

LA MEJORA A FAVOR DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD QUE TRAJÓ APAREJADO EL NUEVO CÓDIGO Y COMERCIAL PUESTO EN VIGENCIA EN 2015.

Dr. Juan Pablo Olmo

Publicado en: LA LEY 27/10/2015 ,

Sumario: I. Introducción. — II. El texto de la norma. — III. Fundamentos del Anteproyecto. — IV. Antecedentes. — V. Porción legítima, disponible y mejora. — VI. Mejora a favor del heredero con discapacidad. — VII. Otorgamiento de la mejora. — VIII. Medio más conveniente. — IX. Cálculo: un tercio de las porciones legítimas. — X. Además de la porción disponible. — XI. Beneficiarios: descendientes o ascendientes con vocación actual. — XII. Exclusión del cónyuge. — XIII. Concurrencia de más de un heredero con discapacidad. — XIV. Definición de persona con discapacidad. — XV. Certificado de discapacidad. — XVI. Diferencias entre personas con discapacidad y personas con incapacidad o capacidad restringida. — XVII. Aplicación de la ley en el tiempo. — XVIII. Momento en el cual debe existir la discapacidad. — XIX. Resumen final. — XX. Palabras de cierre.

Voces

Si bien la mejora ya estaba prevista en el Código Civil derogado y lo está en el nuevo Código unificado, dentro de los límites de la porción disponible; la novedad es que ahora el artículo 2448, CCyC, también prevé la posibilidad de mejora al heredero con discapacidad, para lo cual contempla una ampliación de la porción de libre disponibilidad (en un tercio de la porción legítima) cuando se da el presupuesto legal.

I. Introducción

Una de las mayores novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) en materia de derecho sucesorio es la mejora a favor del heredero con discapacidad. En efecto, basándose en el principio de solidaridad familiar, el artículo 2448 CCyC prevé la posibilidad de utilizar una parte de la porción legítima para mejorar al heredero con discapacidad. A lo largo de este trabajo, nos proponemos desmenuzar el artículo 2448 CCyC y tratar de darle contenido cierto a los pequeños detalles de su aplicación.

II. El texto de la norma

La mejora está regulada dentro del Libro Quinto (Transmisión de derechos por causa de muerte), Título X (Porción legítima). Artículo 2448 CCyC: "Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. 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".

III. Fundamentos del Anteproyecto

En los fundamentos del Anteproyecto de código unificado (1), la parte dedicada a la transmisión de derechos por causa de muerte empieza diciendo que: "El texto propuesto está redactado sobre la base del Proyecto de 1998". Más adelante, en lo que aquí interesa se señala que: "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. Además, 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".

IV. Antecedentes

1. En Argentina

Si bien la norma es novedosa para nuestro derecho ya que en el Código Civil derogado no había una similar, lo cierto es que esta posibilidad de mejora ya había sido prevista en el artículo 2397 del proyecto de código unificado de 1998, aunque de un modo diferente al actual (2). En efecto, aquel proyecto 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".

A su vez, en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (JNDC) (3) se recomendó por mayoría: "El testador puede constituir fideicomiso sobre bienes determinados aun cuando

excedan la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, siempre que sean beneficiarios todos sus herederos forzosos o un heredero incapaz, pudiendo durar hasta que cese la incapacidad o fallezca, o se cumpla el término de treinta años".

A simple vista, se observa que en estos antecedentes la mejora estaba prevista para el heredero incapaz y únicamente a través de la constitución de un fideicomiso. Ahora en el nuevo CCyCN, en cambio, la norma refiere al heredero con "discapacidad" (que no es lo mismo que decir "incapaz", ya que son dos conceptos muy distintos) y no solo prevé la vía del fideicomiso —aunque lo contempla—, sino que hace alusión al medio que el causante "estime conveniente".

2. El derecho español

La norma también 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" (4).

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. Es decir, 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 (5). 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 (6).

V. Porción legítima, disponible y mejora

En nuestro derecho, los autores definían la legítima como la porción de la herencia de la cual no pueden ser privados los herederos forzosos, salvo justa causa de desheredación (7). El nuevo Código ha eliminado la figura de la desheredación, lo cual obliga a redefinir la legítima. En cualquier caso, actualmente a los herederos legitimarios (descendientes, ascendientes y cónyuge) no se los puede privar de la "porción legítima" por testamento o por actos de disposición entre vivos a título gratuito (art. 2444 CCyC). El Código se las asigna en dos tercios para los descendientes, un medio para los ascendientes y un medio para el cónyuge (art. 2445 párr. 1° CCyC).

La parte restante (un tercio o un medio, según el caso) conforma la porción de la cual el causante puede disponer libremente: "porción disponible". Puede hacerlo por actos entre vivos o de última voluntad. Asimismo, puede disponer de los bienes a favor de los herederos legitimarios, no legitimarios o terceros. En el caso de que lo haga a favor de herederos legitimarios, lo que está haciendo el causante es "mejorarlos" en su porción que de por sí les correspondería en la herencia, ya sea, por ejemplo, a través de un legado, o bien de una donación con dispensa de colación.

