

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Comisión 9: Sucesiones: “Partición y colación”

Título: “Los Principios de Autonomía de la Voluntad e Igualdad en el Instituto de la Colación”

Autoras: Mónica Assandri^{1*}, Adriana María Warde**, Nancy Ruth Canelo***, Lucía Hipatía Parodi****, Wendi Romina Oroná***** y Florencia Paccussi*****.

RESUMEN:

En la presente ponencia se trabajan los principios de igualdad y de autonomía de la voluntad en el instituto de la colación y su regulación en el Código Civil y Comercial. Se hace especial referencia a la exclusión de los ascendientes de la obligación de colacionar y su contraposición con el principio de igualdad de los herederos legitimarios como fundamento de la colación.

CONCLUSIONES:

a) De legedata

- La exclusión de los ascendientes de la obligación de colacionar atenta contra el principio de igualdad de los herederos legitimarios que protege la acción de colación.
- Esta exclusión conlleva a una situación de injusticia e inaceptable desequilibrio entre coherederos, toda vez que los ascendientes no deben colación, pero se encuentran legitimados activamente para reclamarla.
- La autonomía de la voluntad del causante y sus facultades para disponer del destino de sus bienes post mortem está adecuadamente garantizada en la dispensa de colación o cláusula de mejora.
- Los principios constitucionales de igualdad y de autonomía de la voluntad deben estar garantizados en las normas que rigen el instituto de la colación y es fundamental respetar el equilibrio entre ambos.

b) De legeferenda

- Los ascendientes deben colacionar, al igual que los descendientes y el cónyuge supérstite, pues, el fundamento de esta acción es la protección de la igualdad entre coherederos.

¹ 1 *Especialista en Derecho de Familia, Profesora de Derecho Privado I y VI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C. **Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Especialista en Derecho de Familia. Profesora de Derecho Privado VI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.N.C. ***Ab. Especialista en Derecho de Familia y Sucesiones, Aspirante al Doctorado en Derecho y Adscripta de Derecho Privado VI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.N.C. **** Becaria Doctoral CONICET, Adscripta de las Cátedras de Derecho Internacional Público y Derecho Privado VI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales U.N.C. *****Profesora de Derecho Privado I y VI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C. *****Ab. Adscripta de la Cátedra de Derecho Privado VI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.N.C.

I. CONCEPTO Y REGULACIÓN DE LA COLACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

La colación hereditaria, así como su fundamento legal, se remontan al Derecho romano, en cuyo seno se gestó y fue transitando etapas sucesivas y distintas. En nuestro país fue receptada en el Código Civil de Vélez y conceptualizada por diversos autores.

Por su parte, Guillermo A. Borda establece que *“toda donación hecha en vida por el causante a uno de sus herederos forzosos se presume como un simple adelanto de herencia; por tanto, al realizarse la partición, se computará dentro de la hijuela de ese heredero, compensándose a los otros con bienes de igual valor. Esta obligación del heredero forzoso de traer a la masa el valor de los bienes que le fueron donados, se llama colación”*². Jorge O. Azpiri, la define como *“el derecho que tiene un heredero forzoso para exigir que otro heredero forzoso, que ha recibido una donación en vida del causante, traiga a la masa de partición el valor de dicha donación”*³. Finalmente, Pérez Lasala, entiende que la colación implica *“computar en la masa partible el valor de las donaciones que el causante le hubiere hecho en vida a un heredero forzoso que concurre con otros herederos forzosos, e imputar en su propia porción ese valor, para compensar a los demás herederos en bienes hereditarios equivalentes a los que fueren donados al colacionante”*⁴

El Código Civil y Comercial de la Nación regula la colación hereditaria en el Libro Quinto, Título VIII, Capítulo 3. Sin conceptualizarla, pero estableciendo sus aspectos fundamentales el art. 2385 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. Dicho valor se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. También hay obligación de colacionar en las sucesiones testamentarias si el testador llama a recibir las mismas porciones que corresponderían al cónyuge o a los descendientes en la sucesión intestada. El legado hecho al descendiente o al cónyuge se considera realizado a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario”*.

² BORDA, G. A. (2008). *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

³ AZPIRI, J. O. (2006). *Derecho sucesorio - 4° edición*. Buenos Aires: Hammurabi

⁴ PEREZ LASALA, J. L., & PEREZ LASALA, F. (1989). *Curso de derecho sucesorio - XXXV*. Buenos Aires: Depalma.

De la lectura del artículo se infiere que en general, la norma conserva el espíritu que tenía la regulación del instituto en el Código Civil de Vélez. Sin embargo, hay una modificación respecto a la legitimación pasiva con la que disintimos por entender que atenta contra el principio de igualdad de los herederos forzosos que da fundamento a la colación: ***la exclusión de los ascendientes de la obligación de colacionar.***

La primera parte del art. 2385 establece como legitimados pasivos de la acción de colación a los descendientes del causante y al cónyuge supérstite quienes tienen el deber de colacionar el valor de los bienes donados por el causante. De esta manera se modifica la anterior regulación en la que se establecía que toda donación entre vivos hecha a un heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante sólo importaba una anticipación de su porción hereditaria (art. 3476), de manera tal que tanto los ascendientes como los descendientes debían reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto (art. 3477).

Si bien la norma del Código Civil y Comercial viene a zanjar una discusión arduamente planteada en la anterior regulación respecto a la obligación del cónyuge supérstite incorporándolo expresamente, elimina de plano la obligación de los ascendientes siguiendo el criterio sostenido por autores como Borda y Biblióni, quienes entienden que “*al ser considerada la donación un adelanto de la herencia, el camino normal de la vida es que el padre muera antes que el hijo, por ello no debía colacionar*”⁵. De esta manera, por un supuesto “orden natural” en el que los hijos hereden a los padres y no a la inversa, deberíamos entender que la donación efectuada a un ascendiente, supone simplemente una liberalidad y no un adelanto de herencia.

Disintimos con este criterio toda vez que no encontramos una razón jurídicamente válida para determinar tal eximición, máxime cuando tenemos en cuenta que el fundamento mismo de la acción es la protección de la igualdad de los legitimarios y nos encontramos con un heredero forzoso sin obligación de colacionar, pero con legitimación activa para reclamarla a lo demás coherederos.

II. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA ACCIÓN DE COLACIÓN.

a. Principio de Igualdad.

⁵ MEDINA, G. y ROLLERI, G (2017) *Derecho de las Sucesiones*. Buenos Aires: AbeledoPerrot

Los principios del derecho, en tanto proposiciones abstractas y universales tienen un rol fundamental, pues son ideas cardinales que dan razón, sustentan o fundamentan al sistema jurídico

El principio de igualdad se encuentra plasmado en el art. 16 de nuestra Constitución Nacional que reza: *"La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas."*

Esta norma fundamental, que garantiza una igualdad jurídico- formal de las personas, ha sido volcada a las distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico, siendo el fundamento y fin último de muchas normas. Tal es el caso de la acción de colación cuyo objetivo no es otro que proteger la igualdad que existe entre los herederos legitimarios considerando que, si el causante no manifiesta lo contrario, las donaciones efectuadas a alguno de sus herederos forzosos deben interpretarse como un anticipo de herencia. Dado que se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario, no se restringe la autonomía de la voluntad del causante, pues éste posee la facultad de dispensar de la obligación de colacionar, cuando haya querido beneficiar o incrementar en vida la porción hereditaria de uno de los herederos en particular. De esta manera el principio de igualdad no sería absoluto, puesto que admite la dispensa por parte del causante.

La igualdad de los herederos como principio rector de la colación, ha sido manifestada casi de manera unánime por la doctrina. Así, Medina y Rolleri explican claramente que *"la colación tiene como principal finalidad la igualdad de los herederos forzosos buscando eliminar cualquier desequilibrio patrimonial que pueda generarse con motivo de una donación entregada por el causante"*⁶. En idéntico sentido, se expresa Azpiri al afirmar que *"la acción de colación tiene por objeto restablecer la igualdad entre los legitimarios que ha sido quebrada por un anticipo de herencia"*.⁷

Así mismo, el principio de igualdad como fundamento de la colación también ha sido reconocido por la jurisprudencia que se ha expedido en numerosas oportunidades al respecto estableciendo que: *"Los tribunales al momento de resolver sobre la vigencia de la acción promovida valorarán la finalidad que se persigue a través de su ejercicio, que el supuesto de la acción de la colación es la igualdad entre coherederos y en la de reducción la tutela de la*

⁶ MEDINA, G. y ROLLERI, G (2017) *Derecho de las Sucesiones*. Buenos Aires: AbeledoPerrot

⁷ AZPIRI, J. O. (2017). *Derecho sucesorio - 5° edición*. Buenos Aires: Hammurabi

legítima frente a donaciones o legados (...)” (Bentivegna, Closefisa Carmen c/Bentivegna, Liliana Amelia s/acción de colación. SC Buenos Aires 27/11/2013). En idéntico sentido, la Cámara Civil y Comercial de la ciudad de Azul entendió que: *“La diferencia entre la acción de colación y la de reducción radica en que, en lo sustancial, la primera tiende a mantener la igualdad de los herederos (...)*” (S. de C., M. A. c/ C., G. M., CCiv. y Com. Azul. Sala II. 13/09/2011).

Ahora bien ¿cómo interpretar el principio de igualdad del art. 16 de la CN en el régimen de la colación? La doctrina de la Corte Suprema ha sostenido de manera reiterada que *la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias*. Si entendemos que por definición el derecho crea categorías y dispone clasificaciones tales como deudores/acreedores, solteros/casados, heredero legítimo/ heredero testamentario, el examen de la norma del art. 16 de la CN debe realizarse hacia adentro de dichas categorías para evaluar, si alguno de los integrantes es excluido del goce de ciertos derechos que se reconocen a otros.

Siguiendo este análisis, es fácil advertir que en el caso en cuestión se quiebra el principio constitucional de igualdad, toda vