

# VULNERABILIDAD Y DERECHO SUCESORIO

## LA MEJORA AL ASCENDIENTE Y DESCENDIENTE CON DISCAPACIDAD

Olga Orlandi<sup>1</sup>

### Sumario

1. La vulnerabilidad: el riesgo y la falta de capacidades
2. La vulnerabilidad de las personas con discapacidad: fundamentos de su tutela
  - 2.1. El modelo social de discapacidad
  - 2.2. Un cambio de paradigma: sistema de apoyos y salvaguardias
3. El derecho sucesorio y la tutela a las personas con discapacidad
  - 3.1. Los diseños en los modos de protección
    - 3.2.1. Los herederos especialmente protegidos en el derecho cubano
    - 3.2.2. La solución en el derecho Español
    - 3.2.3. Una solución con fundamento en la necesidad: los alimentos postmórtem
4. Los límites del derecho sucesorio vigente y la protección de los sujetos vulnerables
5. Proyecto de Código Civil y Comercial Argentino (2012): la protección de las personas con discapacidad
  - 5.1. En materia alimentaria
  - 5.2. Protección específica para la vivienda de los discapacitados
  - 5.3. Normas del Proyecto – en materia sucesoria- tendientes a la tutela de los sujetos vulnerables
    - 5.3.1. La ampliación de las causales de indignidad sucesoria
    - 5.3.2. La capacidad para testar
    - 5.3.3. La aceptación de herencia
    - 5.3.4. Medidas de apoyo procesales
6. La mejora del heredero con discapacidad
  - 6.1. Forma de realizar la mejora
  - 6.2. Alcance del término “discapacidad”
  - 6.3. La mejora: sólo a ascendientes y descendientes
  - 6.4. Constitución de fideicomiso a favor de las personas con discapacidad
  - 6.5. Discapacidad y colación
7. Conclusiones

### 1. La vulnerabilidad: el riesgo y la falta de capacidades

Vulnerabilidad es la cualidad de vulnerable<sup>2</sup>. Se dice de la persona que es susceptible de ser lastimada o herida ya sea física o moralmente.

El concepto de vulnerabilidad puede aplicarse a una persona o a un grupo social según su capacidad para prevenir, resistir y sobreponerse de un impacto. Si una persona carece, o encuentra disminuida su capacidad, se halla en situación de riesgo, debilidad, fragilidad, inseguridad.

Las personas con discapacidad son vulnerables en tanto sufren mayor riesgo a perder la vida, sus bienes, propiedades y su sistema de sustento ante la muerte de quien proveía, apoyaba y/o satisfacía sus necesidades.

Cabe subrayar que la vulnerabilidad no es lo mismo que necesidades: éstas tienen un carácter inmediato, mientras que aquélla viene marcada también por factores de más largo plazo.

La falta de capacidades físicas y psicológicas son una fuente importante de vulnerabilidad para las personas. En el plano psicológico, comprende las deficiencias y enfermedades mentales.

---

<sup>1</sup>Orlandi, Olga; Profesora Adjunta de Derecho Privado VI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.(FDyCS) Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Doctora en Derecho. Investigadora de la SECyT. REVISTA DE DERECHO PRIVADO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Infojus

<sup>2</sup> www.rae.es vulnerable. (Del lat. vulnerabilis). Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente. vulnerabilidad. Cualidad de vulnerable.

Ante esta situación las acciones de la familia, la comunidad y el Estado deben orientarse no sólo a satisfacer necesidades, sino a reducir la vulnerabilidad dando mayor seguridad a las personas con discapacidad.

El fundamento de la tutela a las personas con discapacidad procede del principio constitucional de igualdad de oportunidades<sup>3</sup>.

En este trabajo se analiza las formas y el alcance con que el Derecho Sucesorio puede proporcionar una mayor seguridad a las personas vulnerables por su falta de capacidad.

## **2. La vulnerabilidad de las personas con discapacidad: fundamentos de su tutela**

Desde nuestra Constitución<sup>4</sup>, en el art. 75 inc. 23 atribuye al Congreso la facultad de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”...

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)<sup>5</sup>, contiene una innovadora visión sobre la discapacidad, en armonía con la perspectiva de los Derechos Humanos.

En Argentina esta Convención es receptada a nivel legislativo<sup>6</sup>.

### **2.1. El modelo social de discapacidad**

En materia de discapacidad, la mirada desde los derechos humanos instauró un cambio de paradigma que se sostiene en una serie de principios – enumerados en el art. 3 de la CDPD: a) el respeto por la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; e) la igualdad de oportunidades; f) la accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer; h) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad, que reconocen la noción de derecho humanitario vigente en nuestro sistema jurídico.

Desde esta traza, la problemática es abordada desde una configuración multidimensional que tiende a posibilitar soluciones acordes a la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

La CDPD implanta además una visión dinámica y constructiva, “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción

---

<sup>3</sup> Art. 75 inc. 23 de la CN

<sup>4</sup> Ley N° 24.430. Ordena la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994). Sancionada: Diciembre 15 de 1994. Promulgada: Enero 3 de 1995.

<sup>5</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En adelante CDPD.

<sup>6</sup> En Argentina la CDPD es receptada por Ley 26.378. Sancionada en mayo de 2008, promulgada junio de 2008, publicada en el B. O. el 9/06/2008.

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”<sup>7</sup>.

Así, el modelo social que la Convención impone sobre las personas con discapacidad prioriza elementos de carácter históricos, sociales, psicológicos, y también incluye el aspecto médico/biológico que históricamente se presentó como hegemónico en esta materia.

Según este modelo social de discapacidad, se considera que las causas que la originan son en gran medida sociales. Desde esta perspectiva se insiste en que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que el resto de las personas –sin discapacidad-, pero siempre desde la valoración y el respeto de la diferencia. Esta concepción implica la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana<sup>8</sup>.

La implementación de acciones que lleven a vencer la barrera de la discriminación como fenómeno sociológico, involucra a toda la sociedad y el Estado<sup>9</sup>.

## **2.2. Un cambio de paradigma: sistema de apoyos y salvaguardias**

El paradigma de la Convención, estipula para las personas con discapacidad el surgimiento de un sistema de apoyos y salvaguardias que confronta con el anterior sistema de reemplazo y sustitución de la voluntad de la persona.

El sistema tradicional de representación – que se sostiene en la sustitución de la voluntad de la persona declarada “insana”- debe reemplazarse por una práctica de apoyos, asistencia y asesoramiento<sup>10</sup>.

Los cambios de paradigma obligan a pensar en soluciones normativas – en todos los ámbitos - que respondan a los principios del derecho humanitario a la hora de estructurar el sistema de tutela especial de las personas con discapacidad.

En este trabajo se aborda específicamente las posibles soluciones en materia sucesoria con especial alusión al derecho comparado y proyectado.

