

Título: La mejora como herramienta de planificación sucesoria

Autor: Iglesias, Mariana B.

Publicado en: RCCyC 2022 (agosto), 14

Cita: TR LALEY AR/DOC/2023/2022

Sumario: I. Instrumentos de planificación sucesoria en general.— II. La mejora: aspectos generales.— III. La mejora en el Código Civil y Comercial: forma y contenido.— IV. Mejora al heredero con discapacidad (art. 2448 del Cód. Civ. y Com.).— V. Conclusión.

(\*)

## I. Instrumentos de planificación sucesoria en general

La planificación sucesoria se inscribe en el diálogo entre las diferentes ramas del derecho civil, en particular, el derecho contractual y el derecho sucesorio, y reviste una gran significación, dado que puede constituirse en un certero mecanismo de prevención.

Inicialmente, destacamos que, en su acepción vulgar, planificar significa "hacer plan o proyecto de una acción", es decir, ordenar el futuro a través de la articulación de un conjunto de conductas o de un conjunto de acciones. Si trasladamos ese concepto al ámbito de la planificación sucesoria, vemos que por medio de ella se busca articular un conjunto de medidas o de acciones con vistas a evitar los conflictos que puedan sobrevenir a la muerte de una persona. Aunque no puede negarse la relevancia que para tales fines reviste la porción disponible del causante, es evidente que el tema excede dicho ámbito, por la multiplicidad de funciones a las que puede servir la planificación" (1).

Uno de los temas más importantes de la planificación sucesoria se relaciona con las herramientas que permiten concretarla. Es que el éxito de aquella depende —en gran medida— de una adecuada elección y selección de estas. Así, y a modo de ejemplo, podemos citar el contrato, que puede ser de donación o de comodato, o un mandato post mortem, una renta vitalicia o un fideicomiso. También lo es el testamento, utilizado, como tal, o bien para viabilizar otros instrumentos, tal el caso de la partición por ascendiente, o el fideicomiso testamentario.

Ahora bien, además de los instrumentos citados (listado meramente enunciativo), los que aportan el soporte a la planificación, también debemos recurrir —según el caso— a la elección de sucesores; es decir, ¿se recurrirá a un heredero de cuota?, ¿a uno universal?, ¿a un legatario? A todo esto, debe resistir al orden público sucesorio, en caso que correspondiera.

Así, y sin pretender agotar la variada gama de instrumentos, herramientas, situaciones, sucesores o terceros, de la que podemos valernos para planificar —total o parcialmente— una sucesión, proponemos dedicarnos en el presente trabajo a estudiar exclusivamente una herramienta. Nos referimos a la mejora.

## II. La mejora: aspectos generales

### II.1. Mejora y porción disponible

Explica Zannoni que, según el concepto de Martínez Paz, "la mejora consiste en un legado o donación que se hace por el causante al heredero legítimo, tomada de su porción disponible: lo mejora con relación a otros herederos" (2).

Lo que busca la mejora es quebrar la igualdad entre los legitimarios. El art. 2385 del Cód. Civ. y Com. expresa que "los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento". Esto significa que, ante una donación o liberalidad (legados o beneficios), su valor debe ser colacionado, salvo que ella sea dispensada a través de una mejora.

La mejora puede formalizarse a través de un testamento (3) —que constituye la regla— o por actos entre vivos, mediante pactos sobre herencia futura, excepcionalmente permitidos, y se obtiene de la porción disponible. Puede afirmarse que la porción disponible y la legítima hereditaria son cara y contracara de una misma moneda. Resulta inconcebible una sin la otra. El futuro causante tiene posibilidades de realizar liberalidades solo dentro del margen de la porción de libre disposición, ya que los herederos forzosos tienen derecho a recibir la legítima de manera íntegra.

A los efectos del control de la porción disponible, recordamos que se obtiene a partir del siguiente cálculo:

a) se calcula la masa para determinar la legítima hereditaria conforme al art. 2445 del Cód. Civ. y Com. (es decir el valor de los bienes dejados por el causante, menos las deudas y cargas, más las donaciones);

b) a esta masa debe restársele la porción legítima conforme al heredero que concurra a la sucesión (no es lo mismo un descendiente que el cónyuge, por ejemplo);

c) la diferencia entre ambas constituye la porción disponible.

Con la porción disponible, el autor de la sucesión puede realizar la liberalidad que desee: mejorar a un heredero forzoso, realizar legados, instituir heredero de cuota, realizar donaciones a terceros, etcétera.

## II.2. La mejora y su relación con los actos que la configuran

Explica Manuel Albadalejo Rodríguez que "la mejora no es una disposición o un tipo particular de disposición o acto que haga el mejorante a favor del mejorado, (...) [d]e ahí se deduce que la mejora no es una figura autónoma que, como tal, tenga una regulación suya propia (...) sino que la regulación que le corresponde es la de la disposición o acto mediante los que se mejora" (4).

Si bien el autor citado se refiere al derecho español, dicha afirmación cabe en el derecho argentino. De allí que nos detendremos en el análisis de todas las posibilidades que nuestro Cód. Civ. y Com. habilita, para disponer una mejora, las que habremos de dividir para su estudio en tres partes, a saber: mejora por testamento, mejoras por actos entre vivos y la mejora a favor del heredero con discapacidad.

## II.3. Qué puede entregarse en concepto de mejora

A través de la mejora puede entregarse una cosa determinada o una cuota. Es decir que podría mejorarse a través: a) del legado de una cosa o de un usufructo; b) de una donación de un inmueble; o c) de la ampliación de la cuota hereditaria, la que —va de suyo— no puede exceder, en ningún caso, de la porción disponible, salvo la regulada en el art. 2448 del Cód. Civ. y Com.

También puede realizarse una mejora para dispensar la colación de los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular, de conformidad al art. 2391 del Cód. Civ. y Com.

## II.4. Revocabilidad o irrevocabilidad de la mejora

Como hemos explicado, la mejora puede realizarse mediante testamento, o por actos entre vivos, puntualmente codificados, que funcionan como excepciones.

Ahora bien, un aspecto para indagar es si la mejora es revocable o irrevocable. Cuando ella se realiza por testamento, no caben dudas acerca de la revocabilidad de la mejora. Pero cuando ella se realiza a través de actos entre vivos, a nuestro modo de ver, no es posible su revocación. Es decir que podrá revocarse —por ejemplo— la donación por las causales propias del contrato de donación, pero no es posible revocar de manera autónoma o aislada solamente la mejora (5) dejando vigente la donación.

## III. La mejora en el Código Civil y Comercial: forma y contenido

### III.1. Mejora por testamento

El art. 2385 del Cód. Civ. y Com. determina que la mejora puede hacerse mediante un testamento, incluyendo en la última aparte de la norma, una regla de interpretación en cuanto a que el legado hecho al descendiente o al cónyuge se considera realizado a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario. Es decir que, a través del testamento, podrían realizarse legados, al descendiente o al cónyuge que —de no aclararse nada— serán considerados como una mejora.

Ahora bien, cuando la norma estipula que la mejora puede ser realizada por testamento, se impone la pregunta sobre cómo podría redactarse ella. Lo cierto es que incluye variadas posibilidades, según la situación, que vale la pena referir.

Así, podría mejorarse por testamento al cónyuge o al descendiente, con todo o un porcentaje de la porción disponible, lo que significará que —luego de la muerte— se ampliará la porción del beneficiario.

También, en el supuesto que el progenitor ya hubiera donado sus bienes a los hijos/as, por ejemplo, y luego, decidiera mejorar a uno de ellos, podría valerse del testamento para hacerlo. Con esto queremos significar que, por más que se haya donado, y en un primer momento el donante apeló a la igualdad para sus hijos, luego podrá volverse atrás con su decisión y quebrar dicha igualdad a través de una mejora testamentaria, lo que obligará a los no beneficiados a colacionarla, luego de la muerte del donante. Es que, si el progenitor donó todo su patrimonio a sus hijos/as, como adelanto de legítima, y con posterioridad, mediante un testamento, realiza una mejora a favor de alguno de ellos, los beneficiados podrán demandar la colación a fin de que se compute la mejora, debiendo el resto devolver el valor en exceso (por computar la mejora) a los mejorados. En síntesis, volver a calcular luego de la muerte, computando la mejora realizada, con posterioridad a la donación.

Otra posibilidad se presenta al realizar donaciones a los/las hijos o hijas, sin una cláusula expresa de mejora

en el mismo acto de la donación, es decir que funcionan como adelanto de legítima, y con posterioridad, decidir convertir el objeto donado en una mejora. Para ello, podemos valernos del testamento manifestando tal decisión.

Asimismo, resulta de utilidad, por los alcances atribuidos a los beneficios que refiere el art. 2391 del Cód. Civ. y Com. Recordamos que el citado artículo expresa que "los descendientes y el cónyuge superviviente obligados a colacionar también deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular, excepto dispensa". De allí que, si una madre le permitió usar a su hija un departamento de su propiedad, en definitiva consumaron un comodato, y conforme a la norma, dicha prestación de carácter gratuito, es colacionable. A fin de evitar la colación, la progenitora podría beneficiar con una mejora testamentaria a la hija comodataria, de modo de evitar que se vea obligada a colacionar luego de su muerte, los beneficios recibidos por el comodato de nuestro ejemplo, o bien, disponiendo de toda o una parte de su porción disponible a favor de dicha hija, de manera que queden absorbidos en la misma los beneficios del comodato. En el mismo sentido, el art. 2414 del Cód. Civ. y Com. autoriza la posibilidad de realizar una mejora en el marco de la partición por ascendiente. Es decir que el ascendiente podría realizar la partición de todos sus bienes, valiéndose de un testamento, pudiendo optar por buscar la igualdad de sus herederos o quebrar dicha igualdad, lo que podrá realizar en dicho acto testamentario o en uno posterior, teniendo particular cuidado, en que el testamento posterior no revoque al anterior.

Como podrá advertirse, son múltiples las posibilidades que ofrece la mejora por testamento, destacándose como ventaja adicional, que por la propia naturaleza de los testamentos pueden ser revocadas, lo que no es posible cuando la mejora se realiza mediante pactos sobre herencia futura excepcionalmente permitidos, por tratarse de contratos.

### III.2. Mejoras por actos entre vivos. Excepciones expresamente autorizadas

#### III.2.a. Pactos sobre herencia futura excepcionalmente permitidos relativos a las mejoras

Hemos explicado que las mejoras importan un plus para el heredero forzoso, que se toma de la porción disponible del futuro causante. La mejora debe ser expresa y puede realizarse por testamento (a modo de regla), pero también por actos entre vivos, de modo excepcional. En este último caso, aparecen en escena los pactos sobre herencia futura, excepcionalmente permitidos, relativos a las mejoras. Estos pactos son contratos concernientes a bienes de sucesiones no abiertas. Explica Guastavino que el pacto sucesorio "es la convención por la cual el causante organiza su sucesión de acuerdo con otros interesados, o estos, estipulando por sí, en vida del causante, transfieren o abdican sus derechos" (6).

Fiel a su tradición, el Cód. Civ. y Com. —al igual que lo hacía el de Vélez— prohíbe los pactos sobre herencia futura. Así, el art. 1010 —en su primer párrafo— expresa que "[l]a herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa". Sin embargo, la regla reconoce excepciones. La primera de ellas está prevista en el segundo párrafo del mismo artículo, y las demás en otras disposiciones. De allí que la expresión contenida en el párrafo primero, en cuanto afirma "excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa", adquiere una notable significación. A su vez, la regla de prohibición se ve reforzada por otras normas. Por tal motivo, no es posible renunciar a la herencia antes de la muerte del autor de la sucesión a la que se pretende renunciar, como surge del art. 2286 que establece que "[l]as herencias futuras no pueden ser aceptadas ni renunciadas"; tampoco puede renunciarse a las acciones que protegen derechos hereditarios de herencias futuras o a la legítima hereditaria, antes de la muerte del causante. Coherente con ello, el art. 2449 del Cód. Civ. y Com. sostiene que "[e]s irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta" (7).

#### III.2.b. Mejoras por actos entre vivos: sanción por incumplimiento de la regulación normativa

Hemos explicado, que una de las formas de realizar mejoras, es a través de pactos sobre herencia futura excepcionalmente permitidos. Ahora bien, resulta indispensable, por tanto, precisar el alcance de sus efectos cuando se avanza sobre un pacto prohibido, esto es, cuando no se cumple estrictamente con la regulación normativa, que excepciona la regla contenida en el art. 1010 del Cód. Civ. y Com.

Es válido resaltar la técnica jurídica que requiere el asesoramiento sobre este tipo de contratos, ya que avanzar sobre supuestos prohibidos por ley puede convertirse en un instrumento útil para aquellos/as herederos/as que pretendan cuestionar la planificación realizada, lo que genera el error y la llave de acceso a conflictos judiciales, que son los que se han pretendido evitar.

Si se realiza un pacto sobre herencia futura prohibido, la respuesta es contundente: la sanción que trae aparejada la realización de un pacto cuyo objeto es una herencia futura y que no se encuentra amparada en ninguna excepción legal es la nulidad absoluta.

Lo que se sanciona con la nulidad es la violación a la prohibición de los pactos sobre herencia futura. Esto tiene que ver con un doble aspecto:

1) La prohibición expresa del objeto. Así, conforme surge del art. 279 del Cód. Civ. y Com., "[e]l objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea".

2) La vulneración al orden público sucesorio, si además le sumamos que participan de ellos los herederos forzosos.

Por lo expuesto, la nulidad será absoluta, conforme al art. 386 del Cód. Civ. y Com., el cual determina que "[s]on de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas". Por ende, puede ser declarada por el juez, aun sin mediar petición de parte, si resulta manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción.

En síntesis, las mejoras por actos entre vivos deben ajustarse de manera estricta a la regulación normativa, para evitar nulidades.

### III.2.c. Casos de mejoras por actos entre vivos

#### III.2.c.i. Metodología

Como ya hemos explicado, las mejoras por actos entre vivos importan una excepción al art. 1010 del Cód. Civ. y Com. las que lucen reguladas en los arts. 2385 del Cód. Civ. y Com.; el art. 2461 del Cód. Civ. y Com. y el art. 2414 del Cód. Civ. y Com. En cuanto a la mejora del heredero con discapacidad del art. 2448 del Cód. Civ. y Com. puede realizarse por actos entre vivos o por testamento, de manera que la abordaremos de manera separada.

#### III.2.c.ii. Mejora en el propio acto de la donación (art. 2385, Cód. Civ. y Com.)

Es posible mejorar a un/a heredero/a en el mismo acto de la donación conforme surge de la primera parte del art. 2385 del Cód. Civ. y Com., que determina que "[l]os descendientes del causante y el cónyuge superviviente que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento".

Esto significa que de realizarse una donación —por ejemplo— de la madre a una hija, si nada se dice, dicho valor debe colacionarse, pero también podría su madre realizar dicha donación en concepto de mejora. Para ello, la norma que analizamos, propone la posibilidad de incluir en el mismo acto de la donación, una cláusula en el que el donante manifieste que el valor de lo donado se impute a su porción disponible, lo que convierte a esta donación en una mejora, la que —si no desborda la porción disponible— beneficiará como un plus a la hija beneficiaria de la donación, liberándola después de la muerte de colacionar.

#### III.2.c.iii. Transmisión de bienes a legitimarios con reserva de usufructo, uso o habitación o renta vitalicia (art. 2461, primera parte, Cód. Civ. y Com.)

El art. 2461 del Cód. Civ. y Com. determina que "[s]i por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado. El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación. Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas".

Esta norma reconoce como antecedente al controvertido art. 3604 del Cod. Civil. Se ocupa de la transmisión de bienes del causante a los legitimarios. Estos actos se colocan en la mira del Código cuando reúnen determinados requisitos que hacen presumir que, más allá de su apariencia de onerosa, encubren una liberalidad.

Como explicamos, este artículo configura una excepción a la prohibición de los pactos sobre herencia futura —prevista en el art. 1010 del Cód. Civ. y Com.—, puesto que, en definitiva, valida una mejora efectuada mediante un acto entre vivos.

La norma contempla el siguiente supuesto:

a) la concreción de un acto entre vivos a título oneroso entre el causante y los legitimarios, o uno o algunos de ellos;

b) mediante este acto se transmite la propiedad de los bienes;

c) la transmisión se realiza con reserva de usufructo, uso o habitación, o contra el pago de una renta vitalicia.

Ante este supuesto de hecho, la ley establece dos presunciones que no admiten prueba en contrario:

a) que el acto es una liberalidad;

b) que la intención del causante fue la de mejorar a ese legitimario.

En consecuencia, el valor debe ser imputado a la porción disponible de este último, desde que lo recibe como plus. Se trata de una dispensa de colación por actos entre vivos —o, lo que es igual, de una mejora por actos entre vivos—.

Naturalmente, del valor del bien deberá descontarse lo efectivamente pagado, a los efectos del cálculo de la porción disponible y de evitar que se la exceda.

Es muy acertada la norma. Lo demostraremos con un ejemplo. Juan tiene tres hijos: Pedro, Lorena y Liliana. Decide "venderle" a Pedro la nuda propiedad de un campo de mil hectáreas, reservándose el usufructo, por un valor ínfimo y total de \$50.000. Juan tiene 80 años. Al cumplir 82, fallece. Por lo tanto, se extingue el usufructo y se consolida la propiedad plena en Pedro. Con esta maniobra, Pedro se queda con un campo de mil hectáreas a un precio quinientas veces inferior a su valor de mercado. Supongamos, además, que Juan no tenía más bienes. Por supuesto que, a la hora de determinar la masa de la legítima hereditaria, debe descontarse del valor del bien lo efectivamente pagado por Pedro; en cuanto al resto, debe traerse a colación.

No se puede dudar de que el acto es una verdadera liberalidad. Muchas veces se recurre a revestir de onerosidad los actos a los efectos de generar una apariencia que impida, luego de la muerte del enajenante, que caigan por efecto de la vulneración a la legítima hereditaria. Este es el fundamento de la presunción iuris et de iure que determina el artículo analizado.

Sin embargo, hay autores que cuestionan esta presunción, lo que no compartimos. La norma es clara. Del propio contrato surge la contraprestación, no hay nada que probar. La norma tan solo refiere que debe descontarse lo efectivamente pagado, dado que la gratuidad radica en la ventaja.

Este artículo tiene absoluta coherencia con el art. 2391 del Cód. Civ. y Com., que expresa que "[l]os 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 art. 2448".

Su última parte dispone que la imputación de la liberalidad a la porción disponible y la eventual colación del exceso no podrán ser demandadas por los legitimarios que consintieron la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas, se trataría de la renuncia a las acciones sucesorias futuras.

Comencemos por explicar por qué decimos renuncia de las acciones sucesorias futuras.

En el Cód. de Vélez, el art. 3604 no hacía referencia a si el contrato —para que le resultasen aplicables estos efectos— debía ser oneroso o gratuito. La norma derogada determinaba que "[s]i el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo". Como se advierte, no imponía como requisito la onerosidad. No vale la pena reeditar aquí las discusiones en torno al 3604 del Cód. Civil. Tan solo mencionaremos que generó dudas si la norma solo se aplicaba a los contratos onerosos o si también involucraba a los gratuitos (v.gr., a las donaciones con reserva de usufructo, etc.).

La nueva redacción, con la aclaración final que intercala, despeja toda duda sobre el ámbito de aplicación. Por lo tanto, para aplicarla no es necesario que los legitimarios "sinceren el acto".

Por tanto, cuando el art. 2461 del Cód. Civ. y Com. dispone que "[e]sta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación", está validando una renuncia a las acciones futuras de colación y, obviamente, aunque la norma no lo diga, de reducción. Se configura, así, un segundo pacto sobre herencia futura excepcionalmente permitido.

En cuanto a la forma, la norma es clara al respecto: "consintieron en la enajenación". Requiere que se realice en el mismo acto. No es posible hacerlo por actos posteriores.

Hasta aquí, nos hemos referido al caso del contrato oneroso, es decir, a la primera parte del artículo. Pero sucede que el último párrafo dispone que "[e]sta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades

indicadas".

Hay autores que entienden que este último párrafo plantea una contradicción con la primera parte de la norma (8). Nosotros creemos que no existe tal contradicción, sino que la última parte amplía el espectro de la norma e incluye también en sus consecuencias a las disposiciones gratuitas con las modalidades que indica la norma.

Por tanto, en caso de que se trate de una transmisión gratuita por actos entre vivos del futuro causante a un legitimario con reserva de usufructo, uso o habitación, debe interpretarse, sin admitir prueba en contrario, que se trata de una mejora por actos entre vivos. Como vimos, los legitimarios que hayan consentido la enajenación renuncian, por el mero hecho de haberlo consentido, a las acciones futuras de colación o reducción.

Evidentemente, el Cód. Civ. y Com. ha flexibilizado el orden público sucesorio, aunque todavía cueste terminar de convencerse de esto (9).

#### III.2.c.iv. Mejora a través de la partición por donación por ascendiente (art. 2414, Cód. Civ. y Com.)

Comenzaremos por describir brevemente la figura de la partición por donación por ascendiente, la que se encuentra regulada en los arts. 2415 a 2420 del Cód. Civ. y Com.

A priori, "[l]a partición contiene dos elementos inseparables y esenciales; es una donación y desde este punto de vista transfiere irrevocablemente el dominio a los donatarios, necesitando ser aceptada por estos y aplicándose reglas de fondo propias de las donaciones; y es al mismo tiempo una partición, de donde nacen los derechos propios de los partícipes, como ser la garantía recíproca de las cosas comprendidas en sus porciones" (10).

Se trata de la posibilidad que otorga el Código de poder realizar un pacto entre los ascendientes y sus descendientes, a los efectos de dividir todo o parte de una herencia no abierta mediante una donación.

En el Cód. Civ. y Com. no caben dudas de que resultan de aplicación las normas generales del contrato de donación, como también, quedan claro, todas las normas hereditarias relacionadas con esta figura. Por ejemplo, el descendiente omitido o el hijo póstumo pueden ejercer la acción de reducción si no existen bienes suficientes luego de la muerte del donante, conforme surge del art. 2427 del Cód. Civ. y Com. También está el supuesto de la garantía recíproca de evicción entre los copartícipes de la partición por ascendiente, respecto de los bienes donados; se puede iniciar la respectiva acción aun antes de la apertura de la sucesión. El mismo sentido resulta del art. 2420, en cuanto expresa que "[l]a partición por donación puede ser revocada por el ascendiente, con relación a uno o más de los donatarios, en los casos en que se autoriza la revocación de las donaciones y cuando el donatario incurre en actos que justifican la exclusión de la herencia por indignidad", donde claramente subyacen normas de la sucesión mortis causa y las donaciones.

Ya explicaba Guastavino que la partición de la herencia por donación del ascendiente tiene varios fines, tales como prevenir contiendas relativas a la formación de los lotes, de modo de colaborar con la pacificación familiar; permitir a los ascendientes —a partir del conocimiento que tiene de sus hijos— dar a cada uno lo que pueda necesitar y evitar que, como sucede muchas veces, sea la suerte la que decida la adjudicación de los lotes; proporcionar al ascendiente un medio de liberarse —cuando llega a cierta edad— de las preocupaciones derivadas de la gestión patrimonial (11). A lo que se agrega, la posibilidad de mejorar a uno o varios de los herederos.

