



TRABAJO FINAL DE GRADO

ABOGACÍA

FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

AUTORA: Eugenia Jorgelina Corbalán

DNI: 28.647.091

LEGAJO: VABG 25596

TUTORA: Analía Luna

Salta (Capital), Junio de 2019

AGRADECIMIENTOS

Mi primer agradecimiento a Jorge, el amor de mi vida, mi esposo, la persona que más me conoce, quien me cuida y me acompaña. El sostén de mis días, mi compañero de aventuras, quien con paciencia acepta mi falta de tiempo y mis largas horas de estudio, sin él éste sueño no podría ser cumplido. ¡Gracias mi amor!

A mi hija Sofía quien me da mucho amor y a su corta edad me da fuerzas para superarme día a día. Ella también es a quien quiero dejarle la enseñanza de que siempre se pueden alcanzar los sueños si uno está dispuesto a asumir los sacrificios. ¡Gracias mi bebe!

A mis padres y a mi hermano, por su apoyo incondicional, su confianza y su amor, sin ellos no sería la persona que soy.

A todos los que de un modo u otro me ayudaron en este camino que comencé hace algunos años como una locura y hoy culmina con la satisfacción enorme de haber cumplido un sueño.

A mis amigos, y a mis compañeros que sin conocernos personalmente, han cooperado de manera generosa sabiendo que estamos todos juntos en esta misma senda.

Por último, y no por ello menos importante, a la Universidad, que como a mí, le ofrece a muchos la oportunidad para cumplir sus sueños; y a los profesores, que son quienes nos transmiten sus conocimientos para que el día de mañana seamos profesionales.

¡Muchas gracias a todos!

Resumen

La protección de los derechos y garantías de las personas con discapacidad se ha ido acrecentando con el tiempo, reforzado por los parámetros establecidos a nivel internacional. En tal sentido, nuestra legislación ha amparado a dicho grupo social en pos de garantizar sus derechos más elementales.

Así, se ha reformulado el Código Civil y Comercial a los fines de receptar esta corriente normativa, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico la figura del fideicomiso testamentario. Ello, en atención al principio de solidaridad familiar, los legisladores les han otorgado una protección particular a los fines de evitar la dilapidación de los bienes objeto de la sucesión.

En tal sentido, el presente trabajo de investigación analizará la legislación vigente, lo indicado por la doctrina y la jurisprudencia. Ello, a los fines de analizar si afecta los derechos de los herederos forzosos la mejora en el porcentaje de la sucesión en el caso del heredero discapacitado, con especial atención en el caso de la figura del fideicomiso testamentario como forma de garantizar los bienes de dicho heredero.

Palabras claves: personas con discapacidad – fideicomiso testamentario – Código Civil y Comercial – heredero con discapacidad

Abstract

The protection of the rights and guarantees of persons with disabilities has been increasing over time, reinforced by the parameters established at the international level. In this sense, our legislation has protected said social group in order to guarantee its most basic rights. Thus, the Civil and Commercial Code has been reformulated in order to receive this normative current, incorporating into our legal system the figure of the testamentary trust.

This, in view of the principle of family solidarity, the legislators have granted them a particular protection in order to avoid the squandering of the assets subject to the succession. In this sense, the present research work will analyse the current legislation, as indicated by the doctrine and jurisprudence.

This, for the purpose of analysing whether the rights of the forced heirs affect the improvement in the percentage of succession in the case of the disabled heir, with special attention in the case of the figure of the testamentary trust as a way of guaranteeing the assets of said inheritance.

Keywords: people with disabilities – testamentary trust - Civil and Commercial Code – heir with disability

Índice

Introducción	7
Capítulo 1: Aspectos generales sobre la discapacidad	9
Introducción.....	9
1.1. La Discapacidad. Evaluación Histórica y Aspectos Generales	10
1.2. Discapacidad: nociones básicas	12
1.3. La entrada en vigencia de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.....	14
1.4. Los cambios en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	18
1.5. Constitucionalización del derecho privado.....	23
Conclusión.....	25
Capítulo 2: Fideicomiso Testamentario	27
Introducción.....	27
2.1. Contrato de fideicomiso.....	27
2.1.1. Contenido, objeto y forma del contrato de fideicomiso testamentario	29
2.1.2. Partes intervinientes en el contrato.....	30
2.1.2.1. El beneficiario.....	30
2.1.2.2. El fideicomisario.....	31
2.1.2.3. El fiduciario	31
2.1.2.4. Naturaleza del derecho del fiduciario, del fideicomisario y del beneficiario.	32
2.2. Fideicomiso testamentario y la protección a las personas con discapacidad.....	33
2.2.1. Aspectos contractuales en el fideicomiso testamentario	34
2.2.2. Plazo contractual del fideicomiso testamentario.....	35
2.2.3. Revocabilidad.....	36
2.2.4. Bienes incluidos	37
2.2.5. Proceso sucesorio	38
2.3. Funcionamiento, finalidad y elementos del fideicomiso testamentario.....	39
2.3.1. Flexibilización del sistema de legítimas a favor de las personas con discapacidad	42
Conclusión.....	44

Capítulo 3: La mejora de la legítima a favor del heredero con discapacidad	45
Introducción.....	45
3.1. Análisis legislativo sobre la mejora de la legítima a favor del heredero con discapacidad.....	46
3.1.1. Tutela a las personas con discapacidad como medida de protección en el derecho sucesorio.....	47
3.1.2. Beneficiarios: ascendientes y descendientes	49
3.1.3. Concurrencia de más de un heredero con discapacidad.....	49
3.1.4. Capacidad para testar	50
3.1.5. Proceso de otorgamiento de la mejora	51
3.2. La porción disponible para la mejora.....	52
3.3. Legítima y Discapacidad.....	52
3.3.1. Alcance del término “discapacidad”	53
3.3.2. Diferencias entre personas con discapacidad y personas con incapacidad o capacidad restringida	54
3.4. Presupuestos objetivos para ser mejorados.....	56
3.4.1. La parentalidad	57
3.4.2. La discapacidad	57
3.4.3. Prueba de la discapacidad	57
3.4.4. Momento en que debe existir la discapacidad.....	58
Conclusión.....	59
Conclusiones finales.....	61
Bibliografía.....	633
Doctrina	633
Legislación.....	644

Introducción

El Código Civil y Comercial prevé un incremento porcentual en la porción de la herencia de libre disponibilidad en caso de herederos discapacitados. En tal virtud, se creó la figura del fideicomiso testamentario para garantizar ingresos al heredero discapacitado. Empero, dicha figura permite inmovilizar e intangibilizar bienes indivisibles por plazos de hasta treinta (30) años, y en caso de inmuebles dicha disposición de orden podría afectar los derechos de los herederos forzosos reduciendo así su legítima herencia.

Debido a lo novísimo de este punto en el estamento de orden, no existen abundantes precedentes jurisprudenciales sobre la materia, no obstante, la doctrina si ha realizado diversos aportes en sobre la materia en interesantes debates. En este sentido, el presente trabajo intentará analizar si las características del fideicomiso testamentario son consistentes con el respeto a los derechos de los herederos forzosos o bien si los derechos de los mismos puedan ser violados a tenor del nuevo precepto. Finalmente se cuestiona si la judicialización de un fideicomiso testamentario es pasible de vulnerar los derechos de un heredero con discapacidad.

Al respecto, la pregunta de investigación apuntará a responder lo siguiente: ¿afecta los derechos de los herederos forzosos la mejora en el porcentaje de la sucesión en el caso del heredero discapacitado, con especial atención en el caso de la figura del fideicomiso testamentario como forma de garantizar los bienes de dicho heredero?

El objetivo general del presente trabajo de investigación consistirá en analizar la mejora en el porcentaje de la sucesión en el caso del heredero discapacitado, con especial atención en el caso de la figura del fideicomiso testamentario como forma de garantizar los bienes de dicho heredero.

Mientras que los objetivos específicos consistirán en analizar el concepto de discapacidad en función del derecho sucesorio; determinar las características principales del fideicomiso sucesorio; identificar los fundamentos de la modificación en la cuota sucesoria del heredero discapacitado; analizar los potenciales perjuicios para los herederos forzosos por la modificación de la cuota sucesoria del heredero discapacitado.

La hipótesis por confirmar, o descartar, es que ante ciertas circunstancias el derecho de los herederos discapacitados puede afectar el de los otros herederos forzosos.

Ahora bien, respecto del tipo de investigación, el mismo será descriptivo. Mientras que como estrategia metodológica se asumirá una cualitativa. A su vez, la técnica será observación de datos y de documentos para poder contrastar las diversas posiciones y los cambios que hubo en términos del Código Civil y Comercial en cuanto a la cuota sucesoria del heredero discapacitado.

En cuanto a las técnicas de análisis de datos, se utilizarán preferentemente las estrategias de análisis documental y de contenido, en razón que las mismas permitirán interpretar los fallos y la situación de la legislación en el Código Civil y Comercial. Este trabajo si bien tomará como centro de análisis la situación jurídica a partir de la sanción del Código Civil y Comercial, se tomarán en consideración la evolución en materia de concepción jurídico-penal que hubo en la historia de la legislación y jurisprudencia Argentina en torno a la cuestión.

En cuanto a los niveles de análisis, la investigación tomará como referencia la jurisprudencia y la legislación nacional. Asimismo, se tomará como referencia la legislación de otros estados al momento de analizar cómo se ha compatibilizado un marco constitucional similar al nuestro con la legislación en torno a la cuota sucesoria del heredero discapacitado.

El presente trabajo de investigación se dividirá en tres capítulos. En el Capítulo I se analizarán los aspectos generales sobre la discapacidad, qué es y cómo ha sido abordada en nuestro ordenamiento jurídico para dar respuesta a los lineamientos internacionales dispuestos en la materia. El Capítulo II tratará sobre el fideicomiso testamentario, su concepto, las partes intervinientes y los diferentes aspectos contractuales que versan sobre la materia. El Capítulo III versará sobre la mejora de la legítima en favor de los herederos con discapacidad, por qué se ha otorgado este beneficio, en qué consiste y cómo se acreditan los diferentes extremos para su procedencia. Finalmente, se expondrán las conclusiones finales.

Capítulo 1: Aspectos generales sobre la discapacidad

Introducción

La tendencia en el desarrollo de las sociedades conservadoras, desde una perspectiva vanguardista, ha sido siempre inclinarse ante la protección de esos grupos de personas que, por una razón u otra, se han convertido en sujetos desguarnecidos y desprovistos de circunstancias que las distinguen del resto de miembros de la estructura social. Ello, ha sido el principal detonante de iniciativas que, en un principio, han sido producto de concentraciones populares, pero que más adelante, han sido receptadas de forma respetuosa por representantes del Poder Público, quienes sucumben ante las mareas sensibilizadoras, y como consecuencia, se obtienen planes y políticas dirigidas a la creación de conjuntos normativos que regulen y tutelen adecuadamente la situación de tales miembros desfavorecidos de la sociedad.

Claramente, a través de un ejercicio de subsunción elemental, podemos inferir referencias a diversos y variados grupos –minorías, generalmente-, que han logrado consagraciones jurídicas importantes, y que de alguna manera han contribuido a la confección de bloques jurídicos que solidifican principios y valores que son esenciales para lograr la convivencia armónica de una población determinada. Valores como la solidaridad social, se constituyen en la piedra angular de las propuestas legislativas que, en su momento, pretendían la equiparación jurídica de quienes encontraban en situación de desigualdad económica producto de contingencias o de circunstancias que le son inherentes a su entidad existencial.

Tal es el caso de las personas con discapacidad, y su ciclo sociológico, así como la regulación jurídica que les concierne desde el ámbito legal, son el objetivo del presente aporte investigativo que tiene como finalidad desarrollar íntegramente todo aspecto relacionado con las corrientes y diferentes posiciones que asumen los principales exponentes de la materia acerca de los lineamientos que el Estado ha profesado en su intento de solventar las falencias que sus cargas fisiológicas y psicológicas le imprimen a su cotidianidad.

Para ello, se hará un cuidadoso análisis acerca de los principales instrumentos jurídicos que regulan la discapacidad en la República de la Argentina. Nos referimos a las Leyes N° 22.431¹ y 24.901² que cumplen roles armonizadores respecto del resto de normas que componen el ordenamiento jurídico argentino pues, desarrollan los aspectos generales que

¹ Ley N° 22.431. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de marzo de 1981.

² Ley N° 24.901. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de noviembre de 1997.

refieren a la concepción del estado de discapacidad, así como un régimen prestacional que surge como respuesta a las adversidades económicas que no pueden ser satisfechas por tales personas y sus grupos familiares.

Asimismo, se hará referencia a las modificaciones estructurales que hayan podido surgir gracias a la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación³, en relación al sistema creado por los instrumentos anteriormente señalados. Todo sobre la base del comentario académico realizados por sectores de la doctrina que le han dado seguimiento al desenvolvimiento de las diferentes instituciones jurídicas que han sido concebidas en honor a la tutela especial que el Estado ha propuesto en favor de los sujetos con discapacidad, y estableciendo conclusiones productivas como principal norte del trabajo que suscribimos.

1.1. La Discapacidad. Evaluación Histórica y Aspectos Generales

A lo largo de la historia, la humanidad ha tendido a elaborar un esquema de naturaleza ideológica –al menos, en sus inicios-, sobre lo que representa la condición de normalidad, entendido dicho estado como la aglomeración de diversos aspectos que refirieron en todo caso hacia la capacidad productiva de cada ciudadano en la medida en que le fuere requerida capacidad de guerra; capacidad de oficio determinado; capacidad real o monárquica, entre otras.

Ello, tuvo como principal consecuencia la marginalización de un reducido, pero significativo grupo de personas, que a causa de impedimentos físicos, psíquicos e intelectivos fueron desplazados –en el mejor de los supuestos-, de todas las actividades que involucraban el sostenimiento de una sociedad determinada, y con ello, también de la redistribución de beneficios, lo que se traducía en verdaderos exilios intra-territoriales.

Así lo comentaron bajo registro estudiado los autores Duizeide y Lasana (2016, p. 242), quienes establecieron que:

(...) desde los tiempos de la Edad Antigua lo considerado "diferente" ha sido discriminado y/u oprimido por no "encajar" en el prototipo de la llamada "normalidad". De este modo, el destino de los "deficientes" ha ido cambiando a lo largo de las diferentes sociedades, pasando por el aniquilamiento, el abandono, la explotación, el rechazo, la persecución y la segregación.

³ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Eventualmente, dicho paradigma tan objetado por los grupos sensibilizadores se tornó enfática y negativamente señalado. Por lo que surgieron movilizaciones, como se comentó *ut supra*, que perseguían lograr, a través del clamor de tales manifestaciones, un cambio de dirección en el rumbo que los gobernantes llevaban respecto de las personas que sufrían algún tipo de discapacidad y del tratamiento que se les brindaba.