## **3. El derecho sucesorio y la tutela a las personas con discapacidad**

En un sistema jurídico, la regulación de la sucesión por causa de muerte depende del modo en que se regule y justifique la propiedad y la familia.

---

<sup>7</sup> Preámbulo de la CDPD. Por datos y estadísticas ver: <http://unstats.un.org/unsd/demographic/sconcerns/disability/disabmethods.aspx>

<sup>8</sup> Cfr: PALACIOS, Agustina; *“El modelo social de Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”*, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, pág. 26/27.

<sup>9</sup> Cfr: JARA ANDREU, Antonio, *“Derecho Constitucional. Estado Social, Orden Jurídico e Integración Social”*, en Alcáin Martínez, Esperanza, González - Badía Fraga, Juan y Molina Fernández, Carmen (Coordinación), *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comares, Granada 2006, p. 2.

<sup>10</sup> Ver: Art. 12 de la CDPD, inc. cuarto y quinto

La familia es una institución social. En relación a ella, una de las finalidades básicas del Estado es promover que los ciudadanos desarrollen libremente su personalidad<sup>11</sup>.

En la familia, el elemento económico - patrimonio familiar – debe estar destinado a satisfacer los fines de la familia, y las necesidades de sus miembros. Los bienes deben servir para el cumplimiento de los fines de la familia, en el que cobra especial significación la tutela o apoyo a las personas con discapacidad, teniendo en cuenta su vulnerabilidad.

Por su parte, el derecho sucesorio tiene en miras determinar a quién o quiénes y de qué modo se van a continuar las relaciones jurídicas que quedan vacantes en caso de muerte de su titular.

Los sistemas jurídicos – en materia sucesoria – tienden a brindar seguridad jurídica a través de la continuidad en la persona del heredero de las relaciones jurídicas cuya titularidad correspondía al causante, o se estructuran métodos de sucesión en los bienes.

Nuestro sistema sucesorio actual contiene normas de orden público que restringen el poder de disposición del causante y la realización de pactos sucesorios, lo que limita la posibilidad de proteger en forma especial o privilegiada a los sujetos vulnerables.

La tendencia del derecho sucesorio moderno y la doctrina vienen marcando la necesidad de mayor autonomía de la voluntad en materia sucesoria<sup>12</sup>, lo que implica flexibilizar las normas de orden público que caracterizan las instituciones tales como la legítima hereditaria y los órdenes sucesorios, a fin de permitir la tutela de los derechos humanos fundamentales y una adecuación a las características del desenvolvimiento económico del siglo XXI.

### **3.1. Los diseños en los modos de protección**

Es ineludible diseñar un sistema de protección que contemple especialmente el contexto de vulnerabilidad de las personas discapacitadas.

Con fundamento en los derechos humanos, debe entenderse que la persona con discapacidad o minusválida requiere de una tutela legal diferenciada que comprenda también el ámbito sucesorio.

La tutela a las personas con discapacidad - en materia sucesoria - debe superar el mínimo legal señalado en el art. 12 de la ley 26.378 cuando alude al derecho “a ser propietarios y heredar bienes”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> “Una de las finalidades básicas del Estado es que los ciudadanos desarrollen libremente su personalidad y la familia sólo tiene sentido dentro de ese cuadro, lo que conduce, en nuestra opinión, a una reprivatización de los fenómenos familiares, y al mismo tiempo, a una disminución de los sectores que puedan ser considerados como de orden público” DIEZ-PICAZZO. Luis- GUILLON BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de derecho civil, Derecho de Familia y sucesiones*, vol IV, Tecnos, Madrid, 2001, p. 39

<sup>12</sup> Cfr.: SALOMÓN, Marcelo; *Legítima hereditaria y Constitución Nacional*, Ed. Alveroni, Córdoba 2011; .ORLANDI, Olga; “Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI, en *Revista Derecho de Familia*”, Nro. 53, marzo de 2012, Directoras: Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras, Ed. Abeledo Perrot, pag. 5 y ss.

<sup>13</sup> Ley 26.378. B.O. 09/06/2008. Art. 12: Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el

Debe abarcar tanto las normas de protección, apoyo, resguardo como las de flexibilización de las restricciones del derecho sucesorio, de tal manera que asegure la superación de los riesgos que emanan del estado discapacidad de las personas, ante la muerte de quien proveía a sus necesidades.

La doctrina jurídica ha venido elaborando diferentes propuestas tendientes a su protección.

Así se ha dicho que es preciso incorporar al esquema legitimario una normativa que posibilite una intervención judicial activa en el proceso de distribución de los bienes comprendidos en la legítima hereditaria. A través de este mecanismo se abre la posibilidad de considerar aquellas circunstancias objetivas (indigencia, minoridad, vejez, enfermedad, discapacidad) que puedan particularizar el contexto vital de determinados herederos forzosos colocándolos en una situación desventajosa respecto de sus colegitimarios<sup>14</sup>.

Se perfilan soluciones como la mejora a favor del heredero con discapacidad y el diseño de un sistema de alimentos post mortem.

Desde la doctrina se afirma que “la creación de una mejora hereditaria a favor de los discapacitados es el resultado del reconocimiento de la función social de la herencia como equiparadora de posibilidades”<sup>15</sup>.

La mejora al heredero con discapacidad, como los alimentos post mortem, parecen ser efectivos instrumentos para restaurar la situación patrimonial de la persona que dependía del causante.

Legislativamente, esta tutela especial – en el aspecto patrimonial - puede lograrse incrementando el patrimonio (mejora), o previendo un sostén periódico para el discapacitado (a través de los alimentos), amparando su vivienda (estableciendo un derecho habitacional), o bien resguardando la función del cuidador/a lo que implica lógicamente destinar a dicha persona recursos económicos<sup>16</sup>.

### **3.2. Algunas soluciones en el derecho comparado**

En el derecho extranjero se observan diversas soluciones. Algunas flexibilizan las restricciones<sup>17</sup> o admiten los alimentos postmórtem<sup>18</sup>. Estas vías

---

derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

<sup>14</sup> Cfr.: SALOMÓN, Marcelo J.; “Derecho Sucesorio y legítima hereditaria: propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional”, en *Revista Derecho de Familia*, Nro. 53, marzo 2012, Directoras: Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras, Ed. Abeledo Perrot, p. 54.

<sup>15</sup> Cfr.: CÓRDOBA, Marcos M., “Las reformas en materia de sucesiones”, en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Abeledo Perrot, Bs. As. 2012, p. 1105.

<sup>16</sup> En España se prevé la función del “cuidador”. Ley 41/03 Patrimonio de afectación en España

<sup>17</sup> España. Ley 41/03 Patrimonio de afectación en España

<sup>18</sup> Ver apartado 3.2.3. “Una solución con fundamento en la necesidad: los alimentos post mortem”

han sido requeridas por la doctrina nacional y jornadas científicas<sup>19</sup>, tanto en los aspectos sustanciales, como procesales.