Además de estas ideas, el nuevo Código torna muy útil e interesante esta figura, sobre todo en cuanto a los efectos de la planificación sucesoria como método de prevención de conflictos, debido a lo que a continuación detallamos:

- a) Posibilita la inclusión del cónyuge supérstite en la partición por donación por ascendiente y habilita una gran herramienta de protección y prevención.
- b) Habilita la opción de donar solo la nuda propiedad, con reserva del usufructo.
- c) Permite como consecuencia de la donación recibir una contraprestación de renta vitalicia.
- d) Permite realizar mejoras.

Pero esto no es todo. Creemos también que puede constituir una herramienta muy interesante de canalización y complemento de otros pactos sobre herencia futura permitidos, tales como los pactos de familia contenidos en el segundo párrafo del art. 1010 del Cód. Civ. y Com., o la constitución de una mejora a favor del heredero con discapacidad del art. 2448. En este último, podría realizarse una partición donación por ascendiente y además realizar la mejora especial que la norma autoriza.

Ahora bien, el art. 2414 del Cód. Civ. y Com. regula la posibilidad de mejorar, no solo por testamento, sino

también por actos entre vivos, mediante la partición donación por ascendiente. El artículo dispone que "[e]n la partición, el ascendiente puede mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible, pero debe manifestarlo expresamente".

Este artículo se encuentra ubicado en las disposiciones generales relativas a la partición por ascendiente. En consecuencia, ello significa que pueden realizarse mejoras a los herederos forzosos mediante cualquiera de las dos formas de partición por ascendiente que el Código autoriza, esto es por donación o por testamento.

Sin embargo, únicamente importa un pacto sobre herencia futura permitido cuando la mejora se realiza a través de la partición por donación por ascendiente, tema que abordaremos a continuación. En cuanto a la mejora por testamento lo hemos trabajado en el punto relativo a las mejoras por testamento.

#### IV. Mejora al heredero con discapacidad (art. 2448, Cód. Civ. y Com.)

##### IV.1. Introducción

Como una novedad legislativa, y en consonancia con el principio de solidaridad familiar, se regula la mejora a favor del heredero con discapacidad. Al respecto, expresa el art. 2448 del Cód. Civ. y Com.: "El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

"Se trata de una mejora especial a favor de quien padece una discapacidad en los términos de la norma".

##### IV.2. Forma de disponerla

La forma de disponer la mejora a favor del heredero con discapacidad es muy amplia. La norma expresa que por el "medio que estime conveniente". De allí que podrá efectivizarse a través de donaciones, legados, fideicomisos o cualquier otro instrumento. La voluntad del legislador es no plantear barreras de ninguna naturaleza, cuando se trata de la protección a un heredero con discapacidad.

Resulta interesante la actitud del legislador en cuanto a mencionar expresamente el caso del fideicomiso. Es decir, se permite la incorporación de heredero con discapacidad como beneficiario de un fideicomiso en el que se designa a otros herederos como fideicomisarios, para que estos últimos reciban los bienes cuando cese la incapacidad o acaezca la muerte del beneficiario.

Es evidente que la amplitud de la norma permite también realizar esta mejora a favor del heredero con discapacidad mediante un pacto sobre herencia futura permitido relativo a las mejoras que aquí analizamos. El hecho de que el artículo mencione expresamente al fideicomiso. Al no distinguir si es contractual o testamentario, se interpretan autorizados ambos. De allí que, entonces, cabría la opción de realizar esta mejora a través de un fideicomiso contractual, que resulta, así, un pacto permitido.

##### IV.3. Beneficiarios

Esta mejora solo puede ser dispuesta a favor de ascendientes y descendientes; no resulta aplicable al cónyuge.

Esta decisión de política legislativa ha sido criticada por algunos sectores de la doctrina [\(12\)](#). No compartimos la crítica, dado que el cónyuge tiene otro tipo de protecciones, tales como el derecho real de habitación del cónyuge supérstite o la opción al régimen de comunidad de ganancias, además —por supuesto— de la posibilidad de ser mejorado dentro el margen de la porción disponible (no la ampliada como este caso). Es decir que, si a los beneficios citados se adiciona una mejora con la totalidad de la porción disponible, ello daría por resultado la posibilidad de apropiarse de prácticamente la totalidad del patrimonio del causante.

##### IV.4. Porción disponible para la mejora especial. Cálculo. Relación con la legítima individual

La norma de referencia determina que el causante podrá disponer, "además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad".

¿Cómo se calcula? Tomemos como referencia un caso en el cual los herederos de una persona (Juan) son sus dos descendientes, uno de ellos (Matías) incapaz. Tienen una legítima del 66,66% y una porción disponible del 33,33%. Por ende, la porción de que se puede disponer para mejorar al heredero incapaz asciende al 55,55% del total, que resulta de sumar al 33,33% de la porción disponible el tercio de la legítima (22,22%).

Va de suyo que, además de la mejora, al heredero incapaz le corresponde el porcentaje al que tiene derecho en su calidad de simple heredero. En el caso referido, la legítima global aparece disminuida, por lo que solo

asciende al 44,45%. Como son dos los herederos, la legítima individual de cada uno de ellos es del 22,225%. Por lo tanto, en caso de que el futuro causante disponga en su favor la totalidad de esta mejora, el heredero con discapacidad recibirá el 77,775% del acervo, resultante de sumar al 55,55% de la mejora especial el 22,225 de su porción de heredero simple.

#### IV.5. Mejora para herederos con discapacidad y liberalidades a terceros

Resulta evidente que la posibilidad de avanzar sobre la legítima hereditaria para mejorar a un heredero con discapacidad presupone haber dispuesto la totalidad de la porción disponible a favor de este. No es posible que el futuro causante utilice la porción disponible general o parte de ella a favor de extraños o algunos de los coherederos, y luego pretenda utilizar la mejora estricta para el heredero con discapacidad y la restrinja exclusivamente al tercio de legítima.

Volvamos sobre el ejemplo del punto anterior. Como vimos, Juan (el padre) tiene derecho a mejorar a Matías (el hijo incapaz) con un 55,55%. Pero no puede entregar la porción disponible general a favor de un tercero (33,33%), y luego aplicar únicamente el 22% (1/3 de la legítima) en concepto de mejora estricta a favor de Matías.

No es un plus que se le da al causante cuando tiene entre sus herederos forzosos a una persona con discapacidad. Es un beneficio para este último, dada su vulnerabilidad.

El art. 2448 es claro: "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". La norma recurre al plural: "para aplicarlas". Es decir, se refiere a ambas porciones: la disponible general y la de la mejora por incapacidad. A mayor abundamiento, la legítima no puede estar sometida a condición o gravamen, salvo la mejora estricta, que solo resulta viable a favor del heredero con discapacidad.

Para sintetizar, desde nuestra perspectiva esta mejora solo puede ser utilizada de manera total cuando el causante no hubiera dispuesto de otras liberalidades para coherederos o terceros. En su defecto, corresponde la reducción. En estos casos, aunque el Código no lo estipule, deberían reducirse solo las liberalidades de los terceros o coherederos, dejando siempre a salvo la protección al vulnerable. Se configuraría un supuesto de reducción excepcional.

#### IV.6. La discapacidad que regula el artículo 2448 del Código Civil y Comercial

La última parte del art. 2448 del Cód. Civ. y Com. establece que, "[a] estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral".

Se trata de una fórmula abierta que deja un amplio criterio al juzgador. Va de suyo que la discapacidad que requiere el artículo no exige ningún tipo de declaración judicial. Debe tratarse de una alteración funcional, que puede ser permanente o prolongada. De allí la opción que da la norma respecto de la constitución de un fideicomiso, cuya aplicación al caso ya hemos examinado. Por ejemplo, el incapaz puede recibir los frutos en carácter de beneficiario hasta que se solucione su alteración, y se pueden constituir como fideicomisarios todos los herederos por partes iguales. Pensemos en un heredero que haya padecido un accidente y se encuentre inmovilizado, pero que luego de la rehabilitación podrá seguir con su vida normal. El causante pueda destinar un buen caudal de los frutos de sus bienes a favor de este hijo, y, una vez que este se rehabilite, el destino final de los bienes será su reparto entre todos los herederos-fideicomisarios por partes iguales.

La alteración —que puede ser física o mental— debe a su vez implicarle al afectado "desventajas considerables para su integración". La norma, si bien amplia e inclusiva, es muy precisa en cuanto a los parámetros que tanto el causante como luego el juzgador deberán evaluar para su procedencia. Las desventajas deben ser "considerables". Esto es lo que justifica el abultado porcentaje que puede llevarse el heredero con discapacidad entre la mejora especial y su porción de legítima.

Por último, la "desventaja considerable" debe repercutir negativamente en la integración familiar, social, educacional o laboral del afectado.

#### V. Conclusión

Pretendimos demostrar la versatilidad de la mejora como instrumento de planificación sucesoria. Sin embargo, en general se opta por realizar donaciones disimuladas o encubiertas, que lejos están de configurar una planificación sucesoria eficiente, y que en general derivan —luego de la muerte del causante—, en pleitos interminables, que tienen más de sentimientos heridos que de satisfacciones económicas.

Con la mejora, se evitan los conflictos.

La mejora importa la decisión del futuro causante, de explicitar su voluntad de quebrar la igualdad entre sus legitimarios, para beneficiar a alguno de sus herederos, lo que —por más que disguste a algún heredero perjudicado por ella— evita conflictos luego de la muerte.

Para finalizar, nos gustaría cerrar el trabajo con un párrafo de Miguel de Cervantes Saavedra, de su clásico libro *Don Quijote de la Mancha*, cuando en el cap. LXXIV, titulado "De cómo don Quijote cayó malo, y del testamento que hizo, y su muerte", refiriéndose al heredero decía: "Cerró con esto el testamento, y tomándole un desmayo, se tendió de largo a largo en la cama. Alborotáronse todos, y acudieron a su remedio, y en tres días que vivió después deste donde hizo el testamento, se desmayaba muy a menudo. Andaba la casa alborotada; pero, con todo, comía la Sobrina, brindaba el Ama, y se regocijaba Sancho Panza; que esto del heredar algo borra o templaba en el heredero la memoria de la pena que es razón que deje el muerto" [\(13\)](#). Con más razón sucederá a aquellos que resulten beneficiarios de una mejora.

(A) Doctora en Derecho; profesora titular de Derecho de las Sucesiones (Facultad de Derecho, UNR); directora de la Especialización en Derecho Sucesorio (Facultad de Derecho, UNR).

(1) Ver HERNÁNDEZ, Carlos A. — IGLESIAS, Mariana B., "Los pactos sobre herencia futura como herramienta de planificación sucesoria (con especial referencia al pacto de familia del art. 1010)", RDCO 272, 709; IGLESIAS, Mariana B. — HERNÁNDEZ, Carlos A., "La planificación sucesoria: diálogo entre el derecho contractual y el derecho sucesorio", LA LEY del 15/04/2011, 1; LA LEY, 2011-B, 1051; AR/DOC/976/2011.

(2) ZANNONI, Eduardo, "Derecho de las sucesiones", t. II, p. 159.

(3) Al respecto, la jurisprudencia tiene dicho: "De la disposición de testamentaria por la cual el causante dejó un bien determinado a uno de sus hijos no puede inferirse que su intención hubiera sido mejorar la porción disponible de este, si no existe cláusula expresa de mejora y ello no surge inequívocamente de los términos del testamento" (CNCiv., 15/11/2013, sala M, "G., S. M. s/ sucesión ab intestato", AR/JUR/82909/2013).

(4) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "La mejora", Ed. Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2003, p. 145.

(5) GUASTAVINO, Elías, "Pactos sobre herencia futura", Ediar, Buenos Aires, 1968, 369.

(6) *Ibidem*, p. 74.

(7) Ver IGLESIAS, Mariana B., en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.), *Tratado de derecho civil y comercial*, LA LEY, 2016-VIII, pto. 17 (Proview).

(8) Ver FERRER, Francisco A. M., en ALTERINI, Jorge, *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. XI, p. 617.

(9) Ver IGLESIAS, Mariana — KRASNOW, Adriana, "Derecho de las familias y las sucesiones", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, pto. 15.4.

(10) GUASTAVINO, Elías, *ob. cit.*, p. 311.

(11) Guastavino cita a Videla Escalada y explica que el mencionado autor sostenía "que la partición por ascendiente, aunque ha sido poco utilizada tiene innegables ventajas, especialmente al permitir que se prevea el desarrollo, para después de su fallecimiento, de las distintas empresas a que pueda estar ligado" (GUASTAVINO, Elías, *ob. cit.*, p. 306 y nota 398).

(12) Osvaldo Pitrau y Romina Dangeli expresan que "[l]a norma dispositiva en su primera parte refiere como beneficiarios de la mejora únicamente a los 'descendientes o ascendientes', excluyendo, a nuestro entender, injustificadamente, al cónyuge superviviente. Como sostienen Rolleri y Olmo, si bien es cierto que podría alegarse que el cónyuge superviviente ya goza de medidas de protección tales como las referidas al hogar conyugal o el derecho real de habitación, no es menos cierto que ellas alcanzan a todo cónyuge, independientemente de contar o no con una discapacidad. Por lo tanto, el hecho de que ya goza de una protección podría alegarse también de los otros herederos legitimarios al asignárseles una porción legítima. Nada alejado de la realidad es que el cónyuge superviviente cuente con similar edad y estado de salud que el causante mismo, por lo cual, previendo esta circunstancia y evaluando la situación de discapacidad en la que pueda encontrarse, no parece justo excluirlo de la posibilidad de poder contar con esta mejora, mucho más cuando en definitiva es el mismo causante-testador quien decidirá el otorgamiento de dicho beneficio" (PITRAU, Osvaldo — DANGELI, Romina, en RIVERA — MEDINA, *Código Civil y Comercial comentado*, t. VI, p. 408).

(13) CERVANTES, Miguel de, "Don Quijote de la Mancha"; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *ob. cit.*, p. 14.