Es allí cuando, conforme lo sostienen Duizeide y Lasana (2016), se sustituye el llamado modelo médico-biológico, que atribuía la incapacidad percibida a la esencia misma de la persona, lo que la catalogaba *prima facie* como sujeto de condición disfuncional, por tanto, no apto para ser considerado útil para la sociedad. Tal concepción fue sustituida por una donde todo elemento que refiriera a la discapacidad de una persona debía ser considerado, ya no como una manifestación sintomática de un cuadro clínico adverso, sino más bien como un indicador social de consideración indeclinable. Teniendo ello como principal efecto la inclusión de tales personas dentro del marco de movilización social, participando así en todo lo relativo a las decisiones que beneficiaran o perjudicaran el seno de un conglomerado determinado, y donde podían intervenir con su opinión o aporte singular.

De forma sucesiva y ante la fragmentación histórica, se produjeron diversas conjeturas que tuvieron un peso específico en todo lo concerniente a la confección del complejo bloque instrumental que hoy en día conocemos. Y que sabemos procura la plena protección de toda persona que se encuentre en situación de susceptibilidad ante la posibilidad inminente de ser objeto y sujeto de críticas y actos discriminatorios por parte de quienes no han alcanzado un grado de consciencia depurado de todo prejuicio.

Los diferentes instrumentos que integran el aludido bloque tuvieron su génesis dentro de lo que representa el derecho internacional público y sus logros, especialmente en esta materia. Sin embargo, el presente enfoque se ve concentrado y con miras a la exhaustiva interpretación y análisis de los instrumentos que nacieron en el seno de nuestra República. Lo que califica perfectamente como un estudio de la dogmática jurídica argentina sobre el derecho de las personas con discapacidad.

Por ello, se le da finalización a un breve y conciso recuento histórico sobre los inicios de la superación humana acerca de la errada idea que se tenía sobre la discapacidad. Para así abrir paso a escenarios donde la regulación jurídica se tornaría más que necesaria y donde se

asentarían fundamentos conceptuales que integrarían a la disciplina jurídica que pretendemos deslindar y que serán analizados de seguida.

1.2. Discapacidad: nociones básicas

Para empezar a hablar de la discapacidad hay que primero hacer alusión a lo que se entiende por “capacidad” y sobre ella los Dres. Bonanno y Crespo (2012) dicen que en nuestro ordenamiento jurídico la capacidad se presenta como un atributo propio de la persona, así como su nombre, su domicilio, su estado y su patrimonio. Es decir que se presenta como un elemento indispensable e inseparable de todas las personas. Por otro lado, para la Dra. Wolkowicz (2013) la capacidad en términos jurídicos hace referencia a la capacidad que tenga una persona de ser titular de derechos y de deberes, así como su respectiva capacidad para poder ejercer esos derechos que posee.

De esta forma podemos ver que no todas las personas tienen la misma capacidad, hay distintos niveles de necesaria comprensión, para ulteriormente entender cómo se pueden presentar personas con ciertas discapacidades y de qué manera los encontraremos, tal y como también lo establece la Dra. Wolkowicz (2013, p. 14) cuando nos dice:

Estos atributos, tal como sostiene la doctrina clásica, se conciben como inherentes a la personalidad, como cualidades o circunstancias que hacen a la esencia de la personalidad determinándola en su individualidad son, por tanto, necesarias, innatas, vitalicias, inalienables e imprescriptibles.

Los mismos Drs. Bonanno y Crespo (2012, p. 35) determinan que la capacidad tiene unos caracteres marcados y determinados dentro de lo que era nuestro ordenamiento jurídico argentino y los definen de la siguiente forma:

- 1) La susceptibilidad de grados: se la puede tener en mayor o menor medida. Hay un trato diferencial de la capacidad de cada cual.
- 2) Es un principio general. Según el artículo 52 del Código Civil, se reputan capaces "todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces".
- 3) Las incapacidades emanan siempre de Ley y son de interpretación estricta. Al ser regulaciones de orden público, las partes no pueden dejarlas de lado voluntariamente.

Lo que se establece como un trato diferencial es precisamente lo que veremos cómo protección a los incapacitados y todo lo que el derecho ha establecido para que los

incapacitados puedan llevar una vida un poco más normal dentro de la sociedad (Bonanno y Crespo, 2012). Sin embargo, el derecho regula de una manera estricta esta incapacidad puesto que solo considerará como tal a las personas que sean declaradas expresamente como tal al haberse cumplido con todos los requisitos que la Ley le exige. Esto se ha establecido así lógicamente para evitar engaños y fraudes sobre personas perfectamente capaces que se quieran abrigarse en la tutela especial ofrecida a los sujetos con discapacidad.

Ahora bien, debemos entonces ahora abordar la aproximación conceptual del vocablo discapacidad o de sujeto con discapacidad, para ello veremos distintas definiciones legales y doctrinales que nos arrojan conceptos bastante claros que nos ayudarán en nuestra tarea. La primera definición se sacará de la Ley No. 22.431 que, en resumen, los Drs. Héctor y Saires (2012, p. 12) nos dicen que la señalan "...como toda aquella que padezca una alteración funcional, permanente o prolongada, física o mental que, en relación a su edad y medio social, implique desventaja para su integración familiar, social, educacional y/o laboral...".

Otra definición la trae la Dra. Valdés (2014, p. 02) cuando habla de la concepción que tiene la Organización Mundial de la Salud y la resume en que "discapacidad implica toda restricción o ausencia debido a una deficiencia de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano".

Asimismo, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad también se da una definición acerca de lo que se entiende como discapacitado, en su artículo 1 indica

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 demás⁴.

Como podemos ver, y en concordancia con lo que dice la Dra. Valdés Díaz, todos los conceptos hablan de "barreras" entre las personas que presentan alguna incapacidad y todo lo que lo rodea, puede ser su entorno social, personal o académico. El punto central es que estos sujetos no alcanzan a superar lo que una persona normal puede hacer debido a que cuenta con ciertas limitaciones que le impiden hacerlo, aquí es donde precisamente entra el derecho, buscando la protección ante la existencia de estas "barreras".

⁴ Artículo 1 de la Ley 26.378 sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de junio de 2008.

En nuestro ordenamiento existen dos tipos de incapacidades, se encuentran las incapacidades de hecho absolutas y las incapacidades relativas, las incapacidades absolutas no admiten ninguna consideración o excepción. Es decir todas las personas que presentan esas condiciones son incapaces y no se puede alegar lo contrario, los Drs. Bonanno y Crespo (2012, p. 35) resumen el viejo Código Civil y define al grupo de incapaces absolutos así

Son incapaces de hecho absolutos (art. 54, C. C.): 1) las personas por nacer, 2) los menores impúberes, 3) los dementes, 4) los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. En nuestro sistema jurídico tradicional ninguno de ellos puede ejercer derechos por sí mismos.

Para definir un poco mejor lo que era el contenido de nuestro ordenamiento jurídico y de qué manera se regulaba todo lo relacionado al tema de las incapacidades, el Dr. Duizeide (2015, p. 11) habla sobre nuestro sistema y nos dice que “...regía un estado paternalista, el cual dejaba en manos de una sola persona curador, quien reemplazaba y sustituía en todas o gran parte de las decisiones a aquellos individuos que nuestra legislación consideraba incapaces”.

1.3. La entrada en vigencia de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad

Esta concepción extremadamente tutiva quedó en el pasado tanto jurídico como social, en razón que el conjunto de personas con alguna discapacidad estaba sintiendo que las protecciones que buscaban en un principio protegerlas en realidad lo que estaban logrando era limitarlas hasta tal punto que la desigualdad final era mayor a la que provocaba su incapacidad en un principio. Sobre ello distintos activistas y juristas clamaban para que las personas con discapacidad fueran reconocidas, el Dr. Rosales (2012, p. 14), por ejemplo, esgrime por los derechos de los discapacitados y dice

...las personas con discapacidad intelectual tienen el mismo derecho que las otras personas a tomar decisión sobre su propia vida, y que aun las personas que tienen dificultad para hacer elecciones, tomar decisiones, y comunicar sus preferencias, pueden tomar decisiones acertadas para mejorar su desarrollo personal, la calidad de sus relaciones con otros y su participación comunitaria...Las personas con discapacidades intelectuales deben recibir el apoyo necesario para tomar esas decisiones, comunicar sus preferencias y que ambas sean respetadas...

Con ese preámbulo, esos argumentos sociales y jurídicos junto a los deseos de lograr un mundo de oportunidades y de igualdad para todos, la Convención sobre los Derechos de

las Personas con Discapacidad⁵ entró en la escena en el año 2006 para establecer y reconocer esa igualdad de derechos y oportunidades entre los discapacitados a través de un marco jurídico internacional que de alguna forma u otra fuese vinculante en su cumplimiento.

En este sentido, Wolkowicz (2013, p. 40) habla de la nueva concepción que nace de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que debe representar un cambio importante dentro de lo que es nuestro marco jurídico, de esta forma nos dice:

Los referidos tratados y la convención tributan a una nueva concepción del sujeto de derecho que en línea con el discurso de los derechos humanos y la concepción del modelo social de la discapacidad, propician en forma ineludible, la igualdad real, la garantía de autonomía en el ejercicio de la capacidad trayendo en forma inexorable la necesidad de políticas de inclusión social contrarias a cualquier forma de segregación y discriminación.

De esta forma nos encontramos con el artículo 1 de la Convención la cual según la Dra. Priore (2015, p. 3) su contenido y alcance se tratan en que

...el art. 1º, además se establece que el propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

De esta manera, la Convención nos indica que se deberá propender a promover, proteger y asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos por parte del Estado y de la sociedad toda. Por otro lado, tenemos el artículo 12 de la Convención, que resulta ser uno de los más importantes y que mayor prioridad ha tenido al establecer lo siguiente

Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la Ley:

1. Los Estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para

⁵ Ley 26.378 sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de junio de 2008.

impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria⁶.

Como se puede ver la concepción *per se* y jurídica que se tenía sobre las personas con algún tipo de incapacidad cambió, la discriminación no podía tener ningún tipo de espacio dentro de una sociedad y las normas protectoras para incapacitados debían cuidarse de no ser normas limitantes. O que obtuvieran un sistema que perjudicara al no consagrar los mismos derechos que el resto de las personas de la sociedad, tal y como lo dice acertadamente la Dra. Wolkowicz (2013, p. 40)

...estos artículos receptan el modelo social de la discapacidad en el sentido de derribar las barreras que impidan al sujeto con discapacidad interactuar y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás, respetando la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y condición humanas, la igualdad de oportunidades.

Y, como también precisan los Drs. Bonanno y Crespo (2012, p. 35) en el cambio de forma general se representa que

...la tendencia internacional es establecer la capacidad de aquellos que tienen capacidades diferentes, para que sean oídos, en los casos en que fuere posible, y para poder protegerlos de la mejor manera, teniendo en cuenta las necesidades propias de cada persona vulnerable...

Para el cambio del modelo social que la Dra. Wolkowicz (2013) nos establece como necesario para lograr un verdadero impacto en la sociedad que ayude a tener un entorno

⁶ Artículo 12 de la Ley 26.378 sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de junio de 2008.

mejor para las personas con alguna discapacidad, la Dra. Priore (2015, p. 05) nos resume lo que dice el artículo 8 de la Convención, quedando plasmado de esta forma

El art. 8° de la Convención destaca la importancia de la toma de conciencia social. En el mismo se establece que, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:

- a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;
- b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;
- c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad (...)⁷.

Otro punto interesante que toca la Convención y que es importante su resaltado es el punto de la autonomía e independencia de las personas con alguna discapacidad, elementos que para muchos ha sido discutido puesto que no es fácil socialmente hablando la concepción de una persona con estas características viviendo de manera autónoma. Para lograr ello es necesario que el Estado intervenga y disponga de diversas pautas de acción, la Dra. Priore (2015, p. 10) habla del tema y nos dice:

El art. 19 de la Convención sobre el "Derecho a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad" incorpora uno de los temas más tabúes para este colectivo, como ser la aceptación y la promoción de la autonomía y vida independiente de las personas con discapacidad (en tanto sea posible). Los Estados asumen el compromiso de adoptar "medidas efectivas y pertinentes" para la plena inclusión y participación en la comunidad de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás.

Esta nueva concepción cambiante por supuesto llegó a tocar el marco jurídico argentino ya que nuestra sociedad necesitaba adaptarse a las nuevas exigencias y al reconocimiento de los derechos de este grupo de personas que estaban clamando por un reconocimiento tanto a nivel legal como a nivel de la sociedad que los rodea. Como bien recalca la Dra. Valdés (2014, p. 4), el trabajo no es fácil puesto que

...la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad no se limita a proclamar el reconocimiento de la condición de persona con personalidad y capacidad plena, sino que impone a los Estados signatarios la obligación de propiciar medidas que faciliten a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que necesitan para el efectivo ejercicio de su capacidad y medidas de salvaguardia que coadyuven al respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, velando porque no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona...

⁷ Artículo 8 de la Ley 26.378 sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de junio de 2008.

Esto a su vez trae consecuencias de directo cumplimiento para los ordenamientos jurídicos que se quieran vincular con este Convenio, el Dr. Rosales (2007, p. 12) explica que se deben tomar regulaciones directas sobre el asunto y se debe aplicar a:

La obligación de adecuar la legislación vigente a la situación de este colectivo en cada Estado firmante, siempre en el marco determinado de la progresividad de los derechos humanos. Así como la obligación del Poder Judicial (en la estructura jurídica de nuestro país) y el Estado de interpretar la normativa vigente en función de dichos ajustes razonables de la legislación a la situación de este colectivo protegido.

1.4. Los cambios en el Código Civil y Comercial de la Nación

Con la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación⁸, diversos han sido los aspectos que han sufrido modificaciones en torno a la determinación del rango de acción dentro del propio fuero común, para las personas que adolecen de algún tipo de discapacidad (Rosales, 2007). Bien sea, que se encuentre en el ramo del derecho sustantivo (modificaciones en los derechos y deberes que la Ley común reconoce a favor de las personas discapacitadas). O bien, que nos encontremos dentro de la esfera adjetiva (vías y mecanismos a través de los cuales las personas discapacitadas podrán instrumentar el ejercicio del derecho de acción).

A tal efecto, acertadamente señala Camps (2016, p. 15) que, a través del análisis de las disposiciones en materia de capacidad se constata que:

Vemos que se instaure como regla la plena capacidad de ejercicio y las excepciones sólo podrá fijarlas la Ley de modo expreso o una sentencia judicial (...) concentrándonos en las hipótesis más frecuentes, encontramos (...) las vinculadas con situaciones de salud (sujeto que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad...

Es apreciable como, se sostiene la máxima de la constitucionalización del derecho civil, a través de la inserción en la reforma de criterios que, hasta los momentos sólo habían sido dispensados por tratados y acuerdos internacionales. Y que a pesar de haber sido reconocidos por los instrumentos legales que hemos analizado a lo largo del presente trabajo, se encontraban distantes de las resoluciones que se producían en las diferentes contiendas judiciales de derecho civil (Duizeide y Lasana, 2016).