Se consideran algunas soluciones dadas en el derecho extranjero

### **3.2.1. Los herederos especialmente protegidos en el derecho cubano**

El derecho cubano consagra una legítima calificada en aras a la protección de ciertos herederos, denominados como “herederos especialmente protegidos”.

Para gozar de esta protección el heredero del causante debe cumplir tres requisitos: a) el vínculo parental – ascendiente o descendiente - o conyugal; b) la dependencia económica al causante; y c) observar imposibilidad de trabajar. En el caso de existencia de estos herederos se limita la libertad de testar a la mitad de la herencia.

Los requisitos legales han sido interpretados a través de la jurisprudencia. Se destaca que a pesar de cierto emparentamiento con las personas con discapacidad, las dimensiones que el legislador cubano le da a los herederos especialmente protegidos no coincide en todos sus ángulos con el de las personas con discapacidad, si bien sería atinado un acercamiento en este orden<sup>20</sup>.

### **3.2.2. La solución en el derecho Español**

La Constitución Española sienta el principio de igualdad entre personas con discapacidad y otros ciudadanos. Dicha igualdad debe ser real y efectiva; los poderes públicos deben realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que debe la atención especializada que requieran, y el amparo necesario<sup>21</sup>.

La Ley 41/2003 reconoce entre los fundamentos, la necesidad de que tal asistencia sea puesta a cargo de un patrimonio particular que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse.

---

<sup>19</sup> XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar “Las familias y los desafíos sociales” Comisión: A1- “Familia, Personas y grupos vulnerables, violencias y Derechos Humanos” (23/11/2012). Ponencia: *El apoyo familiar: los discapacitados ante la muerte del cuidador y/o quien proveía a sus necesidades* Ponentes: Dra. Olga Orlandi; Ab. Susana Verplaetse. En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Tucumán 29 y 30 de septiembre y 1º de octubre 2011- En la comisión N° 7: Sucesiones, se votó por unanimidad: “*Merece atención el debido resguardo de los derechos de las personas vulnerables, entre otras, los menores, las personas con discapacidad, los adultos mayores*”.CÓRDOBA, Marcos M., “*Derecho sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados*” LL 28/03/2011, 1.

<sup>20</sup> Cfr. 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*, La Ley, Año 3, Número 3, (abril) 2011, p.163. Pérez Gallardo, L. B. (Coordinador), *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2006. p 141. LAGO VALDÉS, Lisandra; GARCÍA LEÓN, Liuva, “*Los Herederos Especialmente Protegidos: una visión crítica de su regulación en el Código Civil Cubano*”. Vol. 10. N° 1- 2007 - <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-herederos.html>

<sup>21</sup> Art. 9.2 de la Constitución Española

Se busca así que los recursos económicos provengan de dos fuentes distintas: el Estado, (servicios públicos, beneficios fiscales o subvenciones específicas) y de la propia persona con discapacidad o de su familia.

Dicha ley dispone la creación de una masa patrimonial (sin personalidad jurídica propia) especialmente protegida para las personas con discapacidad (art. 1), que tiene por fin la satisfacción de las necesidades vitales de ésta y cuenta con un régimen de administración y supervisión específico.

Esta reforma trajo aparejado algunas modificaciones en el derecho sucesorio que se enumeran (art. 10).

a) Se incorpora como causal de indignidad la no prestación de las atenciones debidas a la persona con discapacidad (apartado 7 del art. 756 del CCiv)

b) En España, la legítima de los hijos 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. El tercio restante es la llamada legítima estricta (art. 808, CCiv.)<sup>22</sup>. Se permite mejorar a la persona con discapacidad sobre el tercio que compone la legítima estricta, alterando así la regla de intangibilidad de ésta<sup>23</sup>.

c) Se faculta al testador a gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, siempre que ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado (art. 782, 808 y 813 del CCiv. Español)<sup>24</sup>.

d) Se protege el derecho de habitación de la persona con discapacidad, estableciendo que la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario - persona con discapacidad - no se computará para el cálculo de las legítimas si al momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella. El derecho de

---

<sup>22</sup> Código Civil español. Art. 808. 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 tercer párrafo ha sido añadido por el art. 10 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, 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 (BOE núm. 277, de 19-11-2003, pp. 40852-40863).

<sup>23</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, Rodrigo, *La Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, BIB 2003\1448, Aranzadi Civil-Mercantil nº 16/2003 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2003.

<sup>24</sup> Se entendió que “al margen de las limitaciones establecidas por la Ley 41/2003 en orden a su utilización, la sustitución fideicomisaria se caracteriza por la existencia de una doble institución hereditaria con orden sucesivo, y para poder gravar el tercio de legítima estricta la ley exige que la condición de fiduciario recaiga sobre el hijo o descendiente judicialmente incapacitado (a través de su representante legal), el cual va a disfrutar como heredero o legatario del derecho de goce sobre los bienes hasta el momento en que deba producirse la delación fideicomisaria. MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, “*El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad*” (RCL 2003, 2695): *¿Un acercamiento al trust?*, Actualidad Jurídica Aranzadi num. 612. BIB 2004\90, nº. 612, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2004. Cfr: FERRER, Francisco, “*Discapacidad y derecho sucesorio en el Proyecto de Código*”, LA LEY 25/10/2012, 25/10/2012, 1.

habitación se atribuirá por ministerio de la Ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero no se podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. (art. 822 del CCiv.)<sup>25</sup>

e) Se faculta al cónyuge - en testamento - para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar (art. 831 CCiv.)<sup>26</sup>.

f) No estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad (segundo párrafo del art. 1041 CCiv.)

g) El patrimonio no es susceptible de reducción, ni por lesionar la legítima del propio discapacitado, siempre que se encuentre dotado de bienes suficientes para atender sus exigencias de cuidado, manutención y sostén, ni por lesionar la legítima de los demás coherederos y que los bienes del trust no sean manifiestamente excesivos para satisfacer las exigencias del discapacitado y mientras que no se extinga el trust (cuya duración no puede ser inferior a la vida del beneficiado)<sup>27</sup>.

No se duda que la creación del patrimonio de afectación, acarrea ventajas aunque desde la doctrina española se observa que su escasa utilización obedece a lo poco “atractivo” que resulta ser en materia fiscal y el excesivo tecnicismo de la figura<sup>28</sup>.

### **3.2.3. Una solución con fundamento en la necesidad: los alimentos postmórtem**

---

<sup>25</sup> Artículo 822. La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella. Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible. Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación. [Este artículo está redactado conforme al art. 10 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, 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 (BOE núm. 277, de 19-11-2003, pp. 40852-40863)]

<sup>26</sup> Ver el art. 831 del CCiv. español redactado conforme al art. 10 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, 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 (BOE núm. 277, de 19-11-2003, pp. 40852-40863).

<sup>27</sup> MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, Cit. nº 612.

