder de vista que, para poder mejorar a ese legitimario discapacitado, avanzamos sobre la legítima global; disminuyéndola para el resto de los herederos, entre los que puede haber sujetos vulnerables.

-DERECHO COMPARADO:

-Derecho Español:

-Dicha norma tiene como antecedente el **Derecho Español**, en cuyo artículo 808 del Código Civil se establece que: "*Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. La tercera parte restante será de libre disposición*".

El que ahora figura como párrafo tercero de la norma fue incorporado por el artículo 10 de la ley 41/2003 (B.O.E. 19/11/2003) de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

Es decir, en el derecho español existe 1/3 de libre disponibilidad (lo que conocemos como porción disponible) y 2/3 de porción legítima. Ahora bien, dentro de esa porción legítima, el artículo 808 preveía —antes de la reforma— que uno de esos dos tercios se utilice como mejora a favor de los hijos o demás descendientes, a la vez que el otro tercio era conocido como legítima estricta de la cual no podían ser privados los descendientes. El total de la herencia (3/3) se componía de tres partes: 1) 1/3 de porción disponible del cual el causante podía disponer libremente; 2) 1/3 de porción legítima, el cual el causante podía utilizar como mejora a favor de sus hijos o descendientes; 3) 1/3 de legítima estricta

A partir de la reforma del año 2003, se permite la utilización del tercio que compone la legítima estricta para favorecer a los hijos o descendientes declarados incapaces **mediante sentencia judicial**. Con lo cual, el total de la herencia ha quedado conformado de la siguiente manera: 1) 1/3 de porción disponible del cual el causante puede disponer libremente; 2) 1/3 de porción legítima, el cual el causante puede utilizar como mejora a favor de sus hijos o descendientes; 3) 1/3 de legítima estricta que el causante puede —a través de una sustitución fideicomisaria— emplear a favor de los hijos o descendientes que hayan sido declarados judicialmente incapaces

En resumen, la legítima está compuesta por las dos terceras partes de los bienes, siendo el restante tercio, de libre disposición. Se permite mejorar a los hijos o descendientes con un tercio de los dos que componen la legítima ya que el tercio restante es la llamada legítima estricta (artículo 808 del Código Civil español). Se puede mejorar a la persona con discapacidad sobre el tercio que compone la legítima estricta, alterando así la regla de intangibilidad de ésta.

Tengamos en cuenta que el Derecho español, tiene como beneficiarios de esta mejora SOLO A DESCENDIENTES, con sentencia judicial de discapacidad.

-Derecho Cubano-HEREDEROS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS:

En Cuba la ley se refiere (a partir de la reforma en 1987) a “herederos especialmente protegidos”, que deben tener tres requisitos: a) el vínculo parental -ascendiente o descendiente- o conyugal; b) la dependencia económica al causante; y c) observar imposibilidad de trabajar (artículo 494 del Código Cubano)

ARTÍCULO 492.1. **La libertad de testar se limita a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos.** 2. El testador no puede imponer gravamen alguno a la porción de la herencia que corresponde a los herederos especialmente protegidos.

ARTÍCULO 493.1. Son herederos especialmente protegidos, siempre que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante, los siguientes: a) los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquéllos; b) el cónyuge sobreviviente; y c) los ascendientes. 2. Si concurren a la herencia dos o más herederos especialmente protegidos, heredan por partes iguales.

La protección de la ley cubana, no coincide con el de nuestro derecho, ya que refiere tanto a los ascendiente/descendiente/cónyuge -ESTE ULTIMO EXCLUIDO EN NUESTRO DERECHO- y que además reúnan las siguientes condiciones: **dependencia económica, como requisito esencial, y también la imposibilidad de trabajar. Condiciones estas que deben estar presente al momento de la muerte del causante / testador.**

Este ordenamiento, reconoce entonces una legítima con los llamados “herederos especialmente protegidos”, que no coincide con el concepto de “personas con discapacidad”, indicado por la Convención Internacional; por lo que la doctrina considera necesario un futuro acercamiento de estos conceptos, pues “no toda persona con discapacidad tiene la condición de especial protección , para ostentarla, la discapacidad tiene que estar asociada a una situación de vulnerabilidad o dependencia económica al momento del deceso del causante, momento que ha sido tenido en cuenta jurisprudencialmente para reconocer la condición de legitimario de quien reclame tal cualidad. ²³

Será cuestión jurisprudencial, determinar cuando una persona depende económicamente de otra, dejando el legislador librado a la fase probatoria y a la decisión judicial, este requisito, en este sentido consideramos que una pensión por discapacidad, no implica dejar de depender de

²³ PEREZ GALLARDO, Leonardo B, *“Legítima y discapacidad: una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial”* DOCTRINA - REVISTA del IDel, 2012

otra económicamente, ya que justamente este tipo de pensiones, se otorgan a personas sin recursos.

En relación a la inaptitud para trabajar, se entiende a la persona que no puede hacerlo, aunque muchas veces las personas logren incorporarse voluntariamente a un empleo con las limitaciones del caso; y ello no supone -en principio- que estemos frente a una persona apta para trabajar. Aquí pues, será cuestión de pruebas y de decisión judicial, demostrar esta condición. La doctrina cubana, se vuelca hacia la intención del legislador de proteger a estas personas con especial cuidado, destacando la FUNCION SOCIAL DE LA LEGITIMA.

III.4 FORMAS DE CONCRETAR LA MEJORA ESTRICTA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

Lo primero que debemos tener claro, es que nuestro código, consagra la mejora como un instituto optativo, que depende pura y exclusivamente de la voluntad del causante. Por el sólo hecho de tener ascendiente o descendiente discapacitado, no nace la mejora; sino que el causante debe manifestar su voluntad y la intención de MEJORARLO en los términos del artículo 2.448 del CCC. Además, la ley le otorga la posibilidad al causante, de elegir la forma de llevarlo a cabo.

En el actual compendio legal, en la primera parte del art. 2.448, queda establecido el modo de disposición de la mejora, donde dice que: “El causante y/o testador podrá disponer de otorgar este beneficio de un modo que el mismo considere pudiéndolo realizar mediante un **fideicomiso** [...]”.

Como dijimos, nace una excepción al principio el principio de intangibilidad del artículo 2.447, el cual menciona lo siguiente: “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace se tienen por no escritas”.

Se contempla primeramente al fideicomiso de una manera garantista y protectoria hacia la libertad del testador, es decir que el causante, puede disponer la totalidad de sus bienes de su patrimonio o una parte indivisa. Así también, puede instruir a sus herederos o legatarios cómo se debe o puede constituirse este fideicomiso (modo y forma), siempre con el fin de no afectar la legítima a los llamados a suceder, denominados herederos o legitimarios. (Para entender

como funciona el fideicomiso testamentario, debemos remitirnos al art 2493 CCC (MARCO NORMATIVO)

Siguiendo al Dr Azpiri, la redacción del art. 2448 CCCN permite interpretar que la mejora la recibirá el legitimario en propiedad con un título definitivo e inalterable, ya que no hay ningún matiz establecido que la diferencie de la atribución de la porción disponible. Sin embargo, al ejemplificar que puede hacerlo mediante un fideicomiso, se está poniendo de manifiesto que los bienes que integrarán la porción disponible y la mejora podrán formar parte de la propiedad fiduciaria y que, durante la vigencia del fideicomiso, el legitimario mejorado podrá ostentar la condición de beneficiario. La mejora solo consistirá en las rentas que produzcan los bienes afectados al fideicomiso y no en la propiedad de los mismos... Como el fideicomiso es temporario, es posible que se haya sujetado a un plazo cierto que no podrá ser mayor a treinta años y no a la recuperación de la capacidad del legitimario mejorado. En tal supuesto sería posible interpretar que el plazo debe quedar sin efecto y entenderse que el fideicomiso se extenderá hasta el cese de la incapacidad o la muerte del beneficiario conforme lo dispone el art. 1668 del CCCN, pues de lo contrario se estaría otorgando la mejora en función de la incapacidad o de la capacidad restringida y al mismo tiempo desamparándolo al legitimario al fijar un plazo de duración de ese beneficio”²⁴

Otra forma de realizar la mejora es: “por el medio que estime conveniente”: es decir, se recepta un modo amplio, a diferencia de las propuestas de reforma que referían solo a fideicomiso (incluso, su antecedente más directo, el Derecho Español, que solo establece como forma el fideicomiso) .

Ejemplos de mejora del Código Civil y Comercial: fideicomiso (art 1699 C.C.C), indivisión forzosa (2330), un legado de cosa cierta y determinada (art. 2498 CCC) legado de alimentos (art 2509) derechos de usufructo (art 2129 C.C y Comercial), uso (2154 C.C.C), habitación (2158 CCC) y cualquier otro beneficio que permita leer la voluntad del causante de ponerlo en una mejor situación, en relación al resto de los legatarios. También puede utilizarse

²⁴ **AZPIRI**, Jorge O “Derecho Sucesorio” Editorial Hammurabi SRL, español, Pagina 289, 5ta Edición, marzo 2017

el pedido de indivisión forzosa de un bien, siempre que no se sea adjudicado en su hijuela -art 2330 CCC- y cualquier otro tipo de beneficio, que el causante indique, siempre que no vulnere la cuota que establece la norma.

Un detalle a tener en cuenta, es que el artículo en análisis, no resuelve lo relativo al destino de los bienes, en el caso de que cese la incapacidad del legitimario mejorado; pues nos veríamos en una situación de discriminación hacia el resto de los legitimarios (a quienes se les ha disminuido su legítima), en el caso de que el mejorado haya adquirido los bienes en forma definitiva, o que luego de abierto el sucesorio, cese su incapacidad.

III.5 CALCULO-INTERPRETACIONES SOBRE SU CONTENIDO

En la redacción del del artículo 2448, existen dos palabras a mi entender, fundamentales para poder interpretar la forma en que puede llevarse a la práctica este instituto; son los vocablos "puede" y "además". Estos dos términos, han generado distintas interpretaciones doctrinarias.

El primer cuestionamiento, es el siguiente: ¿es necesario que el heredero con discapacidad, reciba además la porción disponible??? cuando la norma dice que el causante "puede disponer [...] 'además' de la porción disponible", podría interpretarse que el causante además de dejarle (al heredero con discapacidad) la porción disponible, puede dejarle la porción de la mejora.

"... la mejora estricta no necesariamente va de la mano con la porción disponible. Dicho de otro modo, no es que al heredero con discapacidad solo se le puede dejar la mejora estricta "además" de la disponible, sino que el causante puede hacer uso de la disponible y "además" de una porción extra pero, en este caso, solo para el heredero con discapacidad."²⁵

Y allí es donde la solución me parece ilógica, pues estamos en presencia de un instituto que pretende tutelar o defender con mayor énfasis al patrimonio de un heredero discapacitado; por lo cual no correspondería que el causante pueda al mismo tiempo, dejar su "porción

²⁵ OLMO, Juan Carlos, op cit. La Ley 27-10-2015

disponible” a un tercero. Si opta por mejorar al heredero discapacitado, debería vedársele el derecho a tener porción disponible a favor de tercero. Su derecho de opción y de elegir lo está ejerciendo, desde el momento que elige mejorar a su heredero discapacitado, tanto en la porción disponible como la parte de la legítima.

Gran parte de la doctrina española también se hace eco de esta discusión, considerando que la cuota del haber hereditario sobre la que recae la sustitución fideicomisaria pueda extenderse al tercio de mejora y al de libre disposición, y no recaer exclusivamente sobre la legítima, ya que nada impide que pueda extenderse a la totalidad de la herencia. La nueva redacción del artículo 782 del Código Civil Español, permite al testador gravar la legítima estricta de los coherederos, no la que le correspondería al incapaz, pudiendo este disponer de ella libremente. Por ello, lo más lógico hubiera sido otorgar al testador la posibilidad de disponer de los tres tercios que forman la totalidad de la herencia y no limitar dicha posibilidad a la legítima estricta. Según DIAZ ALBART, resulta sorprendente que sin cambiar el régimen general de las legítimas, el testador tenga la facultad de gravar la legítima de sus descendientes para mejorar la situación del discapacitado o incapacitado, mientras que por otro lado su capacidad para disponer de los otros dos tercios de la herencia (el tercio de mejora y el de libre disposición) no se ve afectada, sin que en este caso parezca importarle al legislador el interés del discapacitado incapaz. Además, si la intención del legislador es proteger al discapacitado incapacitado, lo lógico, como hemos mencionado anteriormente, hubiera sido otorgar libertad al testador para decidir la distribución de sus bienes y no limitarle al tercio de legítima estricta con un fideicomiso ²⁶

Por otro lado, autores como PEÑA VICENTE (España) consideran que la sustitución fideicomisaria puede afectar únicamente a una parte de la legítima estricta, bien porque sólo se

²⁶ DIAZ ALBART, S., *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente*, p.267, *Revista de Derecho Privado*, 2004.

impone ésta respecto algún coheredero, o bien porque sólo se impone sobre una parte de la legítima de cada uno de los *coherederos* ²⁷

Por el contrario, y volviendo a nuestro país y al CCC, el Dr Jorge Azpiri, considera lo contrario, *“De la redacción del artículo surge que debe beneficiarse al legitimario con la porción disponible y además adicionarse la mejora en cuestión, por lo que no sería posible que se establecieran de manera separada la porción disponible a otras personas y la mejora al beneficiario con discapacidad”*²⁸

Si bien coincido con la posición el Dr. Olmo, en el sentido de que la redacción del artículo no obliga al causante a otorgar la porción disponible al legitimario discapacitado, pudiendo “disponer libremente” de ella; considero que es una de las cuestiones a revisar para el futuro, ya que los términos “PUEDE” y “ADEMAS”...son ambiguos y dan lugar a futuras confusiones. Por ello, lo más lógico y coherente sería que el texto de la norma refleje el razonamiento del Dr Azpiri.

-El segundo cuestionamiento, es la disminución de la legítima para el resto de los legitimarios.

Pues con el fin de beneficiar a ese heredero que se encuentra en inferioridad de condiciones, el resto de los herederos ve disminuida o recortada, parte de su legítima, recibiendo menos de la parte de la herencia que le hubiera correspondido; y esta “disminución”, nace de la norma que indica que la mejora estricta se deduce de la legítima global.

Es decir que, el descendiente que tiene un hermano discapacitado cuyo padre/madre invoca la mejora estricta, va a recibir menos, ya que la legítima global, sobre la cual, luego se divide la herencia, va a ser hasta un tercio menor. En cambio, si su hermano, no tiene

²⁷ PEREÑA VICENTE, M., *El Derecho Sucesorio como instrumento de protección del discapacitado, en la Ley, 18 de febrero de 2004, núm 5957, 2004, p.2)*

²⁸ AZPIRI Jorge O “Derecho Sucesorio” página 288, 5ta edición, Ed Hammurabi, marzo de 2017.

discapacidad alguna, recibe la parte correspondiente sobre la legítima global (2/3), sin admitirse disminución alguna.

Como ya explicamos, la mejora es un beneficio que puede tener el heredero discapacitado, siempre y cuando su ascendiente o descendiente, lo disponga; pues no procede de pleno derecho.

Aclarado este punto, el causante podrá distribuir u otorgar la mejora a favor de los distintos herederos con discapacidad de la forma que le plazca, por supuesto respetando los límites de las porciones, sobre las que ya nos explayamos arriba. Podría ocurrir en el caso, que existiendo dos herederos con discapacidad, uno reciba una porción más grande que el otro, o también que solo uno sea beneficiado; pues la mejora es una sola, que puede distribuirse como el causante quiera.

III.6 -LA MEJORA ESTRICTA COMO EXCEPCION A LA INTANGIBILIDAD DE LA LEGITIMA:

Teniendo siempre como rumbo que éste artículo es UNA EXCEPCION ...remarcamos que *"se mantiene el principio de intangibilidad de la legítima, esto es, que el testador no puede imponer gravámen ni condición alguna a las porciones legítimas, y si lo hace, se tendrán por no escritas -art 2447 CCC*

En el art. 2448 CCyC se autoriza una excepción a dicho principio: será válido el fideicomiso testamentario aun cuando el testador, para formarlo, le haya destinado bienes cuyo valor exceda el límite de la porción disponible, cuando ese fideicomiso se constituya en beneficio de un heredero forzoso con discapacidad para mejorar su derecho hereditario²⁹.

TITULO 3-CAPÍTULO 8.- ANÁLISIS DOCTRINARIO RESPECTO DEL CÓNYUGE DISCAPACITADO.

²⁹ *HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo IV-Libro quinto y Libro Sexto Artículos 2277 a 2671", pag 194, año 2015*

La norma en análisis, impide al causante dar dicho beneficio, y como consecuencia, que su cónyuge supérstite con discapacidad pueda recibirlo. El causante o testador impedido debería poder decidir, respecto de la disposición de sus bienes patrimoniales, mediante acto testamentario u otros medios más convenientes, y su supérstite con discapacidad ser beneficiario de dicho beneficio en su legítima de 1/3 más de lo que le pudiese corresponder como legitimario en el proceso.

Posiciones doctrinarias...

-Santiso expone: “...Entiendo injustificada esa exclusión y cercana a una discriminación pasible de ser cuestionada en cuanto a su sujeción al orden constitucional, ya que coloca fuera de la protección normativa específica, destinada a morigerar los efectos de la discapacidad de los herederos descendientes y/o ascendientes, a otro heredero legitimario, como lo es el cónyuge supérstite”³⁰

Por otra parte, el jurista Pérez Gallardo, se manifiesta ante ello afirmando que, “...El único de los legitimarios que no puede ser mejorado por el testador aun cuando él quisiera es el cónyuge. Y en este orden llama la atención la posición adoptada por los nuevos codificadores, cuando hoy la tendencia es precisamente lo contrario o sea favorecer a ultranza los derechos del cónyuge supérstite incluso del unido supérstite.”³¹

Por su parte, los Dres. Medina y Rolleri, (2017), realizan un juicio negativo en la regulación, por lo que consideran que: *Es acertado pensar que el supérstite cuente con similar edad y estado de salud que el causante mismo, por lo cual, previendo esta circunstancia y evaluando la situación de discapacidad en la que pueda encontrarse, no parece justo excluirlo*

³⁰ **Santiso, Javier A**, La mejora estricta de la legítima de herederos con discapacidad, DIARIO FAMILIA Y SUCESIONES, nro 71,-20-5-2016”

³¹ **Pérez Gallardo, Leonardo**, “La mejora a favor del legitimario con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial”. Publicado en DFyP número 134, año 2015 Cita Online: AR/DOC/2042/2015.

de la posibilidad de poder contar con esta mejora, mucho más cuando en definitiva es el mismo causante-testador quien decidirá el otorgamiento de dicho beneficio.³²

Asimismo Azpiri, se manifiesta en contra de esta exclusión, y la considera no razonable, invocando ejemplos muy interesantes... *“Esto es así porque el esposo superviviente con capacidad disminuida no necesariamente es beneficiario de la disolución del régimen de bienes, porque puede haber sido pactada la separación en cuyo supuesto solo podrá recibir bienes del esposo a título hereditario y lo mismo ocurre si se trató de un régimen de comunidad, pero el cónyuge fallecido tenía exclusivamente bienes propios”*³³

El cónyuge con discapacidad es uno de los legitimarios, por lo que debe tener igualdad de condiciones y derechos, con el resto de los integrantes de su comunidad familiar, más aún cuando se trata de una persona con posibilidades casi nulas de procurarse por sí sola, su sustento económico, social, y en general de avanzada edad, lo que dificulta su inserción laboral. El artículo 2.448 deja afuera a la persona con quien el testador o causante concretó su plan de vida, sumó proyectos, y decidió vivir a su lado.

Pérez Gallardo lo afirma: “el cónyuge es quién ha compartido una comunidad de afectos dentro de la constitución de la familia, por lo este desplazamiento es injusto”.

Para reforzar estos argumentos en contra de la norma, por la exclusión del cónyuge superviviente con discapacidad para ser beneficiario del beneficio de mejora, el autor Pérez Gallardo, critica diciendo: *Con el cónyuge se ha compartido una comunidad no solo de bienes, sino de afectos. Con él se ha constituido la familia y resulta injusto que si éste concurre con los descendientes el testador solo pueda mejorar a los descendientes y no así a el que sea favorecido con otros derechos, no supone que no lo sea con el beneficio que representa la mejora a que alude el art. 2448. La posición asumida por el legislador, si se quiere es*

³² OP CIT. Medina y Rolleri, 2017, p. 6/7

³³ AZPIRI, Jorge *“Derecho Sucesorio”* Editorial Hammurabi, 5ta edición, pagina 288

*discriminatoria, pues tan legitimario es él como los descendientes y los ascendientes. No incluir al cónyuge en la mejora es actuar -sin proponérselo, eso sí- en desmedro de sus derechos. Si se quiere fortalecer la familia, no puede dejarse a un lado al cónyuge que se convierte en un pilar básico en la constitución de aquella.*³⁴

Análisis, Justificación y Relevancia sobre la doctrina jurídica aplicada

Ante la exclusión del cónyuge supérstite de la mejora indicada en el art 2448 del CCC, la misma se traduce en una falta de garantía, de amparo o tutela, olvidando al matrimonio como comunidad, con deberes y obligaciones recíprocos y un proyecto de vida en común. Es por ello que sorprende la falta de coherencia normativa, ya que el causante, como individuo y pilar de familia, no puede beneficiar a su cónyuge discapacitado, con quién ha compartido una vida en común. Por otro lado, del mismo código surgen obligaciones alimentarias a favor del cónyuge divorciado que padece “una enfermedad grave” art. 434 inciso a), obligación que se extiende aún después de fallecido el cónyuge obligado; pues se transmite a los herederos, -incluidos los que pueden no tener parentesco con el enfermo- una obligación vitalicia, que muchas veces se torna injusta para éstos.

Además, resultaría conveniente armonizar el art 2448 CCC, con el art 2385 CCC que establece que las personas obligadas a colacionar, son los descendientes y el cónyuge supérstite (omitiéndose los ascendientes) e incluyendo al cónyuge, incluso el que tenga una discapacidad; o sea el cónyuge discapacitado está obligado a colacionar, pero no puede recibir mejora en relación al art 2448 C.C.C.

Entendemos que la norma, debe armonizarse con el resto, así como se encuentra redactada, parece que acoge las directrices constitucionales y parámetros internacionales que receptan y ratifican principios de igualdad y no discriminación; pero para el cónyuge discapacitado, no se reconoce el principio tan mentado de solidaridad e igualdad familiar, sostén importantísimo en el derecho sucesorio.

³⁴ OP CIT, Pérez Gallardo, Leonardo,

Argumentos a favor en cuanto al beneficio de mejora estricta a heredero con discapacidad

No obstante, las observaciones realizadas anteriormente; es de destacar, que la mejora introducida por el art. 2448 CCCN, no deja de ser una GRAN INNOVACION en relación al ordenamiento anterior, tutelando personas discapacitadas, habilitando al causante o testador a otorgar una mejora en la legítima (y ésta es principalmente la novedad).

Sabemos que, previo al código unificado, nunca se había receptado algo así en el derecho interno. Es decir, que se pudiera amparar patrimonialmente dentro del seno familiar, a los más desprotegidos por su condición de “personas con discapacidad”, más allá de los lineamientos internacionales que fueron surgiendo. Sin embargo, por los tratados de jerarquía constitucional, el nuevo código crea un nuevo modelo social, de INCLUSION, protegiendo así a sectores que antes habían sido marginados, como es en este caso a los discapacitados.

Lo positivo de la norma es que se otorgó a las personas con discapacidad beneficios, tal como lo indica el artículo 2448 del CCCN, y por primera vez se tutela a estos grupos, dentro de un plano de igualdad ante la ley. En este caso, brindando a ascendientes y descendientes con discapacidad una mejora estricta en la legítima.

No obstante, haberse omitido al cónyuge con discapacidad en dicho artículo, el Nuevo Código crea varios beneficios a favor de éste: como en el art.2332, solicitar la indivisión de la herencia, art 2381, atribución preferencial de la vivienda; art.2383, derecho real de habitación vitalicio y gratuito, entre otros.