VI. Mejora a favor del heredero con discapacidad

Si bien la mejora ya estaba prevista en el Código Civil y también lo está en el nuevo Código unificado, dentro de los límites de la porción disponible; la novedad es que ahora el artículo 2448 CCyC también prevé la posibilidad de mejora al heredero con discapacidad, para lo cual contempla una ampliación de la porción de libre disponibilidad (en un tercio de la porción legítima) cuando se da el presupuesto legal.

Las XXIV JNDC se celebraron en épocas donde el actual Código Civil y Comercial de la Nación se encontraba en pleno trámite parlamentario. En dicha oportunidad la doctrina se pronunció a favor de la incorporación de esta mejora. Fue así que se concluyó por unanimidad que: "debe mantenerse la mejora del Proyecto 2012..." (8)

VII. Otorgamiento de la mejora

La mejora no procede de pleno derecho ni tampoco puede ser solicitada por el heredero, sino que depende de la voluntad del causante, ya que es este quien puede optar por hacer uso de

la mejora, sea por actos entre vivos o mortis causa. Es decir, la discapacidad no otorga un mejor derecho a uno o varios de los herederos por sobre el resto, pero sí es condición necesaria para ser mejorado por el causante en los términos del artículo 2448 CCyC. Esto quedará claramente evidenciado cuando haya más de un heredero con discapacidad y, sin embargo, el causante haya querido mejorar a uno solo de ellos, o incluso a ninguno.

VIII. Medio más conveniente

La norma establece que el causante podrá disponer de la porción para la mejora "por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso". Es decir, la norma utiliza una fórmula más amplia que la de las propuestas que se venían realizando en nuestro país, las que solo aludían al fideicomiso. Al haberse apartado de aquella redacción, quizás por ello debió aclarar expresamente que también era posible a través de un fideicomiso.

En cualquier caso, coincidimos con este criterio más amplio que recepta el texto del artículo 2448 CCyC. Por lo tanto, además del fideicomiso (art. 1699 CCyC), la mejora también podría concretarse a través de: una indivisión forzosa (art. 2330 CCyC); un legado de cosa cierta y determinada (art. 2498 CCyC); alimentos (art. 2509 CCyC); derechos de usufructo (art. 2129 CCyC), uso (2154 CCyC) o habitación (2158 CCyC); entre otros.

IX. Cálculo: un tercio de las porciones legítimas

El causante podrá, si así lo desea, disponer de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a favor del heredero con discapacidad. Lo primero que corresponde aclarar es que no se trata de un tercio de la herencia sino de un tercio de la porción legítima que corresponda, según quién concurra a la herencia. Si dijimos que la legítima de los descendientes es de $\frac{2}{3}$, la de los ascendientes $\frac{1}{2}$ y la del cónyuge $\frac{1}{2}$, entonces la porción para la mejora será: para los descendientes $\frac{1}{3}$ de $\frac{2}{3}$ ($\frac{2}{9}$) y para los ascendientes $\frac{1}{3}$ de $\frac{1}{2}$ ($\frac{1}{6}$). En cambio, el artículo 2448 CCyC no recepta la mejora a favor del cónyuge.

Por lo tanto, si tomamos como ejemplo la existencia de dos descendientes (porción legítima: $\frac{2}{3}$; porción disponible: $\frac{1}{3}$), uno de los cuales tiene una discapacidad, en la hipótesis de máxima este podría llegar a percibir: la porción disponible de la herencia ($\frac{1}{3}$, o sea $\frac{3}{9}$), la mejora ($\frac{1}{3}$ de $\frac{2}{3}$, o sea $\frac{2}{9}$) y su parte de la herencia como heredero legitimario (los restantes $\frac{4}{9}$ a repartir entre dos, o sea $\frac{2}{9}$). En este caso el heredero con discapacidad recibiría un total $\frac{7}{9}$ y el otro heredero solo los $\frac{2}{9}$ restantes (9).

El artículo 2448 CCyC se aparta de su antecedente del derecho español, según el cual la porción es de $\frac{1}{3}$ no de la legítima, sino de la herencia. Es decir, el artículo 808 del Código Civil español hace referencia a uno de los dos tercios que conforman la porción legítima, que no es lo mismo que decir un tercio de las porciones legítimas. Al respecto, no vemos ningún inconveniente en este punto ya que entendemos que la determinación de una mayor o menor porción de mejora es, en definitiva, una cuestión de política legislativa.

X. Además de la porción disponible

La palabra "además" que aparece en el artículo 2448 CCyC ha generado un interesante interrogante. La duda es: para que proceda la mejora a favor del heredero con discapacidad, ¿es requisito ineludible haberle otorgado la porción disponible? Es decir, 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.

Una derivación necesaria de esa interpretación se puede apreciar con el siguiente ejemplo: supongamos que una persona que tiene dos hijos (uno de los cuales tiene una discapacidad), en su testamento se limita a manifestar que deja $\frac{1}{3}$ de la legítima a su hijo con discapacidad a título de mejora según lo normado en el artículo 2448 CCyC. En el ejemplo la porción legítima es de $\frac{2}{3}$ (descendientes) y la disponible de $\frac{1}{3}$. Por lo tanto, la mejora es de $\frac{2}{9}$ ($\frac{1}{3}$ de $\frac{2}{3}$) y la porción disponible es de $\frac{3}{9}$ (lo que equivale a decir $\frac{1}{3}$, pero con el denominador común 9).

Siguiendo el razonamiento, al heredero con discapacidad le correspondería recibir un total de $\frac{7}{9}$, según el siguiente desagregado: $\frac{2}{9}$ de mejora por el artículo 2448 CCyC, $\frac{3}{9}$ de porción disponible (lo cual estaría implícito, en virtud del razonamiento que estamos siguiendo) y $\frac{2}{9}$ en carácter de heredero legitimario (surge de dividir los $\frac{4}{9}$ restantes a la mitad, ya que se trata de dos herederos). Dicho de otro modo, en su testamento no podría decir que deja la porción disponible de $\frac{3}{9}$ (o sea $\frac{1}{3}$) de sus bienes a un amigo y hace una mejora a favor del heredero con discapacidad de $\frac{2}{9}$, puesto que al tratarse de una mejora ello implicaría que la disponible también se le debe asignar a él. Sin embargo, entendemos que no es esa la interpretación correcta de la norma.

Cuando el artículo 2448 CCyC dice "además", interpretamos que se está refiriendo a que la persona —siguiendo con el mismo ejemplo— no solo podrá disponer libremente de la porción disponible ($\frac{1}{3}$ de sus bienes) a favor de cualquiera, sino que también de la mejora estricta

(2/9) a favor —en este caso— del heredero con discapacidad, puesto que la "mejora" se predica de la porción que le corresponde como heredero legítimo y no de la disponible. Es decir, 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 (ergo, la mejora no procede sin la disponible también a su favor), 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. Por lo tanto, retomando el ejemplo, si bien es cierto que el heredero con discapacidad podría recibir 7/9 como hipótesis de máxima (hasta esta porción de la herencia), no necesariamente debe ser así: el causante podría dejar al heredero con discapacidad 2/9 a título de mejora, 1/9 imputable a la disponible, los otros 2/9 de la disponible a un amigo y los 4/9 restantes se dividirían entre los dos descendientes. O sea, el heredero con discapacidad recibiría 5/9, el otro descendiente 2/9 y el amigo 2/9. O sino directamente podría no recibir nada de la porción disponible propiamente dicha: 2/9 de mejora para el heredero con discapacidad, los 3/9 de disponible quedan para un amigo del causante y 2/9 para el heredero con discapacidad de su porción de la herencia (la mitad de los restantes 4/9). O sea, el heredero con discapacidad recibiría 4/9, el otro descendiente 2/9 y el amigo 3/9.

Repárese que la postura contraria haría desaparecer la porción disponible (al menos entendida como de libre disponibilidad), lo cual es contrario al enunciado según el cual la mejora estricta hace menguar la legítima, puesto que de este modo no solo afectaría la porción legítima (en 1/3 de 2/3 o 1/2, según corresponda) sino que también la porción disponible (por el total de la misma). Dicho de otro modo, de sostenerse esa postura la mejora no solo iría en desmedro de 1/3 del total de la legítima, sino también en desmedro de la totalidad de la porción disponible, lo que no parece razonable, sobre todo en un contexto en el cual la tendencia es a ampliar la libre disponibilidad.

Por lo demás, entendemos que la solución que propiciamos es la que mejor se ajusta al principio de autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio, el cual, dicho sea de paso, también ha calado hondo a lo largo de todo el articulado del nuevo Código unificado.

XI. Beneficiarios: descendientes o ascendientes con vocación actual

Dentro de los herederos legítimos (cuyo llamamiento está dado por la ley), los beneficiarios de la mejora son solamente algunos de los herederos legítimos: los descendientes o ascendientes del causante. La norma no incluye al cónyuge supérstite (heredero legítimo) ni a los parientes colaterales hasta el cuarto grado (herederos legítimos no legítimos).

Sin embargo, para ser beneficiarios de la mejora, entendemos que estos herederos deben tener una vocación actualizada al momento de la apertura de la sucesión, por lo que no alcanzaría con una vocación eventual. Es decir, habiendo descendientes, toda vez que en el orden sucesorio estos ocupan el primer orden, excluyen a los ascendientes (segundo orden sucesorio). Asimismo, dentro de cada orden, los parientes en grado más próximo excluyen a los más lejanos, salvo el derecho de representación, el cual solo opera en el caso de los descendientes y no así de los ascendientes. Veámoslo con algunos ejemplos.

Si el causante deja dos hijos (descendientes) y uno de ellos tiene una discapacidad, puede recibir la mejora estricta. Este caso no genera dudas y ya fue analizado más arriba.

En cambio, si deja un descendiente y un ascendiente (con discapacidad), este último no podría recibir la mejora, ya que no concurre a la herencia puesto que es excluido por el descendiente (orden preferente); pero podría recibir la porción disponible.

Lo mismo ocurriría si la única familia del causante es su hijo y el hijo de este (nieto del causante), este último con discapacidad, quien no hereda por ser excluido por el hijo del causante (grado preferente dentro de un mismo orden) y, por ende, tampoco puede recibir la mejora.

Finalmente, si el causante tenía dos hijos y uno es prefallecido (falleció antes de la apertura de la sucesión del causante), renuncia a la herencia o es declarado indigno; en cualquier caso opera el derecho de representación a favor de su hijo (nieto del causante y sobrino del otro hijo del causante). En este caso, si el nieto tuviera discapacidad podría recibir la mejora estricta, porque al momento del fallecimiento del causante tenía su vocación hereditaria actualizada ya que concurre a la herencia de su abuelo junto a su tío, por derecho de representación sobre su propio padre, por más que al momento de otorgar la mejora estricta (p.ej.: a través de testamento) no fuera heredero legitimario porque todavía su padre estaba vivo.

Sostenemos esta interpretación porque la norma habla de "mejora", lo cual solo podría proceder en casos de herederos legitimarios con su vocación hereditaria actualizada al momento de la apertura de la sucesión. Si se admitiera la mejora a favor de un descendiente o ascendiente que no tenga vocación actual, entonces, a rigor de verdad, no se trataría de una mejora.

XII. Exclusión del cónyuge

El artículo 2448 solo habla de "descendientes o ascendientes", excluyendo, injustificadamente, al cónyuge superviviente. Si bien es cierto que podría alegarse que el cónyuge superviviente ya goza de 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 que tenga o no una discapacidad. Por lo tanto, el hecho de que ya goza de una protección podría alegarse también de los otros herederos legítimos al asignárseles una porción legítima (10).

Por lo tanto, consideramos que la primera parte del art. 2448 CCyC debió haberlo incluido expresamente. Así fue propuesto en una ponencia que presentamos en las XXIV JNDC (11), donde por unanimidad se votó que: "debe mantenerse la mejora del Proyecto 2012, incorporándola a favor del cónyuge con discapacidad"; sin embargo, dicha recomendación no fue recogida en el texto definitivo del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994.

XIII. Concurrencia de más de un heredero con discapacidad

El interrogante que aquí se presenta es qué ocurre si a una herencia concurre más de un heredero con discapacidad. Lo primero que hay que tener en cuenta es que la mejora solo procederá a favor de descendientes o ascendientes, mas no así para otros herederos legítimos (cónyuge y colaterales hasta el cuarto grado) o testamentarios; y en tanto y en cuanto tengan su vocación hereditaria actualizada.

Lo que corresponde aclarar es que el causante podrá otorgar la mejora a favor de los distintos herederos con discapacidad que se presenten, del modo que lo estime más conveniente, pero siempre respetando los toques de las porciones. Por ejemplo: si concurren a la herencia tres descendientes, de los cuales dos tienen discapacidad, la mejora siempre será de $\frac{2}{9}$ a distribuir entre los dos herederos con discapacidad del modo que el causante lo disponga y no necesariamente respetando porciones iguales para cada uno de ellos; además de contar con la disponible. Por lo tanto, en una hipótesis de máxima donde se procura la igualdad entre ambos descendientes con discapacidad, la distribución sería así: $\frac{1}{3}$ de disponible, es decir $\frac{18}{54}$ (para dividir entre los dos herederos con discapacidad), $\frac{2}{9}$ de mejora, es decir $\frac{12}{54}$ (a dividir entre los dos) y los restantes $\frac{4}{9}$, es decir $\frac{24}{54}$ a dividir en partes iguales entre el total de tres descendientes. O sea, los herederos con discapacidad reciben $\frac{23}{54}$ cada uno de ellos y el tercer heredero que no tiene discapacidad recibe $\frac{8}{54}$.

Como variantes, se puede plantear que uno de los dos herederos con discapacidad reciba a título de mejora una porción más grande que el otro, o bien que solo uno de ellos se vea

beneficiado. En cualquier caso, insistimos en que la porción de la mejora es una sola y puede ser distribuida entre los herederos con discapacidad del modo que el causante lo estime conveniente.

XIV. Definición de persona con discapacidad

Nuestro Código Civil derogado se basaba en el "modelo médico-rehabilitador" al regular el régimen de capacidad jurídica y curatela. Dentro de este modelo también se enmarca la definición de persona con discapacidad que receptan las leyes 22.431 (12) y 24.901 (13).

En efecto, en el artículo 2 de la ley 22.431 se establece que: "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: "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".

Como se podrá apreciar, la definición de "persona con discapacidad" que adopta el artículo 2448 CCyC ha sido tomada de las leyes 22.431 y 24.901, poniendo el acento en la deficiencia de la persona.

Sin embargo el Estado Argentino, al aprobar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) mediante ley 26.378, se ha comprometido ante la comunidad internacional, poniendo en crisis nuestra legislación nacional en la materia y, con ello, la definición de "persona con discapacidad" antes mencionada. Así, el segundo párrafo del artículo 1° de la CDPD 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 Const. Nac.).

Por lo tanto, para entender y definir la discapacidad ya no se pone el acento en las deficiencias de las personas, sino en las barreras que la sociedad les coloca, y es en esa interacción de donde justamente surge la discapacidad. Asimismo, la diferencia que existe

entre ambas definiciones no está dada únicamente según el modelo dentro del cual fueron concebidas cada una de ellas (la de las leyes 22.431 y 24.901 en el modelo "médico-rehabilitador" y la de la CDPD en el modelo "social"), sino también en que la definición que brinda la CDPD no es una fórmula cerrada sino abierta, ya que dice: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas..." (14)

Cabe destacar, que en la Parte General (Libro Primero) del Código no encontramos —como tampoco en ninguna otra parte del texto— una definición general de persona con discapacidad, ya que allí solo se regula lo referido a la capacidad jurídica de las personas. Excepcionalmente, en el artículo 48 referido a la inhabilitación por prodigalidad aparece una definición de persona con discapacidad en idénticos términos a la del artículo 2448 en análisis, aunque también para el fin específico de interpretar ese artículo cuando refiere a "hijos con discapacidad" (15); y si bien a lo largo del Código aparecen otras referencias a personas con discapacidad, no hay definiciones concretas al respecto (16).

Es por ello que, teniendo en cuenta que la definición de "persona con discapacidad" que receipta el artículo 2448 CCyC no se ajusta a los lineamientos de la CDPD ("modelo social") sino que ha sido tomada de las leyes 22.431 y 24.901 ("modelo médico-rehabilitador"), consideramos entonces que la parte final de este artículo debió ser revisada de modo de adaptar dicha definición a la establecida en el tratado internacional. Así se propuso en las XXIV JNDC (17), donde finalmente se concluyó por unanimidad que: "debe modificarse la definición de personas con discapacidad del art. 2448 del Proyecto 2012 adecuándola a la definición de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378)". No obstante ello, la definición no se ha modificado.

De todas formas, de darse algún supuesto en la práctica en el cual la persona tiene discapacidad a la luz de la CDPD y no así de la definición del artículo 2448 CCyC, la consideramos igualmente beneficiaria de la mejora. Entendemos que una postura contraria llevaría a una "discriminación por motivos de discapacidad" en los términos de los artículos 3 inc. b) y 5 inc. 2°, a la luz de la definición del artículo 2 de la CDPD (18).

XV. Certificado de discapacidad

La ley 24.901 en su artículo 10 establece que: "A los efectos de la presente ley, la discapacidad deberá acreditarse conforme a lo establecido por el artículo 3° de la ley 22.431 y por leyes provinciales análogas". En efecto, según el artículo 3 de la ley 22.431: "El Ministerio de Salud de la Nación certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza

y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado. Dicho ministerio indicará también, teniendo en cuenta la personalidad y los antecedentes del afectado, qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar. El certificado que se expida se denominará Certificado Único de Discapacidad y acreditará plenamente la discapacidad en todo el territorio nacional en todos los supuestos en que sea necesario invocarla, salvo lo dispuesto en el artículo 19 de la presente ley. Idéntica validez en cuanto a sus efectos tendrán los certificados emitidos por las provincias adheridas a la Ley 24.901, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que se establezcan por reglamentación".

Por lo tanto, la duda que aquí surge es si la persona necesita contar con un certificado de discapacidad para ser beneficiaria de la mejora. Entendemos que la respuesta negativa se impone, puesto que la discapacidad no nace del certificado, sino que este es un modo de acreditarla cuando la misma es invocada (19).

Repárese que lo que hace aplicable el artículo 2448 CCyC es la existencia de una discapacidad, para lo cual no se exige que la persona cuente con el Certificado Único de Discapacidad (CUD), como sí ocurre, en cambio, con la ley 24.901. En todo caso, será una cuestión de prueba si es que la existencia de la discapacidad llegara a ser controvertida por los otros herederos que concurren a la herencia. La legitimación estaría en cabeza de los herederos legitimarios que verían disminuida su porción legítima por motivo de la mejora.

XVI. Diferencias entre personas con discapacidad y personas con incapacidad o capacidad restringida
En la versión originaria del Código Civil de Vélez Sarsfield las personas eran capaces o incapaces (arts. 141 y 153 Cód. Civil), y sobre este binomio estaba estructurado el resto del articulado del Código derogado puesto que se partía de la base de que las personas, como se dijera, fueran capaces o incapaces. Dicho sistema se fue morigerando con el paso de los años, especialmente con la incorporación de los artículos 152 bis (a través de la ley 17.711) y 152 ter Cód. Civil (con la ley 26.657).

Por su parte, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se prevén sentencias de capacidad restringida (art. 32 párr. 1°), incapacidad (art. 32 párr. 4°) e inhabilitación (art. 48). Coherente con ello, ahora el Código estructura el resto del articulado sobre la base de considerar a las personas: 1) capaces; 2) con capacidad restringida; 3) incapaces.

Pero a su vez, algunas normas del nuevo Código no se aplican con base en dichos parámetros, sino simplemente a la existencia o no de una discapacidad (arts. 48, 59, 304, 455,

526, 1741, 2041, 2048, 2391 y 2448 CCyC). En otros casos, en cambio, las normas refieren a la privación de la razón (arts. 261 y 2467 inc. c CCyC), o bien a la falta de salud mental (arts. 403 inc. g, 405, 425 inc. b CCyC) o limitación de la capacidad por razones graves de salud mental (art. 702 inc. c CCyC) (20).

El artículo 2448 CCyC refiere a la persona con discapacidad. Por lo tanto, antes que nada corresponde aclarar que una cosa es que la persona se encuentre en una situación de discapacidad, ya sea a la luz de la definición que da la CDPD en su artículo 1° o bien de la definición que da el propio artículo 2448 CCyC (como ya se dijera, estas definiciones no son coincidentes); y otra muy distinta es que a una persona (con o sin discapacidad) se le haya restringido o no su capacidad jurídica a través de una sentencia judicial. En este sentido, la norma se aparta de los antecedentes que mencionamos al inicio de este trabajo, ya que allí los beneficiarios eran las personas incapaces.

Es útil para clarificar este punto lo que ocurrió con la redacción del artículo 2391 CCyC, según el texto originario, dentro del capítulo dedicado a la colación de las donaciones. El texto del proyecto decía lo siguiente: "Beneficios hechos al heredero. Los descendientes y el cónyuge superviviente obligados a colacionar también deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular, excepto dispensa y lo dispuesto para el heredero con capacidad restringida en el artículo 2448". A simple vista, se desprende que mientras el artículo 2448 CCyC refiere a "heredero con discapacidad", el artículo 2391 CCyC, por su parte, aludía a "heredero con capacidad restringida".

Es decir, existía una discordancia entre lo normado en el artículo 2448 CCyC y la remisión legal que a dicha norma hacía el proyectado artículo 2391 según su redacción originaria. Ello motivó que en la ponencia presentada en las XXIV JNDC hiciéramos mención a este punto, de lo cual se concluyó por unanimidad que: "debe modificarse el art. 2391 del Proyecto 2012 en lo que respecta a herederos con capacidad restringida, que deben reemplazarse por herederos con discapacidad". Dicha propuesta sí fue recogida durante el trámite parlamentario del proyecto, de modo que el texto definitivo del artículo 2391 CCyC actualmente establece que: "Beneficios hechos al heredero. Los descendientes y el cónyuge superviviente obligados a colacionar también deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular, excepto dispensa y lo dispuesto para el heredero con discapacidad en el artículo 2448".

Esta acertada reforma no hace más que corroborar la tesis que aquí propiciamos, en tanto que no hay que confundir entre persona con discapacidad y persona a la que se le ha restringido en mayor o menor medida su capacidad jurídica: incapacidad (art. 32 párr. 4°), capacidad restringida (art. 32 párr. 1°) o inhabilitación (art. 48).

XVII. Aplicación de la ley en el tiempo

1. La ley aplicable a la sucesión es la del domicilio del causante al momento de la apertura de la sucesión, es decir, en el mismo momento de su fallecimiento (21), según lo establece por el artículo 2644 CCyC. Por lo tanto, en los casos de fallecimiento del causante con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo código, no podrá aplicarse la mejora del artículo 2448 CCyC.

2. En los casos en que se otorgara la mejora con anterioridad a la entrada en vigencia del código (p. ej.: a través de un testamento), pero el causante fallece luego de la entrada en vigencia del mismo, la mejora es válida en su aplicación.

3. En los casos en que se hiciera la mejora con posterioridad a la entrada en vigencia del código y el causante falleciere también con posterioridad, no caben dudas acerca de su aplicación (22).

4. Si la mejora se hace a través de un testamento, debemos señalar que, según el artículo 2647 CCyC, la capacidad para otorgar el testamento y revocarlo se rige por el derecho de domicilio del testador al tiempo de la realización del acto. Por lo tanto, si se otorgó testamento luego de la entrada en vigencia del nuevo Código, la persona debe ser mayor de edad al tiempo del acto (artículo 2464 CCyC) y no debe encuadrar en los supuestos del artículo 2467 CCyC(23). Este artículo, asimismo, debe interpretarse a la luz del artículo 2463 CCyC, según el cual a los testamentos se le aplican las reglas establecidas para los actos jurídicos. Por lo tanto, para testar la persona debe actuar con comprensión de los alcances del acto. Finalmente, rigen las normas referidas a las nuevas formas testamentarias (arts. 2472 y sgtes. del CCyC).

XVIII. Momento en el cual debe existir la discapacidad

1. La discapacidad debe existir al momento de la apertura de la sucesión (fallecimiento del causante) y no necesariamente al momento del otorgamiento del testamento (24). Por lo tanto, si se hace una mejora en los términos del artículo 2448 CCyC a favor de un heredero que no tiene una discapacidad pero que luego, al momento de la apertura de la sucesión, se encontrara en una situación de discapacidad, entonces la mejora es válida.

2. A la inversa, si se beneficia a una persona que tiene una discapacidad al momento de la mejora (p. ej.: cuando se hace el testamento) pero que luego al momento de la apertura de la sucesión su situación se ha modificado y ya no tiene una discapacidad, entonces la misma no procede.

3. Del mismo modo, si se beneficia a una persona que tiene una discapacidad al momento de la apertura de la sucesión, la mejora es válida a pesar de que luego su situación haya cambiado por motivo de su recuperación, incluso si ello ocurre antes de la partición. En este punto el nuevo Código se aparta —con buen criterio— de sus antecedentes, los cuales hacían referencia no solo a la incapacidad en lugar de la discapacidad, sino que establecían como límite temporal el cese de esa incapacidad. En el artículo 2448 CCyC, en cambio, no existe ese límite temporal.

XIX. Resumen final

1. El artículo 2448 CCyC prevé una mejora a favor del heredero con discapacidad equivalente a $\frac{1}{3}$ de las porciones legítimas, es decir: $\frac{2}{9}$ si es a favor de un descendiente o $\frac{1}{6}$ si es a favor de un ascendiente. La mejora a favor de más de una persona con discapacidad no hace variar las porciones.

2. El causante puede disponer libremente de su porción disponible, ya que hacer uso de la mejora no lo obliga a dejar también la disponible al heredero con discapacidad, aunque puede hacerlo si así lo desea.

3. La discapacidad no da título, sino que la mejora debe ser dispuesta expresamente por el causante y puede ser canalizada por el medio que estime más conveniente.

4. El beneficiario tiene que ser un descendiente o ascendiente con vocación hereditaria actual —no eventual— al momento de la apertura de la sucesión. No se incluye al cónyuge.

5. La persona debe tener una discapacidad al momento de la apertura de la sucesión (fallecimiento del causante). Su recuperación posterior, incluso antes de la partición, no hace perder el beneficio. No hace falta contar con Certificado Único de Discapacidad. Es indistinto que haya o no una sentencia que restrinja en mayor o menor medida la capacidad jurídica de una persona.

6. Si hay más de un heredero con discapacidad, el causante no necesariamente tiene que mejorar a todos y si lo hiciera, no hace falta que sea en partes iguales.

7. La mejora se aplica solo a aquellas sucesiones abiertas con posterioridad al 01/08/2015, independientemente de que la mejora se haya instrumentado antes o después de esa fecha.

XX. Palabras de cierre

No desconocemos que en nuestro país no existe una prolífera cultura testamentaria y que, quizás, ello se deba a que las porciones legítimas eran muy altas, entre otros motivos. Por ello, confiamos que con la reducción de las porciones legítimas y el consecuente incremento de las disponibles, se inicie una nueva etapa en la cual encuentren respuestas aquellas personas preocupadas, para después de su fallecimiento, por la situación en la que quedarán sus parientes con discapacidad. Abogados y escribanos son testigos a diario de esta situación. Ello, sumado a la novedad introducida a través de la mejora a favor del heredero con discapacidad, nos convence de un panorama alentador en tal sentido. Por lo tanto, celebramos la inclusión de la norma y la flexibilidad que reconoce para hacer uso de la mejora, no solo por la vía testamentaria sino por el medio que se estime conveniente. Pero también hemos marcado nuestras observaciones con relación a la exclusión del cónyuge y a la definición de persona con discapacidad.

Por ello y tal como lo anticipáramos al inicio de este trabajo, hemos intentado abordar la mayor cantidad de aristas posibles con relación a la aplicación del artículo 2448 CCyC. Esperamos haber dado respuestas, aunque más no sean preliminares, que permitan clarificar los alcances de la norma para que sea utilizada y aplicada correctamente, en el entendimiento de que no caiga en desuso.