<sup>28</sup> GALLEGO PERAGÓN, José Manuel, “La discapacidad: jurídicamente un concepto encrucijada”, BIB 2011\77, Publicación: Quincena Fiscal Aranzadi nº 3/2011 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.

Los alimentos familiares postmórtem aparecen en algunas legislaciones sustituyendo a la legítima y en otras complementándola<sup>29</sup>.

Entre las regulaciones que consagran la intransmisibilidad de los alimentos por causa de muerte e instituyen la legítima hereditaria, podemos mencionar: el Código Civil argentino, que no admite la transmisión por actos entre vivos o muerte del acreedor o deudor de los alimentos; la legislación de Bolivia (art. 26, Código de Familia), y la de Paraguay (art. 263, Código Civil), entre otros.

Consagran la obligación de proveer alimentos después de la muerte del causante los Códigos Civiles de: Quebec (arts. 684 a 686), Chile (art. 1167 y 1168), Colombia (arts. 1127 a 1229), Honduras (art. 1149), Nicaragua (arts. 1198 a 1200), Costa Rica (art. 595), Panamá (art. 386, Código de Familia, y 778, Código Civil), El Salvador (art. 1141, inc. 1), Guatemala (art. 936), México (art. 1368 a 1376), Uruguay (art. 871)<sup>30</sup>.

El Código Civil de Aragón<sup>31</sup> regula el derecho a alimentos. Los legitimarios de grado preferente que al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias estén en situación legal de pedir alimentos podrán reclamar los que les corresponderían como descendientes del causante, de los sucesores de éste, en proporción a los bienes recibidos. Estos derechos de alimentos solo procederán en la medida en que no esté obligado a prestarlos el viudo usufructuario o los parientes del alimentista conforme a la legislación general. (art. 515)

Ya en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Córdoba (año 2009) se votó por unanimidad la propuesta de lege ferenda: "Deben regularse como asignación forzosa las prestaciones alimentarias post mortem"<sup>32</sup>.

De una u otra manera se trata de resguardar el interés familiar proyectando las obligaciones que se fundamentan en la solidaridad familiar para después de la muerte de alguno de sus miembros. Así se observa el apartamiento de patrones estáticos (órdenes sucesorios), dando paso a necesidades concretas en el caso de existir personas con discapacidad<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> En materia alimentaria, según la teoría tradicional, la deuda familiar por alimentos tiene carácter personalísimo, *intuitu personae* y, por ende, resulta intransmisible por causa de muerte del obligado. No obstante, se observa que estos principios doctrinarios van siendo dejados de lado en el derecho de varios países y es así como la institución alimentaria va adquiriendo características novedosas que se apartan de los principios tradicionales.

<sup>30</sup> Cfr.: ORLANDI; Olga E.; "La Legítima y sus Modos de Protección". Ed. Abeledo Perrot. 2010. p.56 y ss. y "¿Debe legitimarse el sistema sucesorio que consagra la legítima?" JA 2006-III-1034 - Lexis Nº 0003/012725

<sup>31</sup> Nuevo Código Civil de Aragón. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA de 29 de marzo de 2011).

<sup>32</sup> XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil – Córdoba, setiembre 2009 – Comisión Sucesiones: "Indignidad, desheredación y legítima. [www.derechocivilcba.com.ar](http://www.derechocivilcba.com.ar)

<sup>33</sup> LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo; *El derecho de familia desde la Constitución nacional*. Editorial Universidad Buenos Aires. 2009. "Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias" en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*. . Abeledo-Perrot. nro. 51. Septiembre 201; ORLANDI; Olga ; *La*

La tendencia del derecho sucesorio comparado es armonizar el interés familiar y particular flexibilizando las restricciones de orden público para asegurar la subsistencia de los sujetos vulnerables.

#### **4. Los límites del derecho sucesorio vigente y la protección de los sujetos vulnerables**

El sistema de legítimas constituye un régimen de equilibrio entre el principio de solidaridad familiar y protección económica de los familiares más próximos. Constituye un límite a la libertad de disposición del a título gratuito de los bienes para después de la muerte<sup>34</sup>.

La doctrina argentina mayoritaria se viene manifestando en el sentido de flexibilizar las restricciones que el derecho sucesorio argentino impone, pregonando mayor libertad de disposición para materializar la tutela de los sujetos vulnerables<sup>35</sup>.

Cualitativamente las postulaciones de flexibilización y reforma del sistema de legítimas están dirigidas a disminuir el monto de las cuotas, ampliando la libertad de testar. Cualitativamente, apunta a emplear las legítimas para tutelar a las personas con discapacidad.

Se analiza la propuesta del Proyecto de Código Civil.

#### **5. Proyecto de Código Civil y Comercial Argentino (2012): la protección de las personas con discapacidad**

---

*Legítima y sus Modos de Protección cit.* p. 56 y ss. LLOVERAS, NORA - ORLANDI, Olga - VERPLAETSE, Susana, "Los alimentos frente a la colación y la reducción", Lexis Nexis JA del 17/4/02, JA 2002-II, Fasc. Nº 3. "Los alimentos frente a la colación y la reducción", ponencia presentada en las XVIII . Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs As, 2001. ORLANDI, Olga; EPPSTEIN, Constanza; MUZIO, Florencia . XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil – Córdoba, setiembre de 2009 - Comisión de Sucesiones: "Indignidad, desheredación y legítima. Libro de ponencias Nº 4. Advocatus 2009. p. 91. y [www.derechocivilcba.com.ar](http://www.derechocivilcba.com.ar). XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Tucumán 29 y 30 de septiembre y 1º de octubre 2011- En la comisión Nº 7: Sucesiones. LLOVERAS; Nora, ORLANDI; Olga, KOWALENKO; Andrea S.; "La indivisión hereditaria y la legítima". C7-012. [www.derechocivil2011.com.ar](http://www.derechocivil2011.com.ar)

<sup>34</sup> Los códigos latinoamericanos de la segunda generación (Bolivia, 1976; Perú, 1984; Paraguay, 1985; Brasil, 2002), han mantenido las legítimas, e igualmente las últimas reformas producidas en Francia en 2006, las cuales, si bien han flexibilizado el régimen, no se alteraron sus ejes estructurales. Tampoco se modificaron en las legislaciones española e italiana. En general se postula el mantenimiento del sistema legitimario. Cfr.: IEVA, Marco; "Divietto di patti successori e tutela dei legittimari", en DELLE MONACHE, Stefano (a cura di): "Tradizione e modernità nel diritto successorio", Cedam, Padova, 2007, p. 307.

<sup>35</sup> Cfr.: 1) Recomendaciones de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, sept/09; y de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, oct/2011. 2) El Proyecto de 1998, proponía la reducción de las cuotas de legítimas (art. 2395: descendientes de 4/5 a 2/3; y ascendientes de 2/3 a la mitad), y además estableció en el art. 2397 que el testador puede constituir fideicomisos sobre bienes determinados aún 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

El Proyecto de modificación Civil y Comercial 2012 amplía la protección a las personas con capacidad disminuida<sup>36</sup> receptando los paradigmas de la CDPD.