⁸ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

En suma, son relativamente sencillas las modificaciones introducidas por el nuevo Código en el abordaje jurídico de personas con discapacidad, y las mismas van orientadas –en todo caso–, a lograr un esquema que se torne más participativo respecto de tales sujetos. Es decir, que con el nuevo paradigma asumido por el Código Civil y Comercial de la Nación, ha de tomarse en cuenta, tal cual lo profesan las Leyes N° 22.431 y N°24.902, una participación progresiva en toda incidencia que se genere en el fuero común y que vaya directamente referida a la modificación del estatus de alguna persona con discapacidad.

Así, Duizeide y Lasana (2016, p. 5) puntualizan cada una de las modificaciones específica que se han implementado en la reforma del código, además de señalar cuáles son sus manifestaciones concretas a lo largo de un recorrido procedimental, y afirman que

...el CCCN introduce una serie de principios generales donde establece la presunción de capacidad de toda persona, aun cuando se encuentre internada; incorpora el requisito de interdisciplinariedad para el tratamiento y para el proceso judicial de restricción a la capacidad jurídica...

Por todo lo cual, resulta cónsono con la idea de la expansión de la protección ofrecida a las personas con discapacidades quienes, a la luz del nuevo derecho civil de la nación, pueden considerarse sujetos involucrados indeclinablemente con el desarrollo de todo periplo judicial en el que tengan algún tipo de participación. Ello, reafirma sin ninguna duda todo el bloque normativo que ya ha sido introducido en la legislación argentina, para lograr la equiparación de condiciones de aquellas personas que, bien por situación clínica congénita, o bien por un agente o hecho externo, son poseedores de elementos incapacitantes que ocasionan dificultades en todo lo atinente a su integración en el seno del conglomerado.

Es en este punto donde podemos apreciar con toda claridad, la necesidad imprescindible que existía en que se realizare una modificación adecuada dentro de las normas que integran el fuero de derecho común, pues es estadísticamente mucho más probable que, fuera necesaria su implementación en dicho ámbito pues es allí donde se genera mayor número de relaciones interpersonales y que revistan. Asimismo, un elevado índice de consecuencias jurídicas que, bajo la óptica limitada de la derogada Ley, podrían subvertir en condiciones y gravámenes irreparables para quienes de antemano se encontraban en irregular y desproporcional desventaja circunstancial.

Por eso, los precitados autores sostienen como bandera de progresión y satisfacción social, una visión de ampliación constante de la protección de estas personas pues, no sólo se pretende que las mismas encuentren una perpetua situación de confort, sino que además en:

Esta nueva mirada, en la cual todas las personas con discapacidad deben poder gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, hace énfasis en la necesidad de entender que dichas personas pueden contribuir a la sociedad en iguales circunstancias que las demás, siendo necesario para ello el respeto, la tolerancia, y por sobre todas las cosas, la valoración a la inclusión (Duizeide y Lasana, 2016, p. 5).

Ese es el camino que debe recorrer toda sociedad que se haga llamar así misma a través de sus diferentes voceros gubernamentales para erigirse como progresista, social y pluralista. Sólo a través de dicha visión, se logrará la consecución del bien común indiscriminado. Sin embargo, en el Proyecto del Código Civil y Comercial el cambio era minúsculo, la Dra. Wolkowicz (2013, p. 40) haciendo un resumen de lo que se encontraba en el Proyecto del Código nos dice que

Lo cierto es entonces, que sigue existiendo un sistema de atribución de incapacidad morigerado, ya que el juez debe en su sentencia, art. 38, determinar la extensión y alcance de la incapacidad, designar representantes o apoyos o en su caso si considera que la persona está en situación de conservar su capacidad con limitaciones o restricciones, declarar los límites o restricciones a la capacidad y señalar los actos y funciones que no puede realizar por sí mismo, lo que , como seguidamente veremos, no respeta el modelo social de discapacidad receptado por la CDPD.

Las recomendaciones para que el ordenamiento jurídico se nivelara a lo que establecía la Convención venían de todos los doctrinarios y juristas expertos en la rama del Derecho Civil. Por ejemplo, los Drs. Bonanno y Crespo (2012, p. 37), yendo en contra del sistema clásico establecido donde los jueces terminaban coartando los derechos de los incapacitados, recomiendan que:

...deberá modificarse, entre otros, el artículo 54 del Código Civil, que enumera con rigidez los incapaces absolutos de hecho. Conforme al Código Civil, las personas con discapacidad intelectual, declaradas incapaces, no tienen aptitud para ejercer plenamente sus derechos, razón por la cual los jueces nombran un curador, quien sustituye la voluntad de la persona...

Sin embargo, gracias a las presiones hechas por los grupos sociales, los juristas y todos los interesados el Proyecto de Código fue tomando otro rumbo, se fue enmarcando en respetar lo que la Convención establecía, en buscar el respeto de los derechos de los

incapacitados y en realmente crear un sistema que protegiera su autonomía, como lo explica el Dr. Kraut (2014, p. 3).

...se ha eliminado el clásico binomio "capacidad o incapacidad". La "sustitución" en la toma de decisiones por un curador ha sido reemplazada por el modelo de "asistencia", introduciéndose un sistema de "apoyos" -salvo para casos excepcionales- que se gradúan según la patología del causante. En lo sucesivo, vale resaltar que será la persona asistida por dicho "apoyo" quien tomará su propia decisión.

La autonomía para las personas incapacitadas era algo real, se está precisando una mayor libertad para sus acciones que a partir de este nuevo Código⁹ tienen un reconocimiento legal que anteriormente no estaba contemplado. Es decir, su capacidad jurídica había sido ampliada e igualada a la capacidad jurídica de cualquier ciudadano de la nación, lo que según para muchos era un logro y una muestra de que nuestro ordenamiento jurídico se estaba ajustando a lo que la Convención para los discapacitados contemplaba. Lo que en la contemporaneidad justifica el resguardo de todas sus prerrogativas incluso sucesorias.

Las concepciones de capacidad que teníamos anteriormente habían quedado en el pasado, el Dr. Duizeide (2015, p. 14) nos dice que

...el Código Civil y Comercial incorpora el principio de capacidad de ejercicio. Toda persona puede ejercer por si los actos jurídicos, con las solas excepciones establecidas en la norma. Se afirma así la capacidad como regla y se delimita o acota las eventuales restricciones que se podrán establecer.

Al considerar la capacidad como una regla jurídica, significa que el concepto clásico de las incapacidades absolutas no rige más, por el contrario, la capacidad ahora se presume como válida por lo que la carga de la prueba está en que se debe probar la incapacidad. Para otros autores, como el Dr. Monasterios (2015, p. 2) el término de incapacidad se desaparece del marco jurídico argentino, esto por supuesto de acuerdo al texto de la Convención y al texto del propio Código Civil y Comercial, es por eso que nos dice:

De acuerdo al texto de la convención, no puede hablarse ya de la incapacidad de las personas, sino de aquellas facultades que pueden ejercer por si, y otras en las cuales necesitaran apoyo para su ejecución, criterio que es recogido por el nuevo C.C.y C., en el que toda persona humana puede ejercer, por si misma, sus derechos, con las limitaciones que el propio código prevé, o las dispuestas en una sentencia judicial.

⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

El Dr. Duizeide (2015, 15) también resalta la importancia que existe con esta nueva concepción de la capacidad al decirnos

(...) el hecho que la capacidad de ejercicio "se presume" exige un proceso en el que debe probarse rigurosamente la situación contraria a dicha presunción para permitir cualquier restricción a la capacidad. En ese orden de ideas, según los arts. 3° y 5° LSM, la capacidad de la persona se presume, no pudiendo efectuarse calificaciones jurídicas ni sanitarias fundadas exclusivamente en diagnóstico y/o antecedentes de salud mental.

Para afirmar más el tema de que el solo diagnóstico no es suficiente como para declarar la falta de capacidad, el artículo 37 del Código Civil y Comercial estableció lo siguiente:

La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso: a) diagnóstico y pronóstico; b) época en que la situación se manifestó; c) recursos personales, familiares y sociales existentes; d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible. Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario¹⁰.

Se amplió todo el procedimiento, debían recaudarse más elementos que permitieran al juez determinar con mayor precisión lo que será el futuro de la persona con alguna discapacidad, esto es explicado por el Dr. Duizeide (2015, p. 14) cuando dice:

De dicho texto se puede interpretar que el CC yC no deja la posibilidad de declaración de incapacidad civil o de sus restricciones como consecuencia del solo diagnóstico de discapacidad. Es decir que el diagnóstico es solo uno de los aspectos considerados, debiendo tener en cuenta la situación contextual de la persona, como así también la existencia de apoyos y ajustes que permitan el ejercicio personal de sus derechos "recursos personales, familiares y sociales existentes.

Además de todo este trámite para probar que una persona no tiene la plena capacidad, es importante aclarar que aun cuando se determine por todo el procedimiento legal que una persona es incapaz, esto no puede tener como objetivo limitar sus derechos, por el contrario, el Dr. Monasterios (2015, p. 02) habla sobre el tema y dice:

En ningún caso la restricción de la capacidad jurídica puede tener otro fin que el respeto de sus derechos, y la promoción de la autonomía personal, en consecuencia, la tradicional figura sustitutiva del curador es reemplazada con la designación de persona de apoyo, cuya función, de acuerdo con lo previsto por el

¹⁰ Artículo 37 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

art. 43 del nuevo Código, será la de: promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona.

Junto a eso hay que aclarar que las sentencias que determinen la situación a través de la cual se regulará la persona en situación de discapacidad serán personalísimas debido al grado de maniobrabilidad que se le da al juez para que este sentencie en base a cada caso en concreto, de esta forma el Dr. Seda (2015, p. 05) explica que

...el Código Civil y Comercial otorga un rol discrecional al juez para apreciar situaciones complejas, en este caso referentes a la "extensión" de la restricción que dispone. O sea, la capacidad de ejercicio puede ser desmembrada de una forma distinta para cada individuo.

Así, se busca asegurar que la aplicación de cada caso sea puntual y atienda los problemas de la mejor manera.

Gracias a la implementación de estos nuevos mecanismos establecidos para el desarrollo de las actividades cotidianas y la toma de decisiones por parte de personas con alguna discapacidad se está logrando un mayor respeto a la capacidad propia de los discapacitados. De igual modo, se les reconoce como persona de una manera que antes no se estaba concibiendo, la Dra. Wolkowicz (2013, p. 40) al hablar sobre las nuevas concepciones del Código dice que:

...la regulación de los sistemas de apoyos, y salvaguardias es la garantía del ejercicio de la capacidad concebida como el derecho que le permite al sujeto realizar acuerdos vinculantes, tomar decisiones sobre su propia vida, debe profundizarse entonces, la utilización de estos sistemas de apoyos a través de políticas públicas que propicien su instrumentación...

1.5. Constitucionalización del derecho privado

Toda esta revolución legal estaba siendo impactante, el Derecho Constitucional a través del reconocimiento legal de una serie de Tratados Internacionales estaba generando en algunos casos jurídicos choques considerables puesto que nuestras normativas internas no estaban adecuadas a lo que contemplaban los instrumentos de la comunidad jurídica internacional. Lo que ponía a nuestros jueces en una situación complicada puesto que en muchas oportunidades desconocían cual era el derecho aplicable y de qué manera debían solucionar un problema jurídico.

En algunas oportunidades, se podrían llegar a generar injusticias para los ciudadanos, ya el principio jurídico *in dubio pro hominen* que establece que en caso de duda se beneficia

al débil jurídico de las situaciones, no estaba siendo suficiente, existían demasiadas dudas para que el juez sentenciara, es por ello que nace la idea de hacer el Proyecto de Decreto 191/2011 el cual en su convocatoria decía:

...el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas. En este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos. Que todas estas circunstancias tornan necesario proceder a actualizar y unificar la Legislación Nacional en materia de derecho privado, procurando elaborar una obra que, sin sustituir la legislación especial, contuviera una serie de principios generales ordenadores. Que cabe tener en cuenta los procesos de integración y las codificaciones de la Región, puesto que sería deseable promover cierta armonización en los aspectos fundamentales¹¹.

El Decreto buscaba entonces que el antiguo Código Civil¹² se armonizara a lo que la Constitución contemplaba. Es decir, se quería crear un instrumento jurídico que permitiera la interpretación jurídica constitucional precisa de la normativa de derecho privado, el derecho público quería lograr canalizar al derecho privado, es por eso que vemos que en su artículo 1 prevé:

...los casos que este Código rige deben ser resueltos según las Leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las Leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho¹³.

Se deja abierta la posibilidad de aplicar como fuente directa del derecho a la Constitución, los Tratados Internacionales, la jurisprudencia e inclusive se deja abierta la posibilidad de aplicar usos, prácticas y costumbres cuando la Ley así lo establezca y cuando no sea una aplicación *contra lege*. Lo cual por supuesto afecta al marco jurídico en general puesto que los paradigmas jurídicos tradicionales estaban siendo revertidos de una manera sorpresiva.

¹¹Decreto Nro. 191/2011. Poder Ejecutivo Nacional. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de febrero de 2011.

¹²Ley N° 24.901. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de noviembre de 1997.

¹³Decreto Nro. 191/2011. Poder Ejecutivo Nacional. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de febrero de 2011.

Los esfuerzos para lograr la unificación de los criterios jurídicos no quedaron solo en el Decreto 191/2011 de hecho, los esfuerzos se redoblaron para lograr el objetivo de la unificación en el que es hoy el Código Civil y Comercial de la nación, el Dr. Lorenzetti (2012, p. 17) explicaba en las justificaciones del Anteproyecto lo siguiente:

La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y el derecho privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto, innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema derechos humanos con el derecho privado.

Conclusión

A lo largo del presente capítulo, se analizaron significativos criterios acerca de lo que representa la regulación jurídica vigente para las personas con discapacidad, y de las diferentes instituciones que se involucran en lo atinente al desarrollo de las diversas políticas y planes sociales que han sido confeccionados con la intención de brindar. No sólo un apoyo para el sostenimiento integral de una persona que haya nacido, o eventualmente haya sido afectada por un agente incapacitante. Además, el intenso esfuerzo realizado por la técnica legislativa con la finalidad de obtener resultados que efectivamente garanticen una íntegra adaptación a las exigencias que supone el desenvolvimiento de las relaciones interpersonales en el seno de una sociedad determinada.

En retrospectiva, se ve cómo las corrientes que antes eran claustradas e impenetrables en su rigurosidad acerca de lo que representaba ese antiguo paradigma de la normalidad, han sido cada vez más relegadas y desplazadas por criterios que apuestan más por la pluralidad. Una muestra tangible de ello, han sido las modificaciones introducidas a través de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación¹⁴, y de las consecuencias y repercusiones que han surgido a raíz de tales determinaciones. Todas ellas, traducidas en beneficios sociales para las personas que tengan algún tipo de discapacidad, y lo que verdaderamente es un logro a tales

¹⁴ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

efectos, sin duda es la inclusión de medidas dirigidas a la familia de tales sujetos pues, es allí donde proliferarán las condiciones idóneas para su desarrollo social integral.

Capítulo 2: Fideicomiso Testamentario

Introducción

Desde el inicio de la historia se ha acreditado la existencia de personas con discapacidad, si bien mucho ha costado para llegar a una aceptación, reconocimiento y tutela de este grupo de personas, todavía existen muchos ordenamientos jurídicos que no ofrecen una protección e individualización de las personas con diversidad funcional. Así pues, en los tiempos antiguos se repudiaban este tipo de personas, condenándolas al rechazo social, la exclusión e incluso la muerte.

Hoy en día el panorama es diferente, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación concibe y define en su artículo 2448¹⁵ este tipo de personas, y en materia sucesoria contempla un marco de protección a los herederos con discapacidad consistente en la mejora y el fideicomiso testamentario, siendo estas las únicas formas que admiten la flexibilización al sistema de legítimas. Con el desarrollo de la investigación se buscará ahondar en el acto jurídico del fideicomiso testamentario, sus elementos objetivos y subjetivos, su contenido, forma, plazo, finalidad, funcionamiento para entender el alcance de dicha figura testamentaria. Asimismo, se analizará si se debe afectar o no las porciones legítimas, en el marco de un fideicomiso testamentario, a los fines de proteger a un familiar con discapacidad.

2.1. Contrato de fideicomiso

Este concepto tiene diversos enfoques, pero a los efectos de la presente investigación se enfocará en la definición que brinda el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1966¹⁶ donde enmarca esta figura en la dimensión del derecho contractual. Se establece como una forma de constitución mediante “acto entre vivos” o como acto de “última voluntad”. En ambas modalidades una de las características esenciales es la bilateralidad por cuanto se generan recíprocas obligaciones entre las partes intervinientes.

El fideicomiso es un contrato consensual, se concluye y surte efectos con el solo consentimiento de las partes, salvo aquellos casos de formalidad *ad solemnitatem* como

¹⁵ Artículo 2448 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

¹⁶ Artículo 1966 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

indican los artículos 957 y 971 Código Civil y Comercial¹⁷. A estos efectos resulta obvio que se requiera la aceptación de la otra parte denominado fiduciario como prueba del consentimiento en el artículo 971 Código Civil y Comercial¹⁸. Esta característica es determinante puesto que el fideicomiso queda diferenciado de los denominados contratos reales, los cuales requieren para su perfeccionamiento la tradición de la cosa.

Del mismo modo, el Fideicomiso es un contrato que lleva consigo una estipulación a favor de tercero que forma parte en la relación contractual, tal circunstancia se regula por lo contemplado en los artículos 1027-1028 del Código Civil y Comercial¹⁹. Ahora es menester definir el contrato de fideicomiso testamentario, el cual según la doctrina es

...aquel en que una persona, mediante un acto de última voluntad libremente expresado, dispone que para después de su muerte se atribuya o afecte patrimonialmente a un heredero o a un tercero hasta el cumplimiento de un plazo o condición, con la obligación posterior de transmitir los bienes fideicomitidos o acrecidos o su remanente a un heredero, forzoso o no, o a un tercero (Lisoprawski, 2010, 16).

En tal sentido, se detalla que:

Los fideicomisos testamentarios permiten designar al fiduciario para que, a la muerte del causante, reciba todo o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos a ciertas finalidades, en beneficio de una o más personas. Decimos todo o parte pues, además de la voluntad del causante, como se verá más adelante, debe respetarse la porción legítima de los herederos forzosos. Al concluir el fideicomiso, los bienes deben ser transmitidos a quien se hubiese designado en el testamento, o bien a quien supletoriamente indique la Ley (Kiper y Lisoprawski, 2015, p. 01).

Así, se puede concluir que el fideicomiso testamentario es una forma de disponer de los bienes propios, siempre que se respete la porción legítima de los herederos forzosos. Al respecto, debe tenerse en cuenta que:

En todos los casos en que se afectara la porción legítima de los herederos forzosos, o se viera afectada la igualdad entre ellos en el sucesorio del causante-fiduciante, las acciones que los herederos tienen en su favor son la acción de colación, la acción de reducción (y complemento), de preterición de heredero

¹⁷ Artículos 957 y 971 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

¹⁸ Artículo 971 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

¹⁹ Artículos 1027 y 1028 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

legitimario, de rescisión de la partición y la acción de nulidad (Berbere y Merlo, 2012).

Sin embargo, como se verá más adelante, en caso de que un familiar heredero tenga alguna discapacidad, correspondería la afectación de la porción legítima en pos de su protección.

2.1.1. Contenido, objeto y forma del contrato de fideicomiso testamentario

La Ley es clara al disponer en el artículo 1699 del Código Civil y Comercial²⁰ que el testamento debe contener por lo menos las enunciaciones plasmadas en el artículo 1667²¹, es decir, señala el contenido básico o mínimo que debe contener el documento testamentario, quedando abierta la posibilidad a estipulaciones adicionales. El segundo párrafo del artículo *supra* citado infiere que las disposiciones previstas para el fideicomiso son aplicables tanto para el contractual como para el testamentario.

El referido artículo 1667 exige que en el contrato —aplicable por remisión al testamento— se individualicen los bienes o, en su defecto, la descripción de los requisitos que deberán reunir; la determinación del modo en que otros bienes podrán ingresar al fideicomiso; el plazo o condición al que se subordina el fideicomiso; la identificación del beneficiario y del fideicomisario; el destino final de los bienes; y los derechos y obligaciones del fiduciario, así como el modo de sustituirlo.

La remisión es incompleta ya que surge de otras normas la necesidad de expresar el testamento el "fin" del fideicomiso, pues los derechos y obligaciones del fiduciario deben ajustarse al fin perseguido en el encargo. En cuanto al destino final de los bienes, será adjudicatario quien haya sido designado en el testamento. En caso de que no llegue a existir, no acepte, o habiéndolo hecho renuncie, entra a jugar el sistema de reemplazos previsto en el Código Civil y Comercial. A nuestro juicio, en ningún supuesto los bienes pueden quedar en poder del fiduciario al extinguirse el fideicomiso (art. 1676, CCyC) (Kiper y Lisoprawski, 2015, p. 01).

Del objeto del contrato funge la regla general que reza que todos los bienes son susceptibles de ser objeto de fideicomiso siempre que estén dentro del comercio, incluyendo la universalidad de bienes, la cosa ajena y los bienes futuros. Como bien es sabido, en el derecho ninguna regla es absoluta, en este caso constituye la excepción aquellos bienes que por disposición legal expresa no pueden enajenarse o transmitirse.

²⁰ Artículo 1699 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

²¹ Artículo 1667 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

En efecto, dice el art.1670 que "pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras"; y el art. 2493 que "el testador puede disponer un fideicomiso 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 8º Capítulo 30, Título IV del Libro III (...)". Por su parte, el art. 1700, CCyC, dispone que "es inválido el fideicomiso constituido con el fin de que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitado para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura". Claramente se prohíbe la sustitución fideicomisaria, lo que confirma la idea de que la prohibición de esta figura no debe implicar, necesariamente, ni la prohibición de fideicomisos testamentarios, ni la de la transmisión de universalidades. La referida prohibición se reitera en los arts. 1972 y 2491, CCyC) (Kiper y Lisoprawski, 2015, p. 16).

En referencia a la forma que rige el contrato se ha mencionado que es un contrato consensual, diferenciándose de los contratos reales y de los contratos formales. En cuanto al medio de celebración, la Ley dispone mediante instrumento público o privado, salvo aquellos bienes que por su naturaleza deba realizarse por instrumento público.

Puede otorgarse por instrumento privado, sin perjuicio de que cada adquisición se efectúe según las formalidades indispensables para la válida transmisión de la propiedad fiduciaria que —por supuesto— puede ser posterior a la fecha de celebración o constitución del Fideicomiso. Reiteramos que el dominio fiduciario es una de las variantes posibles que puede resultar de la utilización de negocios fiduciarios. Estos últimos están configurados por la relación contractual, mientras que el dominio fiduciario es el derecho real que surge de aquélla, pero no todo negocio fiduciario tiene por fin constituir un dominio fiduciario (Lisoprawski, 2015).

2.1.2. Partes intervinientes en el contrato

Toda relación contractual se compone de la manifestación de voluntad de dos o más personas. Por lo cual, un contrato supone la intervención de partes, las cuales buscan constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico. En este sentido en el contrato de fideicomiso testamentario los sujetos involucrados la Ley los denomina como “el beneficiario”, “fideicomisario” y por último el “fiduciario”.

2.1.2.1. El beneficiario

Es la persona natural o jurídica en cuyo favor se estipula los beneficios del fideicomiso, es decir, de la gestión fiduciaria. El beneficiario es aquel que debe aceptar o

renunciar expresamente al fideicomiso. Asimismo, en el contrato se puede identificar quien será el beneficiario o puede ser beneficiario futuro, pudiendo designarse varios sujetos que se favorecieran por igual. A la luz del artículo 1671 del Código Civil y Comercial, se reconoce que la figura del fiduciario puede ser a su vez beneficiario existiendo una duplicidad de roles.

En caso de ausencia de Beneficiario y de Fideicomisario —debida a la no aceptación, renuncia o inexistencia— el citado artículo deja claro que el Beneficiario será el Fiduciante, salvo convención en contrario. Entendemos que en caso de revocación (art. 1697, inc. b, del Código Civil y Comercial), si nada hubiera sido previsto convencionalmente, es el Fiduciante el que readquiere los bienes.

Igual que en el régimen anterior, se admite la transmisión —por actos intervivos o por causa de muerte— del derecho de Beneficiario, salvo convención en contrario²².

2.1.2.2. El fideicomisario

Si bien en la mayoría de las normativas latinoamericanas las figuras del beneficiario y del fideicomisario son acogidas como sinónimos, en el derecho argentino se plantean unas diferencias, a saber, el fideicomisario se constituye como el “destinatario final” del patrimonio fiduciario, de los bienes fideicometidos. Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial en el artículo 1671²³ se pone fin a la diferenciación entre ambas figuras al disponerse “el envío a favor del Fideicomisario de los derechos que prevé para el Beneficiario” por lo cual se desvirtúa la distinción entre una y otra unificando los derechos que adquieren.

2.1.2.3. El fiduciario

Es la persona natural o jurídica, entidades financieras en los casos de fideicomiso financiero, quien recibe la propiedad de los bienes fiduciarios que se le transfieren mediante la relación contractual del fideicomiso. Se destaca que el fiduciario, es la parte cuya obligación asumida consiste en la de administrar o gestionar los bienes fideicometidos.

²²Artículo 1671 Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

²³Artículo 1671 Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

2.1.2.4. Naturaleza del derecho del fiduciario, del fideicomisario y del beneficiario

Es imperante destacar la situación jurídica de cada parte interviniente en el contrato de Fideicomiso, iniciando por la figura del fiduciario entendida como aquel que recibe la propiedad fiduciaria de los bienes por el plazo de duración del fideicomiso (derecho sometido a plazo o condición resolutoria). Asimismo, se destaca que el artículo 2493 del Código Civil y Comercial destaca que "el testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario"²⁴. En consecuencia, el fiduciario puede ser heredero o legatario conforme a lo estipulado en el artículo 2278 del Código Civil y Comercial:

La constitución del patrimonio fideicomitado tiene por finalidad atender los intereses del beneficiario o del fideicomisario, pero no los del fiduciario, quien por supuesto detraerá de ese patrimonio fideicomitado lo que ha de devengar en concepto de fiduciario. Se trata, para el fideicomisario, de una sucesión interpósita persona, en la que esa persona interpuesta es precisamente el fiduciario. Agrega que "el fiduciario adquiere un patrimonio de afectación, previa liquidación de las deudas del causante y de la herencia, de tal manera que será necesaria la satisfacción de estas, en tanto los acreedores pudieran ejercitar la acción revocatoria o pauliana, si logran demostrar que con la constitución del fideicomiso se defraudan sus derechos crediticios. El fiduciario en todo caso adquiere un activo líquido, cuyo destino esencial será la administración y explotación para obtener rendimiento. Ergo, no actúa en calidad de heredero, ni de legatario, no hay sucesión *mortis causa* en el sentido en que tradicionalmente se ha entendido al sucesor"²⁵.

En cuanto al fideicomisario se constituye como heredero forzoso en virtud de la transmisión de la porción disponible que realiza el fiduciante, este tiene su derecho sometido a una condición suspensiva en la cual al cumplirse adquiere el derecho, de acuerdo a lo previsto en los artículos 2280 y 2496 del Código Civil y Comercial²⁶.

...en los fideicomisos propiamente dichos el fenómeno sucesorio comienza en el *de cuius* y concluye en el fideicomisario en una trayectoria compleja en la cual el fiduciario se inserta como un mediador, en unos u otros términos más o menos complejos (Kiper y Lisoprawski, 2015, p. 17).

²⁴ Artículo 2493 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

²⁵ Artículo 2278 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

²⁶ Artículos 2280 y 2496 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

Por último, el beneficiario es aquel que tiene un derecho personal consistente en que la figura del fiduciario cumpla con las prestaciones periódicas de dinero a su favor, o bien un legatario de frutos.

2.2. Fideicomiso testamentario y la protección a las personas con discapacidad

Ahora bien, sobrevenida la muerte de una persona surge la labor de verificar si dentro de las personas a quien tenía a su cargo, protección o tutela, existe una persona con discapacidad. Ello es así en razón de la vulnerabilidad, del estado de susceptibilidad o fragilidad de las personas con diversidad funcional en torno a su faz social, educacional, familiar o laboral.

En virtud de tal circunstancia la Ley prevé una serie de figuras, entre ellas la del fideicomiso, bien como acto entre vivos o *mortis causa*, como medio de protección de personas con discapacidad que sufren de una dependencia económica en la persona del causante. Por lo cual se pretende la rentabilización del patrimonio en una persona con pericia que adquiera la administración del fideicomiso consistente en un proceso en el cual los frutos que rinda el patrimonio reporten una ganancia o utilidad al beneficiario con discapacidad permitiéndole una renta estable en atención a no tener el medio para procurarse sustento.

Orlandi, en el contexto argentino, cita ejemplos en los que la constitución de un fideicomiso por testamento se convierte en una verdadera herramienta de protección al interés familiar, así v.gr., si el causante no tuviere legitimarios y deseara beneficiar a menores de edad, por temor a que sus padres disfruten del usufructo de los bienes que quisiera atribuirles a título de herencia o de legado, al poder estos últimos mal administrarlos o, eventualmente, poner en peligro el capital de los menores, una fórmula atinada lo fuera constituir fideicomiso para que el fiduciario conservare los bienes y los entregare a los menores cuando hubieren cumplido la mayoría de edad. Presupuesto que también puede operar a favor de personas con discapacidad o pródigos, por citar algunos ejemplos. En fin, que la posibilidad de emplear el fideicomiso como un instrumento útil para la administración y rentabilidad del patrimonio de personas que en razón de su discapacidad o minoridad no lo pueden hacer óptimamente, "conforma una alternativa válida y eficaz. Aumenta su potencial, la certeza de que ese patrimonio se preserve evitando la agresión de terceros y a la vez la oportunidad de transferir el dominio fiduciario a los herederos testamentarios del fiduciante (Pérez, 2011, p. 23).

Los casos de protección a una persona que por sus condiciones únicas y especiales requieren una tutela y protección superior por parte del Estado se constituyen como una excepción a la intangibilidad de la institución de la legítima. Esta última no puede

contraponerse al amparo de las personas con discapacidad o al interés superior de los menores de edad.

Precisamente la doctrina argentina, que ha intentado buscar fórmulas de escape a las rígidas normas protectoras de la legítima a partir de una interpretación lata de la Ley que regula el fideicomiso, sustenta "que cuando el fideicomiso tiende a proteger a un heredero forzoso incapaz o a toda la familia, y comprende bienes hereditarios que afectan la legítima, los herederos forzosos lesionados deberán soportar esta restricción, aunque el causante hubiese establecido el plazo máximo de duración (treinta años), o la condición resolutoria de que el incapaz fallezca o cese su incapacidad, pues se trata de una excepción más a la intangibilidad de la legítima, tal como en los casos del bien de familia o del derecho real de habitación del cónyuge supérstite (Pérez, 2011, p. 23).

2.2.1. Aspectos contractuales en el fideicomiso testamentario

Como todo contrato se debe determinar cuáles son los roles contractuales y los aspectos que surgen de la participación de cada sujeto interviniente. Iniciando por el fiduciante como la persona que tiene a su cargo establecer quienes serán aquellos sujetos que participarán en el contrato de fideicomiso. Es decir, beneficiario, fiduciario y fideicomisario, y quien a su vez deberá identificar en el objeto que bienes constituirán el patrimonio fideicomitado estipulando los lineamientos de la gestión y disposición de los mismos.

En una segunda definición de roles el fiduciario será aquel quien recibe los bienes fiduciarios al fallecimiento del testador procurando dar cumplimiento a las pautas establecidas por el fiduciante.

No existen óbices de que el fiduciario sea un heredero, pero en estos casos sería menester prever la forma de sustitución del fiduciario (o la designación de un suplente no heredero). Ello así porque el fiduciario no podría, a la vez, adquirir para sí los bienes fideicomitados.

El fideicomiso se podrá constituir con cualquier tipo de bienes y se requiere que se consigne la descripción de los requisitos y características de los bienes. Puede ser la herencia (o parte de ella) o algunos bienes particulares (siempre que sean determinables). La obligación del fiduciario no difiere de la asumida en otros fideicomisos. Por ello no sólo debe administrar los bienes con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, sino que debe rendir cuentas al beneficiario al menos una vez al año. Las normas fiscales establecen, asimismo, la responsabilidad fiscal solidaria por los tributos del fideicomiso

La función podrá ser gratuita u onerosa y en este último caso podrá pactarse o no la retribución por su labor de fiduciario. Si no se hubiere pactado expresamente se presume onerosa y por ello, la fijará el tribunal en función de las especiales circunstancias de cada caso.

El fiduciario no es un sucesor *mortis causa* del fiduciante, sino que sólo debe administrar los bienes por cuenta y orden de los beneficiarios. Dicha transmisión se produce en función del fallecimiento del fiduciante, pero no es definitiva, sino temporal (en función de lo pactado en el fideicomiso testamentario). Además, la renuncia o muerte del fiduciario no afecta el fideicomiso testamentario que deberá ser llevado a cabo por el sustituto (o de la forma establecida por el fiduciante) (Molina, 2014, p. 14).

Por último, el rol de los beneficiarios consiste en aceptar o renunciar los beneficios o rentabilidad que genere el contrato de fideicomiso, pudiendo designarse más de un beneficiario, beneficiarios sustitutos o beneficiarios futuros.

2.2.2. Plazo contractual del fideicomiso testamentario

La fuente por excelencia para prever los plazos es la Ley, el legislador toma en cuenta una serie de factores bien sean sociológicos, económicos, políticos, los cuales luego de la prescripción o caducidad del lapso, según el caso, se extingue el derecho por su no ejercicio. En este sentido, el Código²⁷ estipula para el fideicomiso un plazo máximo legal de treinta años a contar desde el momento de la muerte del fiduciante. A fin de proteger a las personas con diversidad funcional la Ley contempla que dicho lapso puede modificarse ampliándose o reduciéndose por diez años considerando la institución de la legítima y las repercusiones que puede acarrear el plazo máximo que señala la Ley.

Teniendo en cuenta el orden público sucesorio y la necesidad de proteger la legítima de los herederos forzosos, y al ser evidente que un plazo tan prolongado lesiona la legítima, pensamos que si el testador excedió la porción disponible el heredero tiene derecho a pedir que se reduzca el término del fideicomiso a un límite compatible con el respeto a aquélla, esto es diez años.

Se puede invocar, en auxilio de esta interpretación, el art. 1972, CCyC., que dispone que los actos a título gratuito no podrán establecer prohibiciones de enajenar con un plazo mayor a diez años, los arts 2000 y 2231, que permiten a los condóminos o coherederos pactar la indivisión por dicho plazo; el 2288 que señala ese plazo para ejercer la opción de aceptar la herencia; y especialmente el art. 2230 que le permite al testador imponer a sus herederos, aún legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo que no exceda de diez años. También el art. 2232, CCyC contempla el caso del cónyuge que en determinadas circunstancias puede oponerse a la partición de ciertos bienes y conseguir que se mantenga la indivisión por diez años.

Por lo tanto, entendemos que, si bien la constitución del fideicomiso debe respetar la legítima de los herederos forzosos, ésta no se vería afectada en aquellos casos

²⁷ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

en los que el causante excediera su porción disponible, en tanto el fideicomiso no supere los diez años de duración (Kiper y Lisoprawski, 2015, p. 17).

Sin embargo, es menester señalar que:

En el fideicomiso, el dueño de los bienes los asigna a un administrador, que se encargará de la gestión de las propiedades según las reglas y condiciones que dispuso el propietario. Si el creador del fideicomiso fallece, el administrador se encarga de ejecutar su deseo, que puede ser simplemente repartir los bienes entre los herederos -como en una sucesión tradicional- o continuar con la administración en el fideicomiso y distribuir las ganancias entre los herederos luego de una cantidad de años. En caso de que los herederos sean menores de edad, por ejemplo, puede establecer que el administrador continúe con el fideicomiso hasta que todos los hijos cumplan la mayoría de edad (Boufflet, 2012, p.5).

De esta manera, puede decirse que si bien existe un plazo máximo para la constitución de un fideicomiso, que es de 30 años, el mismo encontrará sujeta su existencia a lo decidido por quien constituye el fideicomiso testamentario, quien evaluará cuál es el mejor plazo para constituirlo.

2.2.3. Revocabilidad

En el caso del fideicomiso contractual la Ley dispone expresamente que puede revocarse, como medio de extinción de este, solo si el fiduciante se ha reservado de forma expresa dicha facultad, es decir, la regla general que priva esta figura es la irrevocabilidad. A su vez, el fideicomiso contractual supone la eficacia desde su origen por ello la Ley es sabia al señalar que la revocación no puede tener efectos retroactivos en aras de amparar los derechos previamente adquiridos por los sujetos intervinientes en la relación contractual (Boufflet, 2012).

Caso contrario sucede en el fideicomiso testamentario, el cual una de sus características fundamentales es la posibilidad de revocación por parte del testador, concibiéndose como una facultad irrenunciable e irrestringible a la luz del artículo 2511 del Código Civil y Comercial²⁸. Del mismo modo, en cuanto a la retroactividad la revocación del testamento realizada por el testador imposibilita su eficacia, consecuentemente no se ha perfeccionado, ni por ende constituido el fideicomiso (Boufflet, 2012).

²⁸ Artículo 2511 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

Cabe señalar que podrían existir dos supuestos, el primero es que el fiduciante antes de su muerte se haya reservado la facultad de revocar el fideicomiso, o posterior a su muerte lo hagan sus herederos. En un segundo supuesto que no exista reserva alguna, caso en el cual en virtud del artículo *supra* mencionado nada obsta a que revoque hasta el día de su muerte, por tratarse de una facultad cuya restricción quedaría sin efectos.

El panorama se complica si el fiduciario fue instituido por medio de un legado, ya que éste puede ser revocado aun después de la muerte del testador, en caso de inejecución de los cargos impuestos al legatario cuando ellos han sido la causa final del legado y por la ingratitud del legatario (art. 2520, CCyC). No obstante, si no hubo reserva expresa en el acto constitutivo, pensamos que estas disposiciones son inaplicables al fiduciario legatario, y que los herederos del fiduciante no pueden revocar el legado. La inejecución de los cargos implica el incumplimiento de las obligaciones del fideicomiso, para lo cual el Código ha previsto otro remedio, cual es la remoción del fiduciario y su reemplazo por otro, sin necesidad de extinguir el fideicomiso (arts. 1678, inc. a], y 1679). En cuanto a la ingratitud, no parece que el fiduciario le deba gratitud al fiduciante a la manera de un legatario, dado que este último se beneficia con una liberalidad, mientras que el primero atiende una gestión en beneficio de otros, normalmente remunerada. Ello, claro está, no justifica que el fiduciario tenga una conducta indigna o irrespetuosa, pero en tal caso la solución debe ser también su remoción, especialmente por no ser merecedor de confianza (arg. art. 1674, CCyC). Además de la remoción judicial del fiduciario por la inejecución total o parcial de las obligaciones a su cargo, podrá también ser demandado por los daños y perjuicios que ocasione su conducta (Kiper y Lisoprawski, 2015, p. 20).

2.2.4. Bienes incluidos

Sobre este punto se requiere hacer varias acotaciones, iniciando por mencionar que el fideicomiso es un contrato consensual, es decir, se perfecciona con el consentimiento de ambas partes requiriéndose la aceptación por parte del fiduciario. Asimismo, se trata de un acto jurídico que tiene por objeto disponer mediante testamento la asignación de unos bienes dejados por el causante confiriéndole una finalidad determinada por él en el fideicomiso.

En razón de ello la persona llamada por testamento como “heredera o legataria fiduciaria” se limita conforme al Código Civil y Comercial²⁹ a aceptar o repudiar la herencia o el legado, según el caso. Como el fideicomiso testamentario ya se encuentra constituido no se requieren formalidades adicionales, ni su contenido puede modificarse o dejar sin efectos lo estipulado por el testador como acto de última voluntad. Todo de conformidad con los

²⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

basamentos que instruyen las sucesiones, específicamente el testamento, como un acto unilateral, personalísimo y autosuficiente.

En este punto, y con respaldo en la mayoría de la doctrina, se ha señalado que el art. 4º, inc. a), de Ley 24.441, dice que el contrato deberá contener "la individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes". Esto implica, en síntesis, que el dominio fiduciario puede recaer sobre bienes determinados o determinables.

Aplicando el precepto a los fideicomisos testamentarios, resulta que el testador no puede constituir el fideicomiso sobre todos sus bienes ni sobre una parte alícuota de ellos. Es decir, el fiduciario no puede ser heredero, que es quien recibe la universalidad de los bienes (art. 3717). Ni tampoco legatario de cuota, que es quien recibe una parte alícuota de esa universalidad (art. 3719). Dicho, en otros términos, el fiduciario no podrá ser un sucesor universal, sino un legatario particular de bienes determinados. La individualización de los bienes en el fideicomiso testamentario hay que coordinarla con las normas pertinentes del derecho sucesorio; así, las cosas o derechos necesitan: (i) ser propiedad del testador (art. 3752, parte 1ª); (ii) deben ser determinadas o determinables. La importancia de la individualización surge del carácter de patrimonio separado de los bienes fideicomitidos, que hacen necesaria una perfecta individualización para evitar la confusión con los bienes particulares del fiduciario (Molina, 2014, p. 15).

2.2.5. Proceso sucesorio

Para el fideicomiso testamentario se debe dar cumplimiento a un proceso sucesorio que tiene como fin último la aprobación del testamento, el inventario de bienes, su avalúo y su posterior partición. Para dar inicio a este proceso se requieren aquellas personas con cualidad y legitimidad, en este sentido se consideran legitimados el fiduciario, el beneficiario y el fideicomisario.

Aquellos legitimados son los que deben tramitar el proceso sucesorio consistente en varias etapas que deben agotarse para poder adjudicar al fiduciario (sucesor) los bienes fideicomitidos que han sido objetos del fideicomiso y finalmente dar inicio al negocio jurídico delimitado por el testador. Este proceso tiene dentro de sus objetivos identificar a los sucesores, determinar el contenido de la herencia, entregar los bienes, entre otros, conforme a los artículos 2335-2362 del Código Civil y Comercial³⁰.

³⁰ Artículos 2335 - 2362 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

Caso que conlleva más trascendencia cuando se trata de un sucesor con discapacidad en virtud de ello es necesario que se cumpla tal proceso sucesorio adicionándosele otros lineamientos propios de la particularidad que integran al supuesto fáctico.

2.3. Funcionamiento, finalidad y elementos del fideicomiso testamentario

Como se ha dicho en el desarrollo de la investigación el fideicomiso testamentario opera cuando una persona denominada fiduciante mediante testamento transmite la propiedad “fiduciaria” de un conjunto de bienes en cargo del denominado “fiduciario”. Dicho fiduciario, es quien mediante el acto jurídico adquiere la obligación de ejercer dicha propiedad fiduciaria a favor del designado beneficiario en el testamento y posterior al cumplimiento de una condición “transmitírsela”.

En atención a ello su finalidad es evitar el derroche, despilfarro, dilapidación o mala gestión por parte de herederos que no tengan idoneidad para administrar los bienes dejados por el fiduciante. Tal es el caso del heredero con discapacidad, por ello esta figura funge como un medio de protección a aquellas personas dependientes del causante y que no tengan los medios para valerse a sí mismos. También al fideicomiso testamentario se le han concedido fines de ayuda social, religiosa, cultural.

El fideicomiso tiene elementos objetivos que corresponden al acto jurídico propiamente dicho y elementos subjetivos que alude a las partes intervinientes, a saber:

En los primeros resaltan las características que integran al testamento, su naturaleza, objeto, forma. En cuanto a las formas prevé la Ley que puede ser acto público o cerrado, testamento ológrafo, testamentos especiales, cuyos efectos surtirán luego de la muerte del fiduciante. El objeto del fideicomiso testamentario, el Código Civil y Comercial³¹, establece que se tratan de los bienes fideicometidos que pueden ser determinados o determinables.

Dichos bienes, producida la muerte del testador y aceptado que sea el cargo por el fiduciario, pasan a constituir un patrimonio de afectación, autónomo y separado denominado dominio fiduciario. Este dominio fiduciario se encuentra separado del patrimonio del causante o, mejor dicho, del caudal relicto; y separado también del patrimonio general del fiduciario. En consecuencia, los bienes fideicometidos no pueden, en principio, ser agredidos ni por los acreedores particulares del testador (salvo fraude), ni por los del fiduciario; sino solamente por los acreedores cuyas acreencias tengan su causa en el funcionamiento del fideicomiso, conforme las pautas que establece la propia Ley. Los acreedores del beneficiario podrán

³¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en los derechos del beneficiario.

El dominio fiduciario es un dominio imperfecto originado en un negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa*. Su imperfección deriva de dos limitaciones inherentes a su naturaleza: Por un lado: su falta de perpetuidad, atento a que tal dominio está sujeto a durar hasta el cumplimiento del plazo o condición resolutorios. El plazo o la condición a que se sujeta el dominio fiduciario nunca podrá durar más de 30 años, salvo que el beneficiario fuera un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad. Cumplido el plazo o acaecido el hecho condicionante, el dominio fiduciario se extingue y nace la obligación del fiduciario de entregar al fideicomisario los bienes fideicomitidos, cumpliendo con el régimen de transmisión conforme la naturaleza del bien respectivo.

Nunca la condición a la que se sujeta la condición resolutoria del fideicomiso testamentario puede ser la muerte del fiduciario, en tanto incurriríamos en la institución prohibida de la sustitución fiduciario (Moyano, 2010, p. 54).

El fideicomiso testamentario puede tener dos modalidades, la primera es la de “conservación” que funciona como un usufructo, en el cual el fiduciario acepta los bienes fideicomitidos. Puede servirse en provecho propio de los mismos por el tiempo de vigencia del fideicomiso, posterior a su finalización deberá entregar los bienes al fideicomisario.

Y una segunda modalidad, es la de “administración” en esta se contemplan dos obligaciones por parte del fiduciario, la primera es entregar los bienes fideicomitidos luego de cumplido el plazo o condición y la segunda es administrar dichos bienes a favor del designado como beneficiario por parte del testador. En cuanto a los elementos subjetivos referidos a los sujetos intervinientes se tiene al fiduciante o testador, el fiduciario, el beneficiario y el fideicomisario.

El primero es la persona que otorga mediante acto jurídico del testamento, disponiendo sobre la cuestión de sus bienes para después de su muerte. Específicamente, transmite el dominio de los bienes fideicomitidos a la persona del fiduciario el cual deberá atenerse a los parámetros y lineamientos señalados en el acto de última voluntad del fiduciante.

El fiduciario es la persona física o jurídica a quien se le transmite *mortis causa* la propiedad fiduciaria de los bienes objeto del fideicomiso testamentario con el fin de conservar o administrar los bienes fideicomitidos, a favor del fideicomisario o de éste y el beneficiario (según haya sido la voluntad del testador fiduciante), hasta el cumplimiento del plazo o condición resolutorios.

El fiduciario es un legatario particular (gravado con un cargo cuyo contenido y extensión variará en cada caso, según sea la voluntad del fiduciante testador. El

fiduciario testamentario, como tal o en su calidad de tal, es un legatario, nunca un heredero, ni siquiera un heredero instituido en cosa cierta; ello sin perjuicio de que además este legatario pueda ser heredero del testador, caso en el cual el fideicomiso testamentario constituirá un prelegado. En nuestro derecho no es admisible la institución de heredero bajo condición o plazos resolutorios; en razón del principio *semel heres semper heres* o carácter indeleble de la calidad de heredero.

Además, no se verifica en el fiduciario el fenómeno sucesorio sustancial, es decir que: de ninguna manera subentra en posición jurídica que ocupaba el causante respecto de los bienes fideicomitidos. En consecuencia, es un mero adquirente particular *mortis causa* y con carácter fiduciario, no tiene la posesión hereditaria, ni sobre él pesa el riesgo potencial de llegar a responder *ultra vires hereditatis* (Moyano, 2010, p. 54).

La figura del fiduciario debe cumplir con una serie de obligaciones, entre ellas rendir cuentas de su administración o gestión al beneficiario designado por el testador. También podría imputársele por casos de culpa o dolo en su gestión, así como por incumplir la prohibición de adquisición de los bienes fideicomitidos esto es así ya que se parte que su administración debe ser la de un buen padre de familia.

En referencia al beneficiario es entendido como la persona (natural o jurídica) en cuyo favor el fiduciario administra los bienes fideicomitidos por la carga u obligación adquirida con el fiduciante. Puede existir o no para el momento del fideicomiso. En caso de ser beneficiario futuro se deberán especificar en el otorgamiento las características que hagan posible su posterior y futura individualización (Moyano, 2010).

La obligación legal impuesta a esta figura es aceptar expresamente el beneficio estipulado a su favor luego del momento de la muerte del fiduciante. Esta figura no constituye un heredero, sino un mero beneficiario de lo estipulado por el testador, del mismo modo no es necesaria su estipulación para que el fideicomiso surta sus efectos. Por último:

... el fideicomisario es la persona física o jurídica (que puede coincidir en la persona del beneficiario) a quien el fiduciario debe entregar los bienes fideicomitidos una vez cumplidos el plazo o la condición a los que el fiduciante-testador sujetó el fideicomiso testamentario. El fideicomisario es un legatario particular, que al cumplimiento del plazo o la condición adquiere el dominio pleno de los bienes fideicomitidos. Obviamente que debe aceptar el legado establecido a su favor con posterioridad a la muerte del testador (Moyano, 2010, p. 55).

Cumplidos la condición o el plazo se entiende que el dominio pleno de los bienes fideicomitidos pasa recta vía del testador-fiduciante al fideicomisario-legatario, desde el

momento mismo de la muerte del causante. En cambio, el fideicomisario recibe una propiedad plena y perfecta sobre tales bienes, en tanto tal derecho de propiedad lo recibe recta vía del testador. Sostener lo contrario, es decir, que el dominio lo transmite el fiduciario, haría contradecir lo dispuesto por el principio legal de que nadie puede transmitir mejor derecho del que tiene.

De tal manera, se presenta una sucesión particular directa, sin mediación de herederos ni del legatario-fiduciario. Por eso la cosa legada se la separa —en cuanto a su titularidad— del cuerpo general de la herencia. En consecuencia, el fideicomisario titulariza: a) la acción por reclamación del legado, que corresponde a la *actio ex testamento* del derecho romano y es de carácter personal; b) la acción reivindicatoria, puesto que, cumplido el plazo o la condición, es dueño de la cosa desde el momento de la muerte del causante; y c) la acción de daños y perjuicios cuando la cosa se pierda o deteriore, estando en poder del fiduciario. No aceptado el legado por el designado fideicomisario o fracasada o frustrada la condición, el legatario-fiduciario no adquiere los bienes fideicomitados, sino que debe entregarlos a los herederos del testador, si los hubiere; o, en caso contrario, debe procederse conforme a lo dispuesto para las herencias vacantes.

2.3.1. Flexibilización del sistema de legítimas a favor de las personas con discapacidad

Sobre este punto, es necesario destacar que las instituciones como el fideicomiso testamentario y la mejora a favor del heredero con discapacidad, en virtud de su naturaleza protectora de aquellas personas en condición de vulnerabilidad incrementada con la muerte de la persona que estaba a su cargo y tutela, permiten una flexibilización al rígido sistema de legítimas. El Código antiguo³² preveía una serie de normas de orden público en aras de tutelar el interés familiar, la imperatividad abarcaba el sistema de legítimas en el cual los herederos debían obtener su porción legítima sin más limitaciones ni condiciones. Asimismo, no contenía ninguna norma que buscara amparar o brindar un marco de protección a las personas con discapacidad.

Luego en referencia al fideicomiso contractual y testamentario se señalaba que si existían herederos legitimarios con derecho a la legítima no podía afectarse la misma por disposiciones testamentarias del fideicomiso, dado que esta era de orden público y no podía

³² Ley N° 24.901. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de noviembre de 1997.

vulnerarse. Se superó dicho criterio afirmándose que en los casos de herederos con discapacidad se puede constituir fideicomiso testamentario en su favor, afectándose la legítima de los herederos forzosos en pos de aquellos con diversidad funcional que sean también herederos (Moyano, 2010).

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación³³ se flexibilizó el rígido e imperativo sistema permitiendo al testador la potestad de flexibilizar la intangibilidad de la legítima, mediante la disposición de la porción disponible de un tercio de la cuota reservada a los herederos a fin de mejorar en favor de los descendientes o ascendientes con diversidad funcional “discapacidad”. Ello, en aras de la solidaridad familiar y a los fines de proteger a las personas más débiles de la familia, máxime si dependen de la persona que ha fallecido, y constituyó previamente el fideicomiso testamentario.

Si existen herederos forzosos, el fideicomiso sólo podrá ser constituido sobre la porción disponible sin afectar la legítima de aquellos, en tanto no medien justas causas de desheredación. Dispone el artículo 2493 del CCyC que "La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el artículo 2448".

En el caso en que se hubiese constituido un legado de cuota o de bienes determinados, cuyo valor superase la porción disponible, los herederos pueden demandar la reducción del legado (arts. 2386, 2447, 2449, 2452 y 2453 y ccde., CCyC.).

Por intangibilidad de las legítimas se entiende no sólo la prohibición de privar de ellas a los legitimarios o de reducir sus proporciones, sino también la de afectarlas, comprometerlas o supeditarlas a plazos, condiciones, designación de administrador, etc. Dice el art. 2447, CCyC que "el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas".

No se puede afectar la legítima de los herederos forzosos postergando su derecho hasta la finalización del fideicomiso. Al ser así, el testador deberá compatibilizar su voluntad con las reglas imperativas del derecho sucesorio. El testador (fiduciante) podría, mediante un fideicomiso testamentario, imponer la indivisión hereditaria de los bienes fideicomitados durante treinta años, lo que —obviamente— iría contra las normas de derecho sucesorio. Los herederos forzosos designados como fideicomisarios podrían cuestionar el fideicomiso. Durante el plazo de treinta años —o mayor si el beneficiario es incapaz— los herederos no podrán recibir los bienes, y tampoco podrán percibir las rentas, que serán gozadas en exclusividad por el beneficiario, mientras que el remanente lo administrará el fiduciario; se trata de un verdadero perjuicio para los legitimarios (Kiper y Lisoprawski, 2015, p. 25).

³³ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

En resumen, las nuevas disposiciones contenidas en el Código Civil y Comercial permiten la flexibilización de la intangibilidad de la legítima, en caso de mejora y fideicomiso testamentario a favor de los herederos con discapacidad, igualmente siguen contemplándose acciones de reducción y de complemento a los herederos forzosos que pretendan proteger su legítima.

Conclusión

Se aprecia que el creador normativo acatando las instrucciones emanadas de los diferentes textos convencionales en cuanto al paradigma de tutela a los sujetos con discapacidad, exhibe una nueva figura dentro del ámbito jurídico sucesorio, denominado fideicomiso testamentario. El cual opera como una modalidad de amparo ante la muerte de la persona encargada de un sujeto que adolece alguna discapacidad. Pautas que claramente se contraponen a las rígidas previsiones de la materia sucesoria en cuanto a la transmisión ipso iure de la legítima a los herederos forzosos.

En este orden se instauraron medios de protección a favor de las personas con discapacidad consistente en la figura de la mejora y del fideicomiso testamentario y empieza a crearse un marco normativo de amparo de este grupo de ciudadanos. En este sentido, la figura del fideicomiso testamentario opera como una forma en que el fiduciante- testador busca proteger al heredero con discapacidad evitando la dilapidación de los bienes. Por lo cual los pone en manos de la administración de quien designe como fiduciario para que este realice su gestión a favor del beneficiario con discapacidad comprometiéndose a entregar las rentas que rindan los frutos de los bienes fideicometidos.

El acto jurídico del fideicomiso testamentario y la mejora a favor del heredero son las dos modalidades en que puede flexibilizarse la intangibilidad de la legítima de los herederos forzosos. Empero, no funge como un medio de vulneración, sino como un medio de protección para las personas con discapacidad fundamentándose en los principios de apoyo, sustento, generosidad, reciprocidad, colaboración y deber de soporte del grupo familiar en consideración con aquel miembro que carece de las cualidades para proveerse sustento por sí mismo. O bien tiene otro modo de interacción en el entorno social, educacional, laboral y familiar.

Capítulo 3: La mejora de la legítima a favor del heredero con discapacidad

Introducción

Desde la antigüedad en una data de aproximadamente 1.476 D.C se ha hablado de personas con “deficiencias”, “malformaciones” o “trastornos”. En esas épocas se concebían las personas con discapacidad como un daño a la sociedad que debían ser castigadas con la muerte. Múltiples son los antecedentes que se tienen al respecto, una práctica muy famosa fue la de la antigua Grecia en la cual los espartanos arrojaban desde lo alto de una roca a las personas que consideraban “diferentes” y que afectaban a la normal y ferviente civilización.

Caso similar fue el que prevaleció en la época donde las ideologías y creencias religiosas eran el estandarte de la sociedad, en el cual, todo lo que se consideraba diferente debía ser castigado con la muerte, era muy frecuente los casos de infanticidio por ser niños “anormales”. En caso de ser mayores de edad, se les marginaba del resto de la población por ser incapaces de vivir en coexistencia con los parámetros sociales pre-establecidos.

Muchos fueron los años que debieron transcurrir para concebir a las personas con discapacidad como personas con diversidad funcional, las cuales deben ser objeto de tutela especial por parte del Estado y de inclusión en la sociedad. Argentina fue cambiando su esquema y modelo estructural, sirviéndose de los aportes que brindaban las posturas doctrinales y los instrumentos internacionales. A razón de ello se fue evolucionando a fin de dictar artículos que propugnasen el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, su aceptación en la sociedad y en los diversos entornos de desenvolvimiento de su personalidad, su no discriminación y su protección.

Se entiende como un proceso de redimensión del Derecho civil en adaptación con las nuevas realidades de la sociedad, en la cual los cimientos de instituciones como la persona, la familia y la herencia van transformándose quedándose atrás lo estipulado en las Leyes. En el presente capítulo se ahondará en la mejora de la legítima como medio de protección a favor del heredero con discapacidad, la cual constituye una de las mayores novedades adoptadas en el Código Civil y Comercial³⁴, lo cual se basa en los principios internacionales consagrados y acogidos en la Constitución Nacional³⁵.

³⁴ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

³⁵ Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

El artículo 2448 del Código Civil y Comercial³⁶, prevé con sustento a la solidaridad familiar, la posibilidad de hacer uso de una porción de la legítima para beneficiar y mejorar al heredero con discapacidad prolongada o permanente. Con el desarrollo de la investigación se procurará detallar el alcance del artículo *supra* mencionado, los presupuestos materiales de la mejora, los modelos de tratamiento de las personas con discapacidad, la forma de otorgarla y el momento de la discapacidad, y se tocará lo referente para entender y analizar esta institución.

3.1. Análisis legislativo sobre la mejora de la legítima a favor del heredero con discapacidad

Para el desarrollo de este punto resulta preponderante traer a colación el artículo donde se regula la mejora a estudiar, la cual se encuentra en el Libro Quinto, Título X, artículo 2448 del Código Civil y Comercial, quedando redactado bajo el siguiente tenor:

Artículo 2448.- Mejora a favor del 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 laboral³⁷.

Lo que contempla el precitado artículo, de forma novedosa, es la institución de “mejora”, en este caso, como la posibilidad de mejorar. Valga la redundancia, al heredero mediante la facultad que posee el testador de disponer libremente de la denominada “legítima amplia” aumentando la alícuota parte en un tercio de la porción legítima, a favor no de cualquier legitimario, sino del ascendiente o descendiente con discapacidad prolongada o permanente.

Se trata de una norma novedosa, cuyo fin es loable, porque tiende a proteger de mejor manera a un legitimario que se encuentre en una situación de desventaja, pero se lo hace no sólo con la determinación a su favor de la porción disponible sino también de un tercio de las porciones legítimas.