Sin embargo, las variantes son inagotables y la práctica nos demostrará que con el tiempo irán surgiendo nuevos interrogantes y los consecuentes planteos judiciales, los cuales una vez más nos confirmarán que, así como al enemigo se lo conoce en la batalla y al amigo en la desgracia, al pariente se lo conoce en las sucesiones.

Dr. Juan Pablo Olmo

(1) (1) Redactado por la comisión creada mediante decreto 191/2011.

- (2) (2) Redactado por la comisión designada por decreto 685/95.
- (3) (3) Córdoba, 2009.
- (4) (4) Texto anterior: "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. 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. A los fines de su armonización, en dicha oportunidad también se modificaron los artículos 782 y 813 del Código Civil español, cuya redacción quedó de la siguiente manera: "Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes" (art. 782); "El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados" (art. 813).
- (5) (5) La doctrina criticó la discordancia entre el título de la ley, el cual hace referencia a la Protección patrimonial de las personas con "discapacidad", y el texto de la norma que refiere a la "incapacidad" (PEREÑA VICENTE, Montserrat, Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del derecho civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, p. 120).
- (6) (6) Para profundizar sobre el sistema del derecho español, se puede compulsar PEREÑA VICENTE, Montserrat, Asistencia y protección...cit., ps. 117 a 138.
- (7) (7) AZPIRI, Jorge O., Derecho sucesorio, 4° edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 591. De un modo similar, se la ha definido como "aquella parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito" (BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Sucesiones, tomo II, 10° edición, actualizado por Delfina M. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 82).
- (8) (8) XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 26, 27 y 28 de septiembre de 2013, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, comisión n° 7: "La legítima y su protección". En dicha oportunidad, hemos presentado en coautoría con el Dr. Gabriel Rolleri una ponencia titulada "Sobre los beneficiarios de la mejora a favor del heredero con discapacidad". Las conclusiones a las que se arribó en las jornadas respecto de este tema fueron recogidas de las propuestas formuladas en dicha ponencia.
- (9) (9) OLMO, Juan Pablo, Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación — Ley 26.994, Dunken, Buenos Aires, 2015, p. 146.
- (10) (10) OLMO, Juan Pablo, Salud mental y discapacidad. Análisis del Código...cit., p. 146.
- (11) (11) Ponencia: "Sobre los beneficiarios..."cit.
- (12) (12) Sistema de protección integral de los discapacitados (B.O. 20/03/1981).
- (13) (13) Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad (B.O. 05/12/1997).
- (14) (14) OLMO, Juan Pablo, Salud mental y discapacidad. Análisis del Código...cit., p. 147.
- (15) (15) Artículo 48 CCyCN: "Pródigos. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, 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. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes".

(16) (16) En el artículo 59 (consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud), artículo 304 (escritura pública y acta, otorgante con discapacidad auditiva), artículo 455 (referido al deber de contribución de los cónyuges), artículo 526 (atribución del uso de la vivienda familiar), artículo 1741 (daño resarcible), artículos 2041 (cosas y partes necesariamente comunes) y 2048 (gastos y contribuciones) dentro del régimen de propiedad horizontal y artículo 2391 (referido a la colación de donaciones).

(17) (17) Ponencia: "Sobre los beneficiarios..."cit.

(18) (18) Artículo 3 CDPD: "Principios generales. Los principios de la presente Convención serán: ...b) La no discriminación..." Artículo 5 CDPD: "Igualdad y no discriminación. 1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. 2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad". Artículo 2 CDPD:

"Definiciones. A los fines de la presente Convención: ...Por 'discriminación por motivos de discapacidad' se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables..." En efecto, al utilizar esta fórmula la CDPD no solo protege contra la discriminación a las personas con discapacidad, sino también a terceros, los cuales pueden ser discriminados "por motivos" de discapacidad v.gr., por ser familiar de una persona que sí se encuentre en esa situación.

(19) (19) 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.

(20) (20) OLMO, Juan Pablo, Salud mental y discapacidad. Análisis del Código...cit., ps. 137 a 138.

(21) (21) En este sentido, no hay que confundir apertura de la sucesión (art. 2277 CCyCN) con apertura del juicio sucesorio.

(22) (22) OLMO, Juan Pablo, Salud mental y discapacidad. Análisis del Código...cit., ps. 146 a 147; y también OLMO, Juan Pablo, MENOSSI, María Paula, "Capacidad jurídica..." cit.

(23) (23) Artículo 2467: "Nulidad del testamento y de disposiciones testamentarias. Es nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria: ...c) por haber sido otorgado por persona privada de la razón en el momento de testar. La falta de razón debe ser demostrada por quien impugna el acto. d) por haber sido otorgado por persona judicialmente declarada incapaz. Sin embargo, esta puede otorgar testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces. e) por 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".

(24) (24) OLMO, Juan Pablo, MENOSSI, María Paula, "Capacidad jurídica..." cit.