El proyecto propone reformas en algunos aspectos la normativa sucesoria, destacándose la mejora a favor del heredero con discapacidad<sup>37</sup>.

Aparte del tema que específicamente nos ocupa no podemos dejar de mencionar algunas disposiciones que amparan a los discapacitados en materia de alimentos y tutela a la vivienda y que influyen en el derecho sucesorio.

### 5.1. En materia alimentaria

En materia alimentaria<sup>38</sup> – en Argentina -, según la teoría tradicional, la deuda familiar por alimentos tiene carácter personalísimo, *intuitu personae* y, por ende, resulta intransmisible por causa de muerte del obligado.

Los alimentos familiares postmórtem aparecen en leyes de numerosos países<sup>39</sup>, en algunas sustituyendo a la legítima y en otras complementándola.

No se consagran en el Proyecto los alimentos postmórtem en forma sistemática. No obstante esto el art. 434 del Proyecto de Cod. Civ. y Com. al regular en forma excepcional los alimentos posteriores al divorcio, en el inc. a) permite que se establezcan alimentos a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosostenerse. Agrega el artículo que “si el alimentante fallece, la obligación se transmite a los herederos”.

---

<sup>36</sup> La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, las limitaciones a la capacidad son siempre de carácter excepcional y se imponen en beneficio de la persona; la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario; la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades (art. 31). El juez puede: a) restringir la capacidad de una persona mayor de trece años, que padece adición o una alteración mental permanente o prolongada; o, b) declarar su incapacidad por causa de enfermedad mental. En ambos casos debe designar un curador, o los apoyos que resulten necesarios, y fijar sus funciones (art. 32). Si el juez considera que la persona está en condiciones de conservar su capacidad, debe declarar los límites o restricciones a la capacidad, y señalar los actos y funciones que no puede realizar por sí misma. Se aplican las reglas relativas a la tutela (art. 38). Se puede declarar la incapacidad de la persona cuando ésta se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 32, 2º párr). La sentencia se inscribe en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, al margen de la partida de nacimiento (art. 39). Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia, realizados con posterioridad a la inscripción de la misma en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Los anteriores a dicha inscripción, son anulables si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumplen algunos de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito (arts. 44 y 45).

<sup>37</sup> MILLÁN, Fernando; *El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad* DFyP 2012 (julio), 01/07/2012, 245. MERLO, Leandro Martín, “*La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial*”. DFyP 2012 (julio), 01/07/2012, 253; FERRER, Francisco; “*Discapacidad y derecho sucesorio en el Proyecto de Código*”. LA LEY 25/10/2012, 25/10/2012, 1.

<sup>38</sup> HERRERA, Marisa; PELLEGRINI, María V.; “La regulación de los alimentos en el Proyecto de Código” 2012-12-05. SJA 2012/12/05-16 ; JA 2012-IV. WAGMAISTER, Adriana M.; “*Los alimentos en el anteproyecto de Código Civil*”. SJA-2012/06/20-24 ; JA-2012-II. CHIAPPINI, Julio; “*Observaciones al proyecto en materia de alimentos*” La Ley Online

<sup>39</sup> Ver apartado: 3.2.3. (“Una solución con fundamento en la necesidad: los alimentos *post mortem*”). Entre las)

El art. 2509 contempla también la posibilidad del legado de alimentos.

## **5.2. Protección específica para la vivienda de los discapacitados**

La casa vivienda aparece como un tema relevante en relación al discapacitado, pues es posible que no pueda ingresar a un mercado laboral calificado.

En algunos casos, ante la muerte de quien proveía de la vivienda a la persona con discapacidad, la sensibilidad y relación con otros herederos le permite de hecho continuar habitando el inmueble. Pero puede ocurrir —muy a menudo— lo contrario, producto del empobrecimiento o distanciamiento de los vínculos.

El causante puede realizar un legado de uso, habitación, usufructo o renta vitalicia cuando su valor no exceda la cantidad disponible por el testador (art. 2460).

Por la indivisión forzosa contemplada en el Proyecto (arts. 2330 a 2334), no obtendría protección directa respecto a la vivienda. La solución aparecería por medio de un pacto de indivisión de los herederos, y solo hasta diez años que debe ser homologado si existen herederos incapaces o con capacidad restringida (art. 2331).

La solución debería abarcar un tratamiento prohibitivo de la partición y/o de la ejecución de la vivienda donde habita el discapacitado. Tal vez el derecho real de la habitación, vitalicia, sería la figura acorde a tal objetivo.

No obstante la regulación referida en materia sucesoria deberá tenerse presente lo estipulado en el Proyecto<sup>40</sup> en cuanto podrá afectarse la vivienda por acto de última voluntad. La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida (art. 245)<sup>41</sup>.

## **5.3. Normas del Proyecto – en materia sucesoria- tendientes a la tutela de los sujetos vulnerables**

La reformulación del régimen de capacidad de las personas (arts. 22 a 47), trasciende en la cuestión de la capacidad para testar - art. 2467 incs. c), d) y e)- . Se propone la ampliación de las causales de indignidad sucesoria y excepciones al principio de intangibilidad de la legítima en beneficio de las personas con discapacidad (mejora especial a favor de un heredero forzoso discapacitado, por disposición testamentaria de mejora o mediante un

---

<sup>40</sup> Libro I; Título III: Bienes; Capítulo 3: Viviendas, arts. 244 a 256.

<sup>41</sup> Art. 245.- Legitimados. La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente. La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida. La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

fideicomiso testamentario, arts. 2448 y 2493).

La tutela propuesta abarca aspectos que pasamos a sintetizar.

### **5.3.1. La ampliación de las causales de Indignidad sucesoria**

El Proyecto propone la ampliación de las causales de indignidad que trascienden a las personas con discapacidad.

El art. 2281, inc. e) del Proyecto brinda una extensión significativamente mayor a la causal expresada hoy<sup>42</sup>, resultando lo suficientemente amplia como para comprender todos los supuestos en que, debido a su discapacidad o disminución de sus capacidades físicas o mentales, la persona no puede valerse por sí misma, y su cónyuge o pariente en grado sucesible no le prestan la asistencia alimentaria debida o no la hacen recoger en un establecimiento adecuado, en cuyo caso incurrirán en causal de indignidad sucesoria.

### **5.3.2. La capacidad para testar**

En el Código Civil vigente el régimen de capacidad de las personas se halla atado a categorías extremas (capaz/incapaz). Esto conlleva a que se creen situaciones injustas en materia testamentaria, en las que conculcan los derechos humanos de dichas personas, al restringir su posibilidad de testar más allá de lo que sea realmente necesario<sup>43</sup>.

La ley de salud mental<sup>44</sup> reformó el régimen de incapacitación civil de los insanos mentales. Supone la adopción de un régimen gradual de la capacidad, partiendo siempre de la capacidad plena de la persona, por lo que cualquier afectación a la misma debe ser evaluada con criterio estricto y ser determinada expresamente por el juez en la sentencia.

Esta ley no derogó ni reformó los arts. 3615 y 3616 CCiv.. Si el juez en la sentencia que resuelve sobre la capacidad de una persona no especifica que no podrá testar, lo podrá hacer, en principio, válidamente. Aún cuando el juez establezca expresamente que no podrá testar, como sigue vigente el art. 3615, se puede sostener que podría hacerlo eficazmente durante un intervalo lúcido.

El Proyecto perfecciona y aclara esta materia al reformular el régimen de capacidad de las personas estableciendo un régimen de capacidad gradual (capacidad, capacidad restringida, incapacidad, arts. 31/47). Tales normas son aplicables a los testamentos en cuanto no sean alteradas por la normativa especial (art. 2463).

---

<sup>42</sup> 3295 Cciv. Según este precepto es indigno de suceder al causante "el pariente del difunto que, hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo o hacerlo recoger en establecimiento público". La exigencia de que en el causante deban reunirse conjuntamente ambas condiciones, demente y abandonado, para configurar la causal, es considerada excesiva.

<sup>43</sup> Los arts. 3615 y 3616 del CCiv. requieren para testar "perfecta razón" o "completa razón". Estas dos normas generaron debates: por un lado, no hay acuerdo respecto al alcance de las expresiones y si se alude solo a los dementes de hecho, o comprende también a los declarados judicialmente. Ver comentario a dichos artículos en la obra: LLAMBIAS-MENDEZ COSTA, "Código Civil Anotado", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, t. V-C, p. 145 y ss.

<sup>44</sup> Ley 26.657 del año 2010

En relación a la capacidad para testar se establece que pueden testar las personas mayores de edad al tiempo del acto (art. 2464), o sea, los mayores de dieciocho años (art. 25), salvo el menor de esa edad que se haya emancipado por matrimonio celebrado con autorización judicial (art. 27).

El art. 2467<sup>45</sup> enumera los supuestos en que el testamento es nulo o, en su caso, la disposición testamentaria. El testador puede ser una persona plenamente capaz, o con capacidad restringida sin limitación para testar fijada por el juez a la que se le puede anular el testamento si se demuestra que cuando lo otorgó estaba privado de razón.

Si la persona declarada judicialmente incapaz testa después de la inscripción de la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, el testamento es nulo (arts. 44), pero podrá declararse su validez si lo ha hecho en un intervalo lúcido suficientemente prolongado como para asegurar que la enfermedad había cesado (art. 2467 inc. d). Lo mismo ocurrirá con el testamento de una persona con capacidad restringida, a la cual el juez haya determinado que no puede testar: el testamento será igualmente válido si lo otorgó en un momento de lucidez mental.

El art. 2467 inc. e, comprende tanto al mudo como al sordomudo que no saben leer ni escribir que podrán testar por escritura pública con la participación de un intérprete en el acto, con lo cual se supera la imposibilidad absoluta de testar válidamente que tienen en el régimen hasta ahora vigente.

Las personas discapacitadas – en general – pueden testar bajo ciertas condiciones. Serán nulos los testamentos y disposiciones testamentarias- en general- realizadas por discapacitados que no comprendan el contenido del acto.

### **5.3.3. La persona incapaz o con capacidad restringida y la aceptación de herencia**

La aceptación de la herencia por el representante legal de una persona incapaz nunca puede obligar a éste al pago de las deudas de la sucesión más allá del valor de los bienes que le sean atribuidos. Igual regla se aplica a la aceptación de la herencia por una persona con capacidad restringida, aunque haya actuado con asistencia, o por su representante legal o convencional<sup>46</sup>.

### **5.3.4. Medidas de apoyo procesales**

---

<sup>45</sup> Art. 2467 (PCC) Es nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria por .. c) haber sido otorgado por persona privada de la razón en el momento de testar (prueba falta de razón a cargo del impugnante).. d) haber sido otorgado por persona judicialmente declarada incapaz. Puede otorgar testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces ... e) ser el testador una persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y, además, no saber leer ni escribir, excepto que lo haga por escritura pública, con la participación de un intérprete en el acto

<sup>46</sup> Art. 2297 (PCC).

Se tiene en cuenta las medidas de apoyo procesales necesarias en el proceso sucesorio. La partición debe ser judicial si hay copartícipes incapaces o con capacidad restringida o ausentes (art. 2371 PCC)<sup>47</sup>.

## **6. La mejora del heredero con discapacidad**

Se manifiesta como una preocupación dentro del ámbito familiar asegurar el futuro de las personas con discapacidad ante la muerte de las personas que proveían a su sostenimiento.

Las restricciones a la libre disposición – legítima – constituyen una clara barrera para el logro de ese objetivo.

El Proyecto formula modificaciones a la legítima, abarcando aspectos cuantitativos y cualitativos. Destacamos la recepción de la mejora a favor de los ascendientes y descendientes.

### **a) Aspecto cuantitativo**

Se propone la reducción del monto de las cuotas legitimarias: para los descendientes es de 2/3; la de los ascendientes  $\frac{1}{2}$ , igual que el cónyuge (art. 2445). La porción disponible, por lo tanto, es de un  $\frac{1}{3}$  en caso de concurrir descendientes, y de  $\frac{1}{2}$  si concurren ascendientes o cónyuge.

### **b) Aspecto cualitativo**

Esa porción disponible se acrecienta en el caso que existan ascendientes o descendientes con discapacidad. El art. 2448 del Proyecto habilita a la mejora a favor de heredero con discapacidad<sup>48</sup>.

Así se consagra una excepción a la inviolabilidad de la legítima (art. 2447), fundada en el principio de solidaridad. Esto resulta positivo a la hora de asegurar el futuro de las personas con discapacidad ante la muerte de quien proveía a sus necesidades.

Esta excepción se reafirma en el art. 2493, que alude al fideicomiso testamentario.

El causante puede disponer, en total, de 2/3 de su herencia a favor de su heredero forzoso discapacitado, formado por 1/3 de porción disponible, y 1/3 de legítima, quedando para los otros herederos forzosos el otro tercio restante de legítima.

---

<sup>47</sup> Art. 2371 (PCC) - Partición judicial. La partición debe ser judicial: a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente.

<sup>48</sup> Art. 2448: "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. Tutela de las personas discapacitadas y el testamento".

## **6.1. Forma de realizar la mejora**

La mejora a la persona con discapacidad puede ser realizada por cualquier medio, además del supuesto del fideicomiso especialmente contemplado por la norma.

Procedería, por ejemplo, a través de un legado de bienes determinados (art. 2498) o de alimentos (art. 2509), de la cuota de mejora específicamente contemplada (1/3 de la legítima), determinando el goce de uso (art. 2154), usufructo (art. 2129) o habitación (art. 2158) de ciertos bienes, indivisión forzosa (art. 2330) 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.

La "mejora" debe ser expresa y realizada por el causante, sea a través de un testamento válido o fideicomiso<sup>49</sup>.

## **6.2. Alcance del término "discapacidad"**

La regla aclara que el término "discapacidad" empleado, comprende 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.

Se contempla así una protección abarcativa que guarda armonía con la CDPD<sup>50</sup>, y con la ley 26.657 sobre salud mental<sup>51</sup>.

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 del grado de discapacidad, hecho que podría plantear situaciones que generen cierta litigiosidad.

No se exige el dictado de una acreditación judicial de la discapacidad, tampoco fija porcentuales mínimos en tales padecimientos.

El o los beneficiarios deben hallarse afectados por cualquier tipo de discapacidad en tanto que ésta les produzca "desventajas considerables" en la faz familiar, social, educacional o laboral.

Aclara la norma que tal discapacidad puede ser permanente o prolongada.

El legitimario afectado, por vía de la acción pertinente, podrá requerir al

---

<sup>49</sup> Obsérvese la diferencia con el art. 831 del CCiv. español que el testador puede facultar al cónyuge - para que una vez fallecido, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

<sup>50</sup> En Argentina se plasma en la Ley 26.378, donde se 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

<sup>51</sup> La ley 26.657 sobre salud mental conceptualiza a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.

juez del sucesorio la potestad de determinar la razonabilidad del beneficio en función del principio de inviolabilidad imperante en la materia (art. 2447)<sup>52</sup>.

No se ha previsto acción alguna para el supuesto donde el causante realice una mejora inspirada en la discapacidad del heredero, y el heredero goza de buena salud, o no llega a quedar inmerso en el concepto de discapacidad. Entendemos que los restantes legitimarios podrán hacerlo a través de las acciones de reducción y/o complemento contempladas.

Teniendo en cuenta que la apertura, transmisión y adquisición de la herencia se produce en el momento de la muerte del causante, no se alteraría la adquisición en caso de superarse la discapacidad.

### **6.3. La mejora: sólo a ascendientes y descendientes**

El causante puede mejorar a su heredero - ascendiente o descendiente-, pero no se contempla al cónyuge. Respecto a éste podría acudir a medidas de protección relativas al hogar conyugal, derecho de habitación, etc.

La norma no es aplicable a otros órdenes parentales u otras personas con discapacidad que pudieran estar a cargo del causante.

### **6.4. Constitución de fideicomiso a favor de las personas con discapacidad**

Se mantiene el principio de intangibilidad de la legítima(art. 2447), esto es, que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas, y si lo hace se tendrán por no escritas.

No obstante ello en el art. 2448 autoriza una excepción a dicho principio: será válido el fideicomiso testamentario aún 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 hereditario.

En materia de fideicomiso<sup>53</sup> se establece que también puede constituirse por testamento y este contrato podrá utilizarse para exteriorizar la mejora a favor del heredero con discapacidad (art. 2493)<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr: AMARANTE, Antonio Armando; *Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, DFyP 2012 (noviembre), 01/11/2012, 165

<sup>53</sup> Cfr.: FERRER, Francisco A. M., *"El fideicomiso testamentario y la flexibilización del derecho sucesorio"*, J.A. 1999-III-1038, y *"Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 198 y ss. ALCORTA, Julio A. Martínez; *El fideicomiso como instrumento de protección de las personas en condiciones de mayor vulnerabilidad*. Cuaderno Jurídico Familia; El Derecho Editorial, Octubre 2012 - Número 33, p. 7. ORTELLI, Ana; *El fideicomiso testamentario en el anteproyecto de código civil y comercial de la nación*; Cuaderno Jurídico Familia; El Derecho Editorial, Octubre 2012 - Número 33, p.11. COBACHO GOMEZ, José A., *"La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado"*, en Rebolledo Varela, Angel Luis (coordinador): *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 359, y ss. MONJE BALMASEDA, Oscar; *Mecanismos sucesorios en la protección de los discapacitados y/o incapacitados: el recurso a las sustituciones testamentarias*. Dykinson, Madrid, 2010, p. 527 y ss. MEDINA, Graciela - MADERNA ETCHEGARAY, Horacio, *"El fideicomiso testamentario en el Código Civil y en el Proyecto de Código Civil de 1998"*, J.A. 1999-III-1066.

## **6.5. Discapacidad y colación**

Se enuncia en el Proyecto que los descendientes y el cónyuge supérstite están obligados a colacionar (art. 2385)<sup>55</sup>. También deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles las ventajas particulares, excepto dispensa y la dispuesta para el heredero con capacidad restringida.

En el art. 2391 se establecen que ciertos beneficios hechos a los coherederos deben colacionarse. Se exceptiona en caso de dispensa o de mejora al heredero con capacidad restringida.

## **7. Conclusiones**

### **1. Vulnerabilidad, discapacidad y tutela legal**

Es vulnerable aquella persona que es susceptible de ser lastimado o herido ya sea física o moralmente. Si una persona carece, o encuentra disminuida su capacidad, se halla en situación de riesgo, debilidad, fragilidad, inseguridad. Las personas con discapacidad sufren mayor riesgo a perder la vida, sus bienes, propiedades y su sistema de sustento ante la muerte de quien proveía apoyaba y/o satisfacía sus necesidades.

La visión desde los derechos humanos lleva a afirmar la necesidad de diseñar una tutela legal específica ante la vulnerabilidad de las personas con discapacidad. Las medidas de apoyo y asistencia deben alcanzar la regulación sucesoria.

### **2. Tutela en el derecho sucesorio**

Se tiende a la protección de la persona con discapacidad luego de producida la muerte del causante, observándose soluciones interesantes en el derecho sucesorio comparado.

La tendencia del derecho sucesorio comparado es armonizar el interés familiar y particular flexibilizando las restricciones de orden público para asegurar la subsistencia de los sujetos vulnerables.

#### **2.1. Fundamentos y alcances de la protección**

Los principios constitucionales y las leyes especiales conducen a sostener que la persona discapacitada no debe tener igual tratamiento que quien goza de sus aptitudes en plenitud, pues un posicionamiento igual para los desiguales genera desigualdad ante la ley.

El fundamento de una protección especial de las personas con discapacidad o con capacidad restringida, surge de los derechos humanos fundamentales y de su especial estado de vulnerabilidad.

---

<sup>54</sup>Art. 2493 (PCC): "El testador puede disponer un fideicomiso testamentario sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8va., Cap. 30, Título IV del Libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el art. 2448".

<sup>55</sup> Obsérvese que se omite a los ascendientes, no obstante ser un legitimario

El alcance en materia sucesoria puede comprender: medidas de apoyo procesales, posibilidad de mejora, alimentos postmórtem a cargo de la sucesión cuando dependía económicamente del causante y no existe otro obligado a su prestación, el derecho a continuar con el uso y goce de la vivienda única, entre otras.

### **3. Los cambios en el Proyecto de Código Civil Argentino (2012)**

El Proyecto amplía la protección a las personas con capacidad disminuida. Reformula todo el régimen de capacidad de las personas (arts. 22/47).

En el derecho sucesorio se aclara el alcance de la capacidad para testar (art. 2467 incs. c), d) y e), amplía las causales de indignidad sucesoria.

#### **3.1. La mejora al heredero con discapacidad**

La propuesta introduce excepciones al principio de intangibilidad de la legítima en beneficio de las personas discapacitadas.

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

La mejora especial a favor de un heredero forzoso discapacitado, alcanza a ascendientes y descendientes del causante y debe ser realizada por disposición testamentaria de mejora o mediante un fideicomiso testamentario, arts. 2448 y 2493).

### **4. Nuestra observación: una tutela efectiva que no solo dependa de las previsiones del causante**

El derecho sucesorio argentino debe prever una protección especial para las personas con discapacidad, a fin de garantizar los derechos de los discapacitados, su bienestar, asistencia e integración, de acuerdo al compromiso estatal que emana de la CDPD.

Las soluciones que emanan del derecho proyectado son positivas y llegarían a satisfacer los derechos de las personas con discapacidad ante la previsión del causante que atribuya la mejora mediante testamento o fideicomiso.

Ante la falta de “cultura testamentaria” en nuestro país podrían implementarse otras vías legales que protejan a las personas con discapacidad cuando quien proveía a su sustento no lo ha previsto en vida o por testamento.

#### **BIBLIOGRAFÍA**

ALCORTA, Julio A. Martínez; *El fideicomiso como instrumento de protección de las personas en condiciones de mayor vulnerabilidad*. Cuaderno Jurídico Familia; El Derecho Editorial, Octubre 2012 - Número 33, p. 7

AMARANTE, Antonio Armando; “*Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial*”. En DFyP 2012 (noviembre), 01/11/2012, 165

BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, RODRIGO, *La Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, BIB 2003\1448, Aranzadi Civil-Mercantil nº 16/2003 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2003.

COBACHO GOMEZ, JOSÉ A., "La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado", en Rebolledo Varela, Ángel Luis (coordinador): *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 359, y ss.

CÓRDOBA, Marcos M., "Las reformas en materia de sucesiones", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Abeledo Perrot, Bs. As. 2012, p. 1105. "Derecho sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados" LL 28/03/2011, 1.

**DIEZ-PICAZZO. Luis- GUILLON BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de derecho civil, Derecho de Familia y sucesiones, vol IV, Tecnos, Madrid, 2001***

FERRER, Francisco A. M., "El fideicomiso testamentario y la flexibilización del derecho sucesorio", J.A. 1999-III-1038, y "Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 198 y ss. *Discapacidad y derecho sucesorio en el Proyecto de Código*, LA LEY 25/10/2012, 1.

GALLEGO PERAGÓN, José Manuel, "La discapacidad: jurídicamente un concepto encrucijada", BIB 2011\77, Publicación: Quincena Fiscal Aranzadi nº 3/2011 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.

HERRERA, Marisa; PELLEGRINI, María V.; "La regulación de los alimentos en el Proyecto de Código" 2012-12-05. SJA 2012/12/05-16 ; JA 2012-IV.

IEVA, Marco; "Divietto di patti successori e tutela dei legitimari", en DELLE MONACHE, STEFANO (a cura di): "Tradizione e modernità nel diritto successorio", Cedam, Padova, 2007, p. 307.

JARA ANDREU, Antonio, "Derecho Constitucional. Estado Social, Orden Jurídico e Integración Social", en Alcain Martínez, Esperanza, González - Badía Fraga, Juan y Molina Fernández, Carmen (Coordinación), *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comares, Granada 2006

LAGO VALDÉS, Lisandra; GARCÍA LEÓN, Liuva, "Los Herederos Especialmente Protegidos: una visión crítica de su regulación en el Código Civil Cubano". Vol. 10. Nº 1- 2007 –

<http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-herederos.html>

LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo; *El derecho de familia desde la Constitución nacional*. Editorial Universidad Buenos Aires. 2009. "Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias" en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*. . Abeledo-Perrot. nro. 51. Septiembre 2011

LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga - VERPLAETSE, Susana, "Los alimentos frente a la colación y la reducción", Lexis Nexis JA del 17/4/02, JA 2002-II, Fasc. Nº 3.

MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, "El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad" (RCL 2003, 2695): ¿Un acercamiento al trust?, Actualidad Jurídica Aranzadi num. 612. BIB 2004\90, nº. 612, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2004.

MEDINA, Graciela - MADERNA ETCHEGARAY, Horacio, "El fideicomiso testamentario en el Código Civil y en el Proyecto de Código Civil de 1998", J.A. 1999-III-1066.

MERLO, Leandro Martín, "La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial". En DFyP 2012 (julio), 01/07/2012, 253

MILLÁN, Fernando; *“El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad”*. En DFyP 2012 (julio), 01/07/2012, 245.

MONJE BALMASEDA, OSCAR; *Mecanismos sucesorios en la protección de los discapacitados y/o incapacitados: el recurso a las sustituciones testamentarias*. Dykinson, Madrid, 2010, p. 527 y ss.

ORLANDI, Olga; *La Legítima y sus Modos de Protección*. Ed. Abeledo Perrot. 2010; *“Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI*, en *Revista Derecho de Familia*”, Nº. 53, marzo de 2012, Directoras: Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras, Ed. Abeledo Perrot, pag. 5 y ss. *“¿Debe legitimarse el sistema sucesorio que consagra la legítima?”* JA 2006-III-1034 - Lexis Nº 0003/012725

ORTELLI, Ana; *El fideicomiso testamentario en el anteproyecto de código civil y comercial de la nación*; Cuaderno Jurídico Familia; El Derecho Editorial, Octubre 2012 - Número 33, p.11

PALACIOS, Agustina; *El modelo social de Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid

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*, La Ley, Año 3, Número 3, (abril) 2011, p.163.

SALOMÓN, Marcelo; *Legítima hereditaria y Constitución Nacional*, Ed. Alveroni, Córdoba 2011. *“Derecho Sucesorio y legítima hereditaria: propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional”*, en *Revista Derecho de Familia*, Nro. 53, marzo 2012, Directoras: Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras, Ed. Abeledo Perrot, p. 54.

WAGMAISTER, Adriana M.; *“Los alimentos en el anteproyecto de Código Civil”*. SJA-2012/06/20-24 ; JA-2012-II.