

Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ ANTEPROYECTO ~ REFORMA DEL CODIGO CIVIL ~ SUCESION ~ HEREDERO ~ DISCAPACITADO ~ PROTECCION DEL INCAPAZ ~ LEGITIMA ~ PORCION DISPONIBLE ~ DISMINUCION DE LAS FACULTADES MENTALES ~ HEREDERO FORZOSO ~ INDIVISION FORZOSA ~ FIDEICOMISO TESTAMENTARIO ~ HIJUELA

Título: La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial

Autor: Merlo, Leandro Martín

Publicado en: DFyP 2012 (julio), 01/07/2012, 253

Sumario: 1. Introducción. 2. La limitada protección para los herederos con discapacidad a la luz de la legítima en el derecho vigente. 3. Propuestas de modificación de las cuotas de legítima: La mejora estricta para los herederos con discapacidad. 4. La cuestión en el anteproyecto de Unificación de los Código Civil y Comercial de 2011. 5. Conclusiones.

Abstract: "El anteproyecto en análisis establece una reducción de las cuotas de legítimas y específicamente contempla la protección para los herederos discapacitados al legislar la mejora estricta a su favor."

1. Introducción

La delicada situación a que quedan expuestas las personas discapacitadas o disminuidas en sus facultades cuando ocurre el fallecimiento de las personas que les proveen usualmente asistencia y cuidado, en general sus padres o sus hijos, ha merecido especial atención en la doctrina y legislación comparada.

Nuestro derecho sucesorio vigente, por mantener un esquema de porciones legítimas elevadas a favor de los herederos forzosos, en muchos casos deja escaso margen para que el causante pueda organizar el modo de brindarles a aquéllas la suficiente atención económica y asistencial.

El anteproyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial impulsado mediante el decreto presidencial 191, del 23 de febrero de 2011, atiende la circunstancia descripta al establecer la denominada "mejora estricta para los herederos con discapacidad".

En el presente ensayo daremos una breve visión del esquema legal vigente, repasaremos algunas propuestas de reforma —ya sea doctrinarias como a través de proyectos de ley— para finalmente describir el instituto que prevé el proyecto de unificación citado.

2. La limitada protección para los herederos con discapacidad a la luz de la legítima en el derecho vigente

Es necesario recordar que en el derecho positivo vigente en nuestro país existen dos clases de sucesores mortis causa: los herederos (sucesores universales) y los legatarios (sucesores singulares). (1) A su vez los herederos son legítimos (llamados por la ley) o testamentarios (instituidos como tales por el testador).

Conforme el art. 3545 del Cód. Civil, los legítimos son los descendientes del difunto, sus ascendientes, su cónyuge supérstite, y sus parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive. Particular y discutida situación reviste el Fisco a quien corresponden los bienes en caso de no sobrevivir al causante ninguno de los sucesores enumerados en dicha norma.

Algunos herederos legítimos, son además, herederos legitimarios o forzosos, conforme lo establece el art. 3714 del Cód. Civil: "Son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación" y luego otro grupo de normas les otorga la porción legítima de la cual no pueden ser privados sin justa causa de desheredación.

A su vez, nuestro derecho sucesorio sólo permite recurrir a la mejora de herederos forzosos en la medida de la porción disponible de la herencia, debiendo mantenerse inalterada la cuota de legítima. Así lo establece el Art. 3.605 que indica que "De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia puede ser detraída para mejorar a los herederos legítimos."

No existe en consecuencia norma alguna en el derecho sucesorio que establezca una cuota de legítima distinta o una mejora estricta sobre la porción legítima a favor de herederos incapaces.

Si el causante quisiera favorecerlos con una cuota o porción mayor de la herencia si concurriera con otros legitimarios —además de la mejora sobre la porción disponible—, debería constituir alguna indivisión forzosa en los términos de la Ley 14.394 o constituir un fideicomiso testamentario, dos opciones que igualmente colisionan con la protección legítima de los otros coherederos forzosos, pudiendo cesar la indivisión antes del plazo estipulado conforme lo establece la ley que la reglamenta, o reduciéndose el alcance del fideicomiso a la porción disponible a través de las acciones protectoras de la porción legítima.

3. Propuestas de modificación de las cuotas de legítima: La mejora estricta para los herederos con discapacidad

Ante la limitación legal enunciada, los padres de hijos incapaces, discapacitados o disminuidos en sus

facultades tienen la intranquilidad referida a quien se ocupará de ellos luego de su muerte, cubriendo sus necesidades y administrando los bienes que reciban de la herencia, o los suyos propios.

Si bien es cierto que el causante puede designar tutor (2) o curador (3) para sus hijos menores o incapaces, ello no resuelve la situación descripta ya que en nada variará la limitación a transmitir la herencia beneficiando al incapaz más allá de lo que permiten las normas relativas a la legítima hereditaria y su protección.

Para estos supuestos puede resultar beneficioso acudir al fideicomiso testamentario ya que sirve como herramienta eficaz para la tuición de los más débiles.

Pero dado que con el marco legal vigente sólo se puede constituir tal contrato en relación a la cuota de libre disposición o porción disponible, se ha propuesto que en el caso de existir herederos forzosos incapaces sean válidos los fideicomisos testamentarios aunque limiten o atenten contra la legítima de otros herederos forzosos, con la limitación de tener vigencia hasta que cese la incapacidad.

Esto constituiría una limitación temporal a la legítima, pero nuestra legislación ya admite otras limitaciones a las legítimas que como ser la afectación de un inmueble al régimen de la Ley 14.394 de bien de familia por vía testamentaria o la indivisión forzosa de los bienes sucesorios prevista por los arts. 51 a 55 de la Ley 14.394. Ello no implica dar paso a la autonomía de la voluntad en materia sucesoria, sino reconocer que los padres son los que conocen más las inclinaciones, debilidades, necesidades, sus aptitudes, su grado de capacidad intelectual, su conducta, sus recursos, los reveses de la fortuna, las desigualdades naturales que separan a uno de otro hijo. En tal sentido, la posibilidad de emplear dicha figura para la protección de incapaces la daba el Proyecto de Código Civil argentino de 1998, en el que se avizoraban criterios de libertad y solidaridad en el ámbito del Derecho de Sucesiones, ya que se permitía ampliar la cuota de libre disposición de bienes para después de la muerte, en pro de la solidaridad familiar, manteniendo el sistema de legítimas pero teniendo en cuenta la tuición de los más débiles aun en vulneración de la legítima, cuando se constituyen fideicomisos testamentarios a favor de menores e incapaces". (4)

Coincidimos en la posibilidad del uso del fideicomiso testamentario a los fines de garantizar la asistencia médica, de compañía o cuidado, psiquiátrica o de rehabilitación de los hijos incapaces, discapacitados o minusválidos dejando a salvo que aún en estos supuestos la porción legítima encuentra protección a través de diversas acciones sucesorias, situación que debe ser tenida en cuenta al momento de emplear la figura en análisis. (5)

Es por ello que coincidimos con quienes bien afirman 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, ya que no debe tener igual tratamiento que quien goza de sus aptitudes en plenitud, pues el tratamiento igual para los desiguales genera desigualdad ante la ley. (6)

Participamos también de la idea que el sistema de legítima requiere la flexibilización de la actual atribución forzosa sobre la base de patrones fijos y estáticos teniéndose en vista la protección del heredero necesitado, plasmada en la protección concreta del enfermo o discapacitado. (7)

Se ha dicho en tal sentido, en una postura favorable a la reforma del sistema actual, que las personas dependientes y vulnerables pueden encontrar en la figura de la legítima asistencial el cauce idóneo para poder recibir por causa de muerte bienes con los cuales hacer frente a sus más apremiantes necesidades y paliar la situación económica en la que pueden quedar, tras el fallecimiento de la persona que en vida era su pivote patrimonial, indicándose que la legislación debería estar a tono con el enunciado del artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. (8)

En esta línea de ideas, se ha propuesto la creación en nuestro Código Civil de una norma que establezca que "Podrá el causante disponer de la cuarta parte de las porciones legítimas establecidas, para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes discapacitados, sin perjuicio de las disposiciones del Art. 3605 de este Código. 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. Deberá acreditarse mediante certificado de la autoridad sanitaria nacional o provincial." (Como Art. 3596).

Concuerda con dicho texto el propuesto para el Art. 3597 del Cód. Civil, que establecería que "La mejora a la que está facultado el causante en el Art. 3596 podrá efectuarla también a favor de aquel descendiente o ascendiente que por dedicarse a la asistencia del causante haya renunciado al desarrollo de sus capacidades productivas. Procederá una vez acreditados los presupuestos ante el Juez del sucesorio y en la medida en que otro interesado no pruebe que dicha asistencia reportó ya compensación suficiente al heredero mejorado." (9)

Similar criterio ha sido también proyectado por la Comisión de Reforma al Código Civil designada por Decreto 685-95, conocido como el "Proyecto de 1998" en cuyo art. 2397 establece 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". (10)

Esta tendencia solidaria en materia de derecho sucesorio también ha tenido expresión en las "XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", en las que se propuso la creación de normas en favor del discapacitado y la flexibilización de la legítima en favor de aquellas personas que han visto restringida o limitada su capacidad productiva por haberse dedicado a la asistencia del causante, supuestos éstos en los que, con fundamento en la solidaridad, aun existiendo porciones forzosas, si éstas se vieran afectadas por el favor a personas en esas circunstancias, sus límites cedan flexibilizándose, provocando que el que esté en mejores condiciones tienda a equipararse con el que se encuentra en una situación de mayor necesidad, como consecuencia de discapacidad o por haber sacrificado su propio beneficio económico en procura del bienestar de quien luego, al fallecer, lo recompensa o repara. (11)

El anteproyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial impulsado mediante el decreto presidencial 191, del 23 de febrero de 2011, finalmente recoge las ideas reseñadas al consagrar en su texto una norma específica que las contempla.

4. La cuestión en el anteproyecto de Unificación de los Código Civil y Comercial de 2011

El anteproyecto en análisis establece una reducción de las cuotas de legítimas y específicamente contempla la protección para los herederos discapacitados al legislar la mejora estricta a su favor.

Así, se mantienen como herederos forzosos o legitimarios a los descendientes, los ascendientes y el cónyuge, quienes "tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito" (Art. 2444)

Las porciones legítimas en general se reducen, ya que éstas se establecen para los descendientes en dos tercios (2/3), para de los ascendientes en un medio (1/2) y para el cónyuge en un medio (1/2). (Art. 2445).

De tal modo, en relación al régimen vigente, los descendientes ven reducida su legítima de cuatro quintos (4/5) a dos tercios (2/3) y los ascendientes de dos tercios (2/3) a un medio (1/2). El cónyuge supérstite conserva igual porción que en el régimen actual, esto es, un medio (1/2).

Si concurrieran sólo descendientes o sólo ascendientes, la porción disponible se calcula según las respectivas legítimas. En cambio si concurriera el cónyuge con descendientes, la porción disponible se calcula según la legítima mayor. (Art. 2446)

Se mantiene la protección de la porción legítima ante cualquier gravamen o condición impuesta por el testador, ya que si así lo hiciera, ellas se tendrán por no escritas. (Art. 2447)

Sin embargo, en referencia al tema que nos ocupa en el presente, dicha protección no obsta a que el causante pueda establecer la denominada "Mejora a favor de heredero con discapacidad."

El anteproyecto contempla tal supuesto al establecer que "El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de UN TERCIO (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral." (Art. 2448)

De tal modo, se consagra un instituto que recoge las posturas que se vienen proponiendo en doctrina y jornadas académicas, como así también normas similares contenidas en diversos proyectos de ley y legislación comparada.

Se permite entonces que el causante mejore a su heredero ascendiente o descendiente, pero no contemplándose al cónyuge, quien ya tiene a su alcance —incapaz o no— medidas de protección relativas al hogar conyugal, derecho de habitación, etc.

Dicha mejora estricta puede ser realizada por cualquier medio por lo que —además del supuesto del fideicomiso especialmente contemplado por la norma— la mejora procedería, por ejemplo, a través de un legado de bienes determinados, de la cuota de mejora específicamente contemplada (1/3 de la legítima), determinando el goce del usufructo de ciertos bienes, rentas vitalicias, derecho de habitación, indivisión forzosa y cualquier otro beneficio que, limitado a la cuota que establece la norma, permita plasmar la voluntad del causante con el alcance tuitivo de aquélla.

En cuanto al término "discapacidad" empleado, la norma aclara que entiende por tal 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.

Con el alcance citado y con gran acierto, la norma contempla una protección más abarcativa que la limitada a los "incapaces" en general, ya que como es sabido 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. [\(12\)](#)

5. Conclusiones

En los fundamentos del Anteproyecto, se citan como lineamientos de la reforma tanto la "Constitucionalización del derecho privado" como la idea de un "Código basado en un paradigma no discriminatorio".

Allí se afirma que "La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar 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 tutela ... de las personas con capacidades diferentes ... Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado." Y en relación al paradigma no discriminatorio, se afirma en los fundamentos referidos que "En la tradición histórica, el sujeto de derechos privados ha sido el hombre. Hemos cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen ... las personas con capacidades diferentes ... y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento." Es así como se "amplía la porción disponible cuando existen herederos con discapacidad, en consonancia con los tratados internacionales que protegen a estas personas, que han sido ratificados por el país." [\(13\)](#)

De tal modo el Anteproyecto consagra en la normativa referida a la mejora estricta del heredero con discapacidad la necesaria protección que ya se encontraba consagrada en la legislación comparada y que en similar sentido era propuesto reiteradamente tanto en doctrina como en diversos eventos académicos.

De sancionarse la normativa proyectada, las personas con discapacidad verán incrementada su protección ante el fallecimiento de sus ascendientes o descendientes.

La hijuela que en la partición les corresponda en la sucesión de aquéllos, podrá estar conformada, de máxima, por: a. la porción disponible de la herencia a título de mejora; b. adicionársele la interesante cuota de mejora estricta con fundamento en su discapacidad, retraída ella de la porción legítima global que corresponda al concurrir con otros herederos, y c. su cuota de legítima individual, cuya medida estará dada de acuerdo a al modo de concurrencia con otros coherederos forzosos.

La respuesta que brinda la normativa proyectada encuentra fundamento en el criterio de la solidaridad familiar que también debe estar presente en el derecho sucesorio.

(1) Dejamos de lado la discusión doctrinaria respecto el legatario de cuota, aclarando que lo consideramos legatario particular.

(2) Art. 383 del Cód. Civil: "El padre mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento, tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad. Pueden también nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento."

(3) Art. 479 del Cód. Civil: "En todos los casos en que el padre o madre puede dar tutor a sus hijos menores de edad, podrá también nombrar curadores por testamento a los mayores de edad, dementes o sordomudos."

(4) MEDINA, Graciela, "Fideicomiso testamentario. Legítima y protección de incapaces - Proyecto de reforma al Código Civil 1999" 1/ene/1999, MJ-DOC-1134-AR | MJD1134; MEDINA, Graciela y MADERNA ETCHEGARAY, Horacio, "El fideicomiso testamentario en el Proyecto de Código Civil 1999 y en las XVII Jornadas Nacionales. Su relación con la legítima y la protección de incapaces y de los concebidos dentro y fuera del seno materno", pp. 1-2.

(5) BERBERE DELGADO, Jorge C. - MERLO, Leandro M., "El Fideicomiso en el derecho de familia y de las sucesiones" Ad Hoc, 2012, p. 111.

(6) CÓRDOBA, Marcos M., "Derecho sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados" La Ley 28/03/2011, 1.

(7) LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga, "La legítima en el derecho argentino: ¿tradición jurídica o adecuación a las características sociológicas y jurídicas del siglo XXI?": DFyP 2009 (octubre), 155.

(8) PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Legítima y discapacidad: Los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial" DFyP 2011 (abril), 01/04/2011, 159. El autor se refiere en general al derecho cubano y en particular al derecho argentino al tratar esta cuestión.

(9) CÓRDOBA, Marcos M., op. cit. Textos propuestos al Honorable Senado de la Nación para su

tratamiento legislativo por CORDOBA, Marcos M y BASSET, Úrsula C.

(10) <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-argentina-proyectos.html>

(11) CORDOBA Lucila I., FERRER Esther H. Silvia y VANELLA Vilma R., Ponencia de lege ferenda tratada en la Comisión 7 "Derecho Sucesorio" de las "XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" celebradas en la Ciudad de Córdoba los días 24 y 25 de septiembre de 2009.

(12) CORDOBA, Marcos M., Op. Cit.

(13) Del texto de los fundamentos del anteproyecto divulgado a la fecha de elaboración del presente.