A favor del instituto en análisis, donde los doctrinarios Medina y Rolleri, (2017), sostienen diciendo que: *Si bien es cierto que podría alegarse que el supérstite ya goza medidas de protección tales como las referidas al hogar conyugal o el derecho real de habitación, no es menos cierto que ellas alcanzan a todo cónyuge, independientemente de contar o no con una*

discapacidad. Por lo tanto, el hecho de que ya goza de una protección podría alegarse también de los otros herederos legitimarios al asignárseles una porción legítima³⁵

Argumentos en contra, por la omisión del cónyuge con discapacidad al beneficio de mejora.

En cuanto a los argumentos en contra del artículo por la no inclusión al cónyuge con discapacidad para ser beneficiario de mejora en su legítima, se puede decir que el rechazo normativo es injustificado. Y nos remitimos a lo apuntado en el TITULO IV-Capitulo 5.

El testador o la testadora están pensando en el destino de su consorte aquejado ya por la ancianidad, y con ello con ciertas discapacidades físico-motoras, psíquicas o intelectuales que pueden venir aparejadas. Por esta razón, no son suficientes las ventajas atribuidas al cónyuge con discapacidad en materia sucesoria. Tales ventajas se tienen por motivo del matrimonio pero no por la discapacidad. Este plus justifica la existencia del tan alabado y aceptado por la doctrina científica art. 2448 del nuevo Código Civil y Comercial, cuya exclusión del cónyuge deja un sinsabor, pues no cierra la protección que debió haber brindado a todos los legitimarios, cualquiera haya sido su vínculo con el causante.

El deber de auxilio marital, puede encontrar en la facultad de mejorar al cónyuge con discapacidad, una concreta expresión de la pietas familias que intenta potenciar el nuevo Código Civil y Comercial Argentino.³⁶

TITULO III-CAPÍTULO 8.-ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE SU RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL-LEY 26.378

³⁵ OP CIT. Medina y Rolleri, 2017, p. 596

³⁶ OP CIT Pérez Gallardo, Leonardo, 2015, Apartado III

En este contexto de inclusión y pleno goce de derechos para todos por igual, es que la redacción del CCCN de nuestro país se vio abonado en todo su recorrido de reforma con la intención de constitucionalizar el derecho privado junto con el cambio de paradigma en la faz nacional, tomando las trazas internacionales receptadas en nuestra Carta Magna a través de distintas leyes, entre las que hemos de destacar la ley 26.378/08 (“Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.”), que en su *anexo 1- PREAMBULO dice:*

Los Estados Partes en la presente Convención,

...c) Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación, ...e) Reconociendo 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 evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, ...j) Reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso,

x) Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones,

Los incisos transcriptos del Preámbulo, denotan una preocupación constante en el derecho privado por fomentar los derechos, muchas veces restos de importancia, de las personas con discapacidad, a través de la sanción de leyes nacionales -como ésta- que contiene los preceptos ya acordados en el orden internacional.

Resta ahora, a nuestra legislación, poner congruencia a los conceptos, y unificar la forma de protección hacia estos herederos.

CONCLUSION:

-Mejora estricta del art 2448 CCCN: es un importante avance, la incorporación de esta figura; incluyendo en el ordenamiento jurídico sucesorio a la discapacidad, como punto vulnerable, plasmado en la solidaridad familiar (PRINCIPIO DEL DERECHO SUCESORIO), de esta forma protege a los más necesitados dentro del núcleo familiar; sin embargo no es suficiente, debemos ampliar la protección hacia otro tipo de sujetos vulnerables.

-Con el fin de evitar futuros problemas, se propone la MODIFICACION de los siguientes puntos del art. 2448 CCCN:

a) Entrega porción disponible a favor del heredero discapacitado: La forma actual de redacción del artículo, 2448 del CCCN, permite -a mi entender- que el causante/testador disponga de la porción disponible, incluso a favor de terceros; pero al mismo tiempo mejorar al heredero discapacitado, disminuyendo la legitima global, en contra del resto de los legitimarios. Por ello, es necesario modificar la redacción del artículo, para evitar interpretaciones encontradas en relación a este punto.

Así, el causante/testador, si opta por mejorar a su legitimario discapacitado, deberá entregarle también la porción disponible, además de mejorarlo con hasta un 1/3 de la legitima global. Ello NO implica que el causante deje de tener libertad para disponer; sino que OPTA justamente por mejorar al legitimario más vulnerable en razón de su discapacidad, entregándosela a él.

Este instituto innovador es una EXCEPCION y OPCION a la vez que le dá la ley al causante/testador para proteger de una manera especial a los ascendientes o descendientes discapacitados, por ello considero que es razonable qué, si quiere mejorarlo, le entregue, tanto la porción disponible como la parte de la legitima global (hasta un tercio) que permite el artículo. De lo contrario se genera una situación de injusticia hacia el resto de los legitimarios; inconcebible en un SISTEMA DE LEGITIMA.

A favor de esta mejora incorporada en el artículo en cuestión, debemos reconocer que la ausencia de posibilidad efectiva de mejorar la situación del ascendiente/descendiente que más lo necesita, frente al resto de los herederos, muchas veces llevaba a realizar actos fraudulentos o en otros casos impide dar soluciones solidarias.

b)-Incorporar Mejora estricta en relación al cónyuge discapacitado: La norma ha limitado y restringido la libertad del testador o causante para realizar este acto jurídico dispositivo, ya que no lo posiciona por ante un plano de igualdad de oportunidades a que el mismo pueda elegir quién será el beneficiario de esta mejora, como es en este caso, el “supérstite con discapacidad”. Además ha suprimido la figura de la DESHEREDACION, impidiendo al causante invocar causa justificada por la cual podría privar de todo o parte de la legítima a alguno de sus herederos. POR OTRO LADO, no le permite, al súperstite discapacitado darle la oportunidad de recibir esta mejora, para posicionarlo por ante un plano de igualdad real de oportunidades y de trato; y por ante la ley; equiparándose con los autorizados y tutelados por la norma. Ante lo manifestado es que proponemos, SE INCORPORA AL CONYUGE DISCAPACITADO como beneficiario de la mejora estricta del art. 2448 CCCN.

c) Incluir en la mejora, también a otros herederos vulnerables la mejora debiera extenderse también a aquel descendiente o ascendiente que por haberse dedicado al cuidado y asistencia del causante no pudo desarrollar sus capacidades productivas, tal es el caso de quien suspende su formación o desempeño laboral; propuesta que si bien no logró ser positivizada, continúa siendo motivo de debate en diversos ámbitos académicos propugnando un mayor avance solidario en materia de sucesiones.

d)**Unificar concepto de Discapacidad:** Rever concepto de Discapacidad: ya que en el artículo se indica un concepto de discapacidad distinto al indicado en la Convención sobre los Derechos de Discapacidad, con jerarquía constitucional.

d) **Destino de los bienes objeto de la mejora:** Debería establecerse el destino de los bienes objeto de la mejora estricta, en caso de que ocurra el cese de la incapacidad del ascendiente/descendiente mejorado. Lo que no está previsto en el articulado.

e) **Legitimario vulnerable no es sinónimo de discapacitado:** en principio el tener una discapacidad, no es un sinónimo de vulnerabilidad, ni ser dependiente monetaria o económicamente; pues conocemos muchos casos, donde la persona puede valerse por sí misma. Hay discapacidades muy variadas (físicas, intelectuales, mentales, sensoriales) que no hacen a la persona más o menos vulnerable. Y viceversa, hay persona que no tiene las condiciones de la discapacidad indicadas en el art. 2448, y sin embargo son vulnerables en muchos aspectos. Estas posibles situaciones, sumadas a las diferencias de conceptos de discapacidad indicadas en el punto anterior, pueden generar confusiones y situaciones de aprovechamiento indebido hacia el resto de los legitimarios. Por ello considero necesario tener un **CONCEPTO MAS OBJETIVO DE VULNERABILIDAD, TENIENDO EN CUENTA** que son personas “especialmente protegidas por la ley”, y que la sola discapacidad a veces no basta, por lo que propongo extender dicha protección, también a personas no han podido desarrollar sus capacidades productivas, tal es el caso de quien suspende su formación o desempeño laboral por el cuidado hacia sus seres queridos y son dependientes y vulnerables económicamente.

-**CULTURA TESTAMENTARIA:** La tendencia es ir hacia una nueva cultura testamentaria para que evolucione día tras día; donde la persona es quién le otorga valor a las cosas, es así que esto no puede ser ajeno al legislador, se debe tener en cuenta las valoraciones, y las distintas reacciones de la sociedad ante los procesos de cambios, ya que las cosas no son valiosas por sí solas, es el mismo ser humano quien crea este valor.

-**INTERPRETACION JURISPRUDENCIAL:** Es por eso que, para iluminar y apuntar las cosas hacia un buen horizonte, en materia de derecho privado, la ley interpela direccionalmente a los operadores de justicia de cabecera llamados jueces, y ante todo caso concreto presentado dentro de su jurisdicción, los mismos interpreten de manera constante y permanente cualquier legislación infraconstitucional si se acoge y respeta reglas, principios y valores dados por nuestra Constitución.

Como así también cuando se presenten lagunas del derecho, debe tenerse en cuenta esta jerarquía constitucional, o el tan mentado bloque de constitucionalidad federal, aplicando su sana crítica racional y lógica formal conforme a derecho.

Bibliografía-Doctrina

AZPIRI Jorge O “Derecho Sucesorio” pai 288, 5ta edición marzo de 2017, Ed Hammurabi, Buenos Aires.

BORDA, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil – Sucesiones- Tomo II, 6ta edición -Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003-

CÓRDOBA, Marcos M., BASSET-Ursula, C- Textos propuestos al Honorable Senado de la Nación - Thomson La Ley -tratamiento legislativo

FERRER, Francisco A M, Estructura e instrumentación sucesoria del fideicomiso testamentario, Revista de Derecho Procesal, nro 2002-2, pagina 240, nro 3)

FERRER, Francisco A M y otros “Manual práctico de Derecho Sucesorio” Modelos de escritos explicados, Rubinzal Culzoni-1ra edición Santa Fe 2020.

FOS MEDINA, Juan Bautista “La mejora estricta: medio para una mayor libertad de testar”, trabajo del 12-10-2020, Revista de la Facultad, Vol IX, nro 2, Nueva Serie II (2020) 231-280)

FOS MEDINA, Juan Bautista “La legitima sucesoria y la atomización de la propiedad rural” revista Prudentia Iuris, nro 70, mayo de 2011

GUASTAVINO, Elías Derecho de familia patrimonial, Bien de Familia. Tomo I, 3ra edición ampliada y actualizada, la Ley, Bs As 2010

HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastian, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” Tomo IV-Libro quinto y Libro Sexto Artículos 2277 a 2671”.

KELMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (2014). La Autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. Revista Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencias. Una mirada

crítica y contemporánea. 1º Edición, Julio 2014: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. C.A.B.A. Editado por Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica –Infojus. <http://www.infojus.gov.ar>

LAMBER, N. D. y PIAZZA, M.R., *La Legítima y el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial año 2012. Revista de Notariado 914. Publicado en el trimestre de Octubre - Diciembre 2013. Colegio de Escribanos de la Capital Federal.*

OLMO, Juan Carlos “*La mejora a favor del heredero con discapacidad que trajo aparejado el nuevo Código y Comercial puesto en vigencia en 2015*” Publicado en: *LA LEY 27/10/2015 DIAZ OLMO, Juan Pablo, MENOSSI, María Paula, "Capacidad jurídica y salud mental: aplicación del nuevo Código Civil y Comercial con relación al tiempo", Revista Código Civil y Comercial, Año 1, N° 1, Julio 2015, La Ley, p. 70.*

ORLANDI, Olga “*Vulnerabilidad y Derecho Sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad*” *Infojus, 2015*

SPINA, Marcela Viviana “*Derecho de Familia Modelo Siglo XXI. Especial Consideración al Derecho de los Ancianos*” - *Jornada Notarial Bonaerense. Junin 2011.*

Medina Graciela y Rolleri Gabriel- “Derecho de las Sucesiones” , Abeledo Perro, 2017

POSCA, Ramón Domingo, *LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, Revista Juridica Electronica UNLZ*

PEREZ GALLARDO, L. B. (2015). *La mejora a favor del legitimario con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial. Publicado en DFyP 2015 (agosto). 134. Cita Online: AR/DOC/2042/2015.*

PEREZ GALLARDO, Leonardo B., “*Legítima y discapacidad. Los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial*”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año 3, n° 3, La Ley, abril, 2011.*

PEREZ LASALA, Jose L. (2014). *Tratado de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Tomo II. Parte Especial. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni., 2014*

RIVERA, J. C., MEDINA, G. (2017). *Derecho de las Sucesiones. Buenos Aires: Abeledo Perrot, primera edición*

RIVERA, J.C. y MEDINA, G. (2017). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I. Artículos 1 a 400. La Ley. Thomson Reuters. Buenos Aires.*

SANTISO, Javier A “*La mejora estricta de la legítima de herederos con discapacidad*”, *DIARIO FAMILIA Y SUCESIONES, nro 71,-20-5-2016”*)

- *Conclusiones de JORNADA NOTARIAL BONAERENSE Tandil, 2 al 5 de octubre de 2019*
- *Informe de la Federación Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna -organización humanística mundial con 189 sociedades miembros.*

Derecho Español:

ALBART, S., *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente, Revista de Derecho Privado, 2004, p.267*

PEREÑA VICENTE, M., *El Derecho Sucesorio como instrumento de protección del discapacitado, en la Ley, 18 de febrero de 2004, núm 5957, 2004, p.2)*

Derecho Cubano:

PEREZ GALLARDO, Leonardo B “*LEGITIMA Y DISCAPACIDAD: Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad del legitimario asistencial (Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad)*”

Jurisprudencia:

E.64.XXIII "Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros" del 7/7/92,

F.433.XXIII. "Fibraca Constructora S.C.A. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", del 7/7/93

Fallo 317:1282 "Cafés La Virginia S.A. s/ Apelación (por denegación de repetición " del 10.10.1994 CJSN

Legislación

Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial, creada por decreto 191/ 2011

Código Civil y comercial ley 26994

Ley nacional 26378 y 27044

Constitución Nacional

"Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" (CDPD),

Ley 22.431. Sistema de Protección Integral de las personas con discapacidad" sancionada y promulgada el 16 de marzo de 1981

ley 24.901 (Ley de Discapacidad-Sistema de prestaciones básicas, promulgada el 5 de diciembre de 1997)