³⁶ Artículo 2448 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

³⁷ Artículo 2448 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

La cuota atribuida a la persona con discapacidad, forma parte de la herencia. La mejora, se convierte en una figura de excepción. O sea, no todo testador, y de ahí la diferencia con el legislador español, tiene a su favor esta facultad. Sólo la tendrá el testador, que, entre sus legitimarios, según el orden concurrente, tenga la discapacidad a la que alude el art. 2448 del Código. De carecer de ellos, nada puede hacer con la legítima, que seguirá siendo intangible, cuantitativa y cualitativamente. De ahí que, la cuota que beneficia a un legitimario con mayor participación que a los otros, que rompe el necesario equilibrio entre los legitimarios, es una norma de excepción, de tal calado, que incluso este beneficio no tiene naturaleza colacionable, pues de admitirse, el beneficio que reporta, se esfumaría de inmediato (Leonardo y Pérez, 2015, p. 14).

La reforma sobre estos aspectos de familia y sucesorios surgen luego de llevarse a cabo las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la cual, en su trayecto, muchos fueron los aportes y las posturas que propusieron la creación de preceptos legales en pro de las personas con discapacidad. Propugnando la flexibilización de la rígida legítima en aras de brindar una mejora a aquellos ciudadanos que se han visto en limitación de sus capacidades laborales y productivas, y por ende en una situación vulnerable. Sobre ello, corresponde indicar que:

Ante la limitación legal enunciada, los padres de hijos incapaces, discapacitados o disminuidos en sus facultades tienen la intranquilidad referida a quien se ocupará de ellos luego de su muerte, cubriendo sus necesidades y administrando los bienes que reciban de la herencia, o los suyos propios

Es por ello que coincidimos con quienes bien afirman que el discapacitado o minusválido requiere de normas que lo diferencien y en tal sentido es necesaria la creación de más y mejores sistemas de protección de las discapacidades, ya que no debe tener igual tratamiento que quien goza de sus aptitudes en plenitud, pues el tratamiento igual para los desiguales genera desigualdad ante la Ley (Merlo, 2013, p. 03).

El eje central se trata pues de “ceder” el que se encuentra en mejores condiciones, las porciones a favor de aquel que se encuentra en una situación o estado de necesidad y mayor tutela. Ello, en pos de brindar una protección integral a la persona con discapacidades.

3.1.1. Tutela a las personas con discapacidad como medida de protección en el derecho sucesorio

La tutela a las personas con discapacidad en el derecho yace de la concepción de vulnerabilidad, en el sentido de tratarse de personas susceptibles a ser lastimadas por su condición, abarcando tanto lo físico como lo psicológico o moral; se encuentran pues en un estado de fragilidad, riesgo o debilidad. En materia sucesoria, este tema abarca tanta

relevancia por tratarse de individuos que luego del hecho de la muerte de la persona que los proveía, sustentaba, asistía o cubría sus necesidades podrían quedar en estado de indefensión.

Con fundamento a esta situación el Estado ejerce acciones orientadas a disminuir esa vulnerabilidad de las personas con discapacidad brindando, a través de las normas, un respaldo basándose en el principio constitucional de “igualdad de oportunidades” (Leonardo y Pérez, 2015). Se pretende ampliar la seguridad, avizorando en el ámbito sucesorio, unos medios de protección para las personas consideradas vulnerables por su condición de discapacidad prolongada o permanente. Un importante paso legislativo en aras al respeto de este grupo de personas resulta de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual ahonda hacia la tutela de sus derechos, a saber, su dignidad, la no discriminación, la igualdad, la inclusión, su reconocimiento en el ámbito internacional.

Se parte en el hecho social, en el cual la interacción de este tipo de personas y su inclusión en la sociedad puede traer aportes en la misma medida que con la participación del común de las personas. Los sistemas de apoyos que consagra la Convención se divide en asistencia y asesoramiento, a través de respuestas legales fundamentadas en los pilares de los derechos humanos (Leonardo y Pérez, 2015).

La institución de la familia es algo que interesa a la sociedad y al Estado, ella juega un papel fundamental en materia económica y patrimonial en la cual sus ingresos van destinados a satisfacer las necesidades del grupo familiar, en atención a esto, hay especial significancia al amparo de las personas con discapacidad en consideración de su condición vulnerable.

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, 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 (Orlandi, 2015, p. 45).

3.1.2. Beneficiarios: ascendientes y descendientes

El artículo *ut supra* mencionado es tajante y claro al indicar que los únicos beneficiarios de la mejora son los herederos legitimarios descendientes o ascendientes de *cujus*. La norma excluye al cónyuge supérstite, (a pesar de ser legitimario) y a los parientes en grado colateral. La norma no justifica la exclusión del cónyuge supérstite, algunos autores señalan que podría tratarse que dicha figura ya es beneficiaria de otras medidas de tutela como el “derecho real de habitación y del hogar conyugal”. Empero, no hay distinción ni preferencia sobre un cónyuge con discapacidad, la Ley nada menciona al respecto (Leonardo y Pérez, 2015).

Sobre los ascendientes y descendientes para poder ser beneficiados de la institución de mejora deben tener vocación hereditaria actual para el momento de apertura de la sucesión; los parientes de grado más próximo evidentemente excluirían a los más lejanos, todo de conformidad con el orden sucesorio. Muchos son los supuestos que podrían suscitarse al respecto, a saber, los descendientes tienen prelación sobre los ascendientes, en caso de hijos de aquellos no podrían ser beneficiarios con la mejora, en razón del grado de proximidad en el orden sucesorio.

3.1.3. Concurrencia de más de un heredero con discapacidad

En este punto se plantean aquellos casos de procedencia de una herencia donde concurren más de un heredero legitimario con discapacidad, partiendo de la premisa de ascendientes y descendientes con 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, $\frac{2}{9}$ 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 (Olmo, 2015, p. 26).

En resumen, en caso de haber más de un heredero descendientes o ascendiente con discapacidad, el tercio que corresponde a la mejora por encima de los demás herederos legitimarios, que forma parte de la denominada legítima amplia y de libre disposición, se asignará en razón de su grado de consanguinidad con el testador, y bajo el arbitrio de este. Caso contrario es el del derecho sucesorio cubano el cual dicta que debe distribuirse en partes iguales. Es decir, será el testador el que tiene la potestad de determinar cómo administrar el tercio destinado a la mejora de los ascendientes y descendientes con discapacidad.

3.1.4. Capacidad para testar

Anteriormente el régimen de capacidad se delimitaba en dos formas: el capaz y el incapaz, esto generaba que en materia sucesoria se crearan situaciones de injusticia donde se imposibilitaba o restringía a un individuo su prerrogativa de testar. La Ley de Salud Mental³⁸ trajo consigo la concepción de un régimen de capacidad gradual que iniciaba por la capacidad “plena” en la cual cualquier circunstancia que la afectara debía ser evaluada y determinada por criterio jurisdiccional mediante sentencia.

El Código sancionado 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 a 47). Tales normas son aplicables a los testamentos en cuanto no sean alteradas por la normativa especial (art. 2463 CCyC). En relación a la capacidad para testar se establece que pueden hacerlo las personas mayores de edad al tiempo del acto (art. 2464 CCyC), o sea, los mayores de dieciocho años (art. 25 CCyC), salvo el menor de esa edad que se haya emancipado por matrimonio celebrado con autorización judicial (art. 27 CCyC).

El art. 2467 CCyC 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 (art. 44 CCyC), 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 CCyC). Lo mismo

³⁸ Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de diciembre de 2010.

ocurrirá con el testamento de una persona con capacidad restringida, a la que 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 CCyC, comprende tanto al mudo como al sordomudo que no saben leer ni escribir, los 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 (Orlandi, 2015, p. 45).

3.1.5. Proceso de otorgamiento de la mejora

La Ley establece como medio de procedencia de la mejora aquel que el causante estime más conveniente, incluyendo el fideicomiso.

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 (Olmo, 2015, p. 26).

Dicha redacción deja entrever que podría ser cualquier medio, por criterio amplio, es decir, alimentos, indivisión forzosa, uso o habitación, legado, entre otros. Sobre ello, corresponde indicarse que:

Dicha mejora estricta puede ser realizada por cualquier medio por lo que -además del supuesto del fideicomiso especialmente contemplado por la norma- la mejora procedería, por ejemplo, a través de un legado de bienes determinados, de la cuota de mejora específicamente contemplada (1/3 de la legítima), determinando el goce del usufructo de ciertos bienes, rentas vitalicias, derecho de habitación, indivisión forzosa y cualquier otro beneficio que, limitado a la cuota que establece la norma, permita plasmar la voluntad del causante con el alcance tuitivo de aquélla (Merlo, 2013, p. 05).

De esta manera, la legislación es amplia respecto de las maneras de otorgar las mejoras a los familiares con discapacidad.

3.2. La porción disponible para la mejora

La redacción del artículo 2448 del Código Civil y Comercial³⁹, que concibe la institución de la mejora es preciso al señalar la palabra “además” lo cual genera la interrogante, en el sentido que si para su procedencia debe haberse otorgado la porción disponible con anterioridad.

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 (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, 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.

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 (Olmo, 2015, p. 27).

3.3. Legítima y Discapacidad

Este punto tiene gran trascendencia en el derecho por referirse a la libertad de la persona en testar, sin más limitaciones ni restricciones, valiéndose únicamente de la autonomía de voluntad. Por tratarse de un tema patrimonial y económico en las diversas legislaciones los criterios siempre se han inclinado en limitaciones al sistema de legítimas, entendida como un alto a la facultad de libre disposición.

En este sentido se pronuncia un sector importante de la doctrina científica quien aboga por que el Derecho de Sucesiones mantenga un equilibrio entre las reglas imperativas y las reglas de la autonomía. De modo que no puede existir una absoluta voluntad de testar en

³⁹ Artículo 2448 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

expresión de la soberanía del derecho de propiedad, ni tampoco un sistema de legítimas total en nombre de la solidaridad familiar y de la igualdad. Equilibrio que se pudiera lograr mediante una disminución de las legítimas y un fortalecimiento de institutos que permitan una mayor solidaridad familiar con el más débil, como el fideicomiso testamentario, la mejora, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

Las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de la Argentina, celebradas en la ciudad de Mar del Plata en 1995, se pronunció en la primera de las conclusiones en la Comisión No. 6, sobre la necesidad de una reforma de los artículos relativos a la legítima, reduciéndose tanto las legítimas de los descendientes (a dos tercios) y la de los ascendientes y del cónyuge (a la mitad).

Otros autores, desde la reciente doctrina chilena abogan por cambios más moderados en este orden, "Se trataría más bien de buscar un equilibrio que permita una mayor libertad del testador, pero en ciertos márgenes, definidos de la forma más objetiva y pacífica posible". En este orden, no en balde se alude a la pérdida de la prístina ratio de las legítimas, pues el aumento de la expectativa de vida hace que se reduzca "las hipótesis en que los hijos quedan tempranamente sin padres cuando a su vez ya han formado su propia familia". Se trata, por tanto de una libertad controlada del testador, que evite en todo caso, los actos en fraude de las legítimas a los que suelen acudir los testadores ante la existencia de normas imperativas, restrictivas del derecho de disponer por causa de muerte (Pérez, 2011, 3).

La misma línea de pensamiento se maneja en la doctrina española, una ponencia magistral de dichas jornadas de Derecho Civil, llevadas a cabo en el 2006, fue la del profesor Delgado Echeverría, enfocadas en las posibles reformas del Derecho Sucesorio en España. Asienta su postura en establecer unas alternativas a las legítimas, limitándolas o incluso suprimiéndolas, destacando que las legítimas suprimidas podrían dar paso a prerrogativas patrimoniales con carácter asistencial con fundamento a la ayuda de las personas consideradas necesitadas por ser dependientes al causante y en las cuales su muerte las dejaría en estado de vulnerabilidad. Esta corriente doctrinal tuvo gran auge en el derecho cubano, el cual partía de una legítima limitada y mesurada.

3.3.1. Alcance del término "discapacidad"

La postura doctrinal sobre discapacidad se inclina a concebirla como la alteración funcional (física o mental) de una persona que la padece de forma permanente y prolongada, y en función a su edad y entorno implicara en su modo de integrarse social, familiar, educacional y laboralmente. La posición objetiva para la determinación de la discapacidad de una persona viene dada por la decisión de *cujus*, mediante un testamento debidamente otorgado para

considerarse como valido o fideicomiso, no implicando avalar el grado de afectación de la discapacidad, por lo cual podría generar conflictos litigiosos.

Del mismo modo, tampoco requiere del respaldo de una sentencia que acredite la discapacidad, ni se establecen parámetros porcentuales “mínimos” para dichos padecimientos. Lo que consagra la norma es que los beneficiarios de la mejora deben estar afectados por cualquier tipo de discapacidad siempre que les ocasione “desventajas considerables” en su ámbito social, familiar, laboral o educacional, según el caso. Asimismo, la norma destaca entre la distinción de discapacidad permanente o prolongada.

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... (Olmo, 2015, p. 28).

3.3.2. Diferencias entre personas con discapacidad y personas con incapacidad o capacidad restringida

En el antiguo Código de Vélez se delimitaba a las personas como capaces o incapaces y sobre dicha distinción se estructuraban y desarrollaban los demás preceptos legales. Tal sistema se fue resquebrajando con el pasar de los años, en la cual tuvieron gran influencia la incorporación de artículos que nacen a la luz de Leyes que fueron dejando de lado lo consagrado en dicho sistema,

Con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación⁴⁰ entra un nuevo sistema, una estructura de diferenciación de las personas consideradas “capaces”, “con capacidad restringida” y por último “incapaces”. También, contempla ciertas normas que se basan en la existencia o inexistencia de una discapacidad, tal es el caso de los artículos 48, 59, 304, 455⁴¹, entre otros; y en la privación del raciocinio de una persona, la ausencia de salud mental, o la limitación de la capacidad por motivos de salud mental (Olmo, 2015).

El artículo 2448 *ejusdem*⁴² 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 Convención en su artículo 1^o⁴³ o bien de la definición que da el artículo del Código 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.

Es útil para clarificar este punto lo que ocurrió con la redacción del artículo 2391 *ejusdem*⁴⁴, 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 supérstite 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 (Olmo, 2015, p. 27).

A simple vista, se desprende que mientras el primer artículo refiere a "heredero con discapacidad", en tanto el segundo aludía a "heredero con capacidad restringida". Es decir, existía una discordancia entre lo normado y la remisión legal que a dicha norma hacía el proyectado artículo 2391⁴⁵ según su redacción originaria. Al respecto, se ha expresado que:

En cuanto al término "discapacidad" empleado, la norma aclara que entiende por tal a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada,

⁴⁰ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

⁴¹ Artículos 48, 59, 304, 455 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

⁴² Artículo 2448 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

⁴³ Artículo 1 de la Ley 26.378 sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de junio de 2008.

⁴⁴ Artículo 2391 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

⁴⁵ Artículo 2391 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. Con el alcance citado y con gran acierto, la norma contempla una protección más abarcativa que la limitada a los "incapaces" en general, ya que como es sabido no todo incapaz —en el plano jurídico— necesariamente adolece de una discapacidad, ni toda discapacidad o minusvalía física o psicológica implica incapacidad jurídica (Merlo, 2013, p. 07).

Así se concluyó por unanimidad que: "debe modificarse el artículo 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 actualmente establece que:

Beneficios hechos al heredero. Los descendientes y el cónyuge supérstite 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 2448⁴⁶.

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 en el artículo 32 párr. 4º, capacidad restringida en artículo 32 párr. 1º o inhabilitación en el artículo 48⁴⁷ (Olmo, 2015).

3.4. Presupuestos objetivos para ser mejorados

Bajo este supuesto se debe ahondar en que factores se deben considerar y que supuestos deben llenarse para que proceda la mejora. Corresponde a la persona del testador al momento del testamento cumplir con el deber jurídico que le impone la Ley de reconocer la existencia de un legitimario con discapacidad, a quien pretende beneficiar con la institución de mejora.

Bajo esta premisa se deben cumplir los siguientes presupuestos jurídicos:

⁴⁶ Artículo 2391 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

⁴⁷ Artículos 32 y 48 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

3.4.1. La parentalidad

El beneficiario para ser acreedor de la mejora debe necesariamente ser pariente del causante, para el cual los artículos 2444-2446 del Código⁴⁸ se dispone un preciso orden de prelación en el orden descendiente – ascendiente. Mientras existan hijos, solo éstos podrán ser legitimarios, salvo que proceda la representación a favor del resto de los descendientes, si uno de los legitimarios no puede o no quiere acudir a la sucesión. En el caso de los ascendientes, solo la ausencia de los más próximos en grado, permitiría la de los subsiguientes. Pero en uno y otro supuesto, para ser mejorado ha de estarse entre los parientes con derecho a la legítima. No se puede mejorar a un pariente, por muy próximo que esté en el orden de los afectos con el causante, si no es legitimario. A su favor, cabría atribuir para beneficiarle la parte de libre disposición (Pérez, 2015).

3.4.2. La discapacidad

En el derecho argentino la discapacidad se basta así sola para ser acreedor de la mejora, lo que señala es que esta debe ser “permanente y prolongada” y que la misma debe afectar su faz, entorno o ámbito social, familiar, laboral y educacional. Es decir su modo de integración y desenvolvimiento de su personalidad; a diferencia del código civil cubano en el cual se contempla como presupuesto objetivo junto a la discapacidad la dependencia económica y la no aptitud para laborar.

3.4.3. Prueba de la discapacidad

Mucho se ha hablado al respecto, en este sentido la Ley 24.901⁴⁹ dispone que el modo de probar la discapacidad sea el contemplado en la Ley 22.431⁵⁰ y las Leyes provinciales análogas. En dicha Ley, se estipula que el ente competente para certificar cada caso de existencia, naturaleza y grado de discapacidad es el Ministerio de Salud, del mismo modo en caso que el afectado pueda rehabilitarse de los padecimientos dicho ente lo hará constar.

En cuanto a la parte de desenvolvimiento de la personalidad el Ministerio deberá indicar también si puede trabajar y qué tipo de actividad profesional está en capacidad de ejecutar. El certificado que emitan se denominara “Certificado Único de Discapacidad” y

⁴⁸ Artículos 2444- 2446 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

⁴⁹ Ley N° 24.901. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de noviembre de 1997.

⁵⁰ Ley N° 22.431. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de marzo de 1981.

avalara la discapacidad en toda la nación y será oponible en todos los casos en que sea necesario probarla.

Tendrán los mismos efectos jurídicos los certificados emanados por las provincias adheridas a la Ley 24.901⁵¹ previo el cumplimiento de las condiciones que se estipulen por las normativas pertinentes. Finalmente, se crea la interrogante en si la persona debe poseer dicho certificado de discapacidad para poder ser beneficiario de la mejora. En este sentido se ha indicado con anterioridad que del artículo 2448⁵² se desprende que solo se requiere la “existencia de una discapacidad”. Por lo cual el documento probatorio “el modo de acreditación” de la discapacidad resulta del certificado y se requeriría únicamente para los casos de controversia entre herederos que duden de la existencia de la misma y se quiera invocarla.

3.4.4. Momento en que debe existir la discapacidad

Para que se pueda ser beneficiario de la mejora, la discapacidad debe existir al momento del fallecimiento del causante, es decir, al momento de la apertura de la sucesión, por lo que no es un requisito de procedencia que esta exista al momento del otorgamiento del testamento. Ello en razón que el testamento es un acto jurídico que tiene efectos para terceros solo para el momento de la muerte de *cujus*. En este sentido si para el momento de testar sus hijos, o sus padres en caso de ser los legitimarios, no padecieran de una discapacidad, pero por sus condiciones al momento de su fallecimiento pudieran llegar a tenerla, nada prohíbe que pueda mejorarlos (Olmo, 2015).

Se trata de un presupuesto de procedencia “*conditio iuris*” o condicional, en la cual se justifica la mejora si existe discapacidad al momento de la muerte del testador. Se deja en potestad del causante la facultad de poder mejorar al heredero legítimo que padezca de una discapacidad, asimismo de fijar la cuota de beneficio de la mejora. Esto alude a que la mejora tiene su naturaleza en la vulnerabilidad de este tipo de personas y en la necesidad de proteger a las personas que tienen una capacidad diferente al común de la sociedad, lo cual les dificulta más en su integración en los diferentes entornos de la vida.

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

⁵¹ Ley N° 24.901. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de noviembre de 1997.

⁵² Artículo 2448 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

apertura de la sucesión, se encontrara en una situación de discapacidad, entonces la mejora es válida.

A la inversa, si se beneficia a una persona que tiene una discapacidad al momento de la mejora (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.

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 (Olmo, 2015, p. 56).

Conclusión

La Constitución Nacional Argentina en su artículo 17⁵³ consagra la inviolabilidad de la propiedad, confiriendo al titular del derecho su pleno goce y ejercicio, con las restricciones que correspondan dentro de un marco de razonabilidad y en aras de otros principios de igual o superior grado. Durante su vida, las personas pueden ejercer sus derechos y en los contratos el principio rector es el de la libertad. El límite está dado por las cuestiones de orden público. En cambio, en lo que respecta a la disposición de sus bienes para después de su muerte parece que el principio se invierte.

Por ello, la protección de la legítima se convierte en un deslinde de disposiciones que incluyen primero la prohibición de toda renuncia o pacto acerca de alguna legítima futura, estipulada en el artículo 3599⁵⁴ en su primera parte. Segundo la privación de toda aquella clausula dentro del testamento que pretenda establecer algún gravamen o condición a las partes sobre la cual recae dicha herencia

Y finalmente, en cuanto con las disposiciones que tiendan a la salvaguarda de la legítima se tienen en primer lugar que se puede intentar la acción rescisoria por el legitimario cuando la partición de la herencia no respetase su legítima. Asimismo, que la querrela *inofficiosi testamenti* la cual viene a proteger la vocación hereditaria lo que igualmente traduce a la protección de la legítima.

⁵³ Artículo 17 de la Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

⁵⁴ Artículo 3599 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

Conclusiones finales

La nueva esfera jurídica que rodea la materia de discapacidad exhibe la existencia de un deber impuesto al Estado de tutelar los derechos e intereses fundamentales de una persona que tenga algún tipo de diversidad funcional. No obstante, la obligación ha de estar limitada por el bienestar de la persona a quien se protege. Es así que puede resumirse el mandato del nuevo paradigma en que, una persona con discapacidad es apta para tomar sus propias decisiones, a menos que medien situaciones innegables que compliquen el ejercicio.

A razón de lo analizado a lo largo del presente trabajo de investigación, es un hecho que el respeto a estos principios representa también un reto, pues la aceptación de la dignidad implica el entendimiento de los riesgos. El derecho a vivir en un mundo donde existen los peligros y donde las equivocaciones traen consecuencias directas o indirectas. A su vez, podría parecer un tema distante o inclusive extraño pero la situación jurídica de las personas que sufren algún tipo de discapacidad es un tema muy serio que amerita que no solo el Estado Argentino se avoque, sino que toda la estructura social, política y económica del país preste atención para mejorar las oportunidades de las personas discapacitadas.

Ahora bien, al tratarse de un tema que excede el marco jurídico, corresponde resaltar que el cambio no vendrá únicamente con la reforma de Leyes que apunten a las garantías de los discapacitados. En relación con lo expuesto, el Código Civil y Comercial de la Nación⁵⁵ prosigue entre sus finalidades la adquisición normativa de preceptos internacionales de reconocimiento y tutela de las personas consideradas vulnerables, susceptibles y en condición de fragilidad, específicamente en materia sucesoria.

Nuestro país se ha acoplado progresivamente a las nuevas tendencias del trato a la discapacidad. La implementación de nuevas maneras y de diferentes paradigmas relativos a la actuación judicial se concreta en diferentes instrumentos y escalan toda la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico. Argentina ha ratificado la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y ha aprobado su implementación en el 2008 a través de la Ley 26.378.

La convención exalta como marco la propulsión del derecho de acceso, de no injerencia individual, de imparcialidad, de reconocimiento de la voluntad y de promoción de

⁵⁵ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

la autonomía, se hace razonable la elevación a rango constitucional las garantías relacionadas en los procesos, en las actuaciones y en el tutelaje. El hecho de que se establezca un privilegio para los herederos con discapacidad implica un menoscabo para los herederos forzosos por cuanto se afecta la legítima. No es un hecho menor que un bien se encuentre sujeto por treinta (30) años a un fideicomiso testamentario.

Sin perjuicio de ello, se entiende que es producto del principio de solidaridad familiar el cual rige el derecho de familia y pretende proteger al miembro débil de la familia. Si bien se afecta la porción legítima de los herederos forzosos, lo cual permite confirmar la hipótesis planteada, la realidad es que el Código ha consagrado la protección de las personas discapacitadas, de conformidad con la normativa internacional.

Finalmente, las instituciones erigidas por el legislador sirven para ratificar la noción jurídica de igual entre iguales, el desconocer las singularidades que se evidencian para las personas con discapacidad implica una vulneración directa a sus potestades fundamentales y al pleno goce de estas. En tal sentido se estima que la figura del fideicomiso testamentario procura una medida de resguardo para quienes por determinadas condiciones precisan de un tercero que los auxilie en el manejo de sus bienes, que por sí mismos no pueden desplegar plenamente.

Aseverar el cercenamiento de la legítima con esta figura, implica hablar de forma superflua, dado que en ningún momento desconoce el Código⁵⁶ la condición de los llamados legítimamente a acceder a la masa hereditaria del causante, esto únicamente significa impedir que este acervo sea dilapidado en reconocimiento de la presencia de un miembro que precisa de mayor abrigo. Las mejoras conferidas por el testador se justifican en la primacía de su elemento volitivo y sobre todo en la condición de fragilidad del discapacitado a su cargo, que en su ausencia no ostenta con alguien que lo auxilie, distinto del resto de los herederos que pueden procurarse sustento por sí mismos.

⁵⁶ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

Bibliografía

Doctrina

-) Berbere, J. y Merlo, L. (2012). *Fideicomiso en el Derecho de Familia y de las Sucesiones*. Buenos Aires: Ad Hoc.
-) Bonanno, S. y Crespo, A. (2012). “Las personas con discapacidad, la ley y las convenciones”. *Revista del Notariado* 908.
-) Boufflet, C. (2012). “Fideicomiso testamentario: una alternativa para evitar la sucesión”. *Diario La Nación*. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1956502-fideicomiso-testamentario-una-alternativa-para-evitar-la-sucesion>.
-) Camps, C. (2016). “La capacidad de ejercicio de derechos en el Proceso Civil”. *Revista Código Civil y Comercial*.
-) Duizeide, S. (2015). *El nuevo paradigma social de la discapacidad*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
-) Duizeide, S. y Lasana, L. (2016). “El modelo social de la discapacidad. A diez años de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*.
-) Héctor, M., Saires, G. (2012). “El discapacitado. Sujeto de preferente tutela constitucional”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
-) Kiper, C.; Lisoprawski, S. (2015). *Fideicomiso testamentario en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones La Ley.
-) Kraut, A. (2014). “El paciente mental, ahora humanizado”. *Diario Clarín*.
-) Leonardo B. y Pérez G. (2015). *La mejora a favor del legitimario con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Derecho de Familia y de las Personas.
-) Lisoprawski, S. (2010). *Práctica del fideicomiso. Problemas y soluciones*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
-) Lisoprawski, S. (2015). “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial”. *Revista Derecho de Familia y de las Personas*.
-) Lorenzetti, R. (2012). “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
-) Merlo, L. (2013). “La conveniencia de precisar el alcance de la “mejora estricta para los herederos con discapacidad”. V Congreso de Derecho Privado. Buenos Aires.

-] Molina, C. (2014). *El Fideicomiso en la planificación sucesoria*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
-] Monasterio, R. (2015). *La relación entre la discapacidad intelectual y el derecho a la salud*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
-] Moyano, M. (2010). *Fideicomiso testamentario. Análisis de sus fuentes. Esbozo sobre su funcionamiento. Interacción con el régimen de la legítima*. Buenos Aires, Argentina: Derecho de Familia y de las Personas.
-] Olmo, J. (2015). *Mejora a favor del heredero con discapacidad*. Buenos Aires: Ediciones La Ley.
-] Orlandi, O. (2015). *Vulnerabilidad y derecho sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad*. Buenos Aires, Argentina: Infojus.
-] Pérez, L. (2011). “Fideicomiso constituido por testamento: una mirada desde el Derecho Latinoamericano”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*.
-] Pérez, L. (2011). “Legítima y discapacidad: Los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial”. DFyP; 2011.
-] Priore, C. (2015). “La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el derecho argentino”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
-] Rosales, P. (2007). “La nueva Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”. *Revista Jurisprudencia Argentina*.
-] Rosales, P. (2012). “Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378). Comentada”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
-] SEDA, J. (2015). “Matrimonio y capacidad jurídica restringida. Decisiones en materia patrimonial”. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
-] Valdés, C. (2014). *La discapacidad desde un enfoque público y privado*. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
-] Wolkowicz, A. (2013) *Capacidad Jurídica y Derechos Humanos*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Legislación

-] Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014. Artículos 32, 37, 48, 59, 305, 455, 957, 971, 1027, 1028, 1667, 1671, 1699, 1966, 2278, 2280, 2335, 2362, 2391, 2448, 2493, 2496, 2511, 3599.

- J Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994. Artículo 17.
- J Decreto Nro. 191/2011. Poder Ejecutivo Nacional. Boletín Oficial de la República Argentina, 28 de febrero de 2011.
- J Ley N° 22.431. Boletín Oficial de la República Argentina, 16 de marzo de 1981.
- J Ley N° 24.901. Boletín Oficial de la República Argentina, 05 de noviembre de 1997.
- J Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657. Boletín Oficial de la República Argentina, 03 de diciembre de 2010
- J Ley 26.378 sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de junio de 2008. Artículos 1, 8, 12