

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL. setiembre 2017

Ponencia de los Dres. Arianna, Carlos; Hernández, Lidia B.; Ocampo, Guillermo; Ugarte, Luis.

1.- Acción de colación. Legitimación activa.

Proponemos la interpretación del art. 2395 integrándolo con lo dispuesto por el art. 2385 del CCiv. y Com. por lo que deberá interpretarse dichas normas en el sentido que si el ascendiente no está obligado a colacionar tampoco puede solicitarla.

Fundamentos:

Con respecto a las personas obligadas a colacionar recordemos que el art. 2385 se refiere a las descendientes y el cónyuge del causante, excluyendo a los ascendientes.

Esta nueva disposición, novedosa en nuestro derecho, tiene como fuente el Proyecto de 1998 y al derecho español en el sentido de considerar que los ascendientes si bien son legitimarios no tienen la acción de colación porque las donaciones efectuadas por el causante no se consideran anticipo de herencia.

En el derecho español y en el derecho romano se ha señalado que el fundamento de la colación está en la voluntad presunta del causante al momento de la donación y no en la situación de igualdad de los herederos en el momento de la muerte; de allí que la donación que el hijo hiciera al padre no se considerara adelanto de herencia.

En el Código Civil el art. 3478 prescribía que la colación es debida por el coheredero a su coheredero, no es debida ni a los legatarios, ni a los acreedores de la sucesión y el art. 3476, conforme la ley de fe erratas, los limitaba a los herederos forzosos.

De todas formas ya con el Código se advertía que la ley no alcanzó la congruencia apetecida, ya que si el fundamento confesado por el Codificador partía de entender que la donación realizada por el causante a un heredero debe presumírsela como un adelanto de la

herencia, no se advertía la compatibilidad de ese principio con la obligación de colacionar impuesta a los ascendientes.¹

Esta última advertencia tuvo recepción en el Código Civil y Comercial siguiendo el art. 2339 del Proyecto de 1998, por lo que con la nueva legislación si bien el ascendiente es legitimario no es sujeto pasivo de la acción de colación. En otras palabras no está obligado a colacionar las donaciones recibidas del causante.

Así, el art. 2385 con el título "Personas obligadas a colacionar" solo menciona a los descendientes y al cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada los que 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 testamento.

Si bien parece subsanada la crítica que en su momento se hizo al régimen anterior, lo cierto es que nuevamente se han señalado inconvenientes producidos por la nueva norma. Siguiendo la tradición romanista se presume la voluntad presunta del causante, y por ende, la donación a un ascendiente no es considerada un adelanto de herencia. Sin embargo, al reconocer a los ascendientes como legitimarios sin imponerles la obligación de colacionar, se lesiona otro principio como es la igualdad entre ellos.

En este aspecto, resulta ilustrativo el ejemplo dado por Zannoni. Imagínese, dice, que al causante le heredan sus padres y el cónyuge y hubiera hecho donaciones a alguno de sus ascendientes -o a ambos-y también al cónyuge supérstite. Pues bien en el ejemplo dado la desigualdad resulta evidente pues mientras el cónyuge debería colacionar su valor, los ascendientes no estarán correlativamente obligados a hacerlo. En este supuesto también cabe destacar la diferencia entre el cálculo de la legítima y la masa partible, pues a los fines de la colación corresponderá tomar el valor líquido de los bienes de la herencia y sumar sólo el de los bienes donados al cónyuge supérstite; pero para establecer la porción disponible a los fines de una eventual reducción sí corresponderá agregar el valor de las donaciones a los ascendientes que determinara si se trata de una donación inoficiosa.²

¹ Maffia, Jorge O. Tratado de las sucesiones, T II, p. 170, núm.607. Depalma 1982.

² Zannoni, Eduardo, Algunos aspectos sobre la igualdad entre herederos forzosos y la protección de la legítima hereditaria en el Proyecto de Código Civil (Acciones de colación y de reducción), en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3 Rubinzal Culzoni. Editores, p. 655.

De todas maneras debe hacerse una aclaración que divide a la doctrina. La desigualdad señalada por Zannoni implica que este autor considera que los ascendientes no son sujetos pasivos de la colación, pero sí se encuentran legitimados como herederos forzosos a exigir la colación, aplicando el art. 2395 que no los excluye pues en general habilita para pedir la colación a quien era coheredero presuntivo a la fecha de la donación.

Empero, Azpiri entiende que los ascendientes no tienen la acción de colación a pesar de ser legitimarios. Si bien no aclara esa afirmación, entendemos que subsanaría la desigualdad de los herederos, en tanto quien no está obligado a colacionar, a su vez no pueda reclamarla tal obligación a los otros legitimarios.³

Se promueve una inteligencia de los arts. 2385 y 2395, interpretando dichas normas en el sentido que el ascendiente que no está obligado a colacionar tampoco puede solicitarla.

Entendemos que la aplicación del principio que la colación se debe entre legitimarios, resulta aplicable sólo en el caso de que todos ellos tengan la legitimación pasiva, por lo que en el caso de que alguno de ellos no colacione no tendrá la acción de colación.

Ello sin perjuicio que pueda sostenerse de *lege ferenda*, volver a la solución del Código Civil siguiendo al derecho francés, aunque entendemos que no puede hacerse por vía interpretativa del Código vigente como lo hacen algunos autores (véase Medina, Graciela, Rolleri, Gabriel, Derecho de las sucesiones, p. 480, Abeledo Perrot 2017).

³ Azpiri, Jorge, Incidencia del Código Civil y Comercial. derecho sucesorio, p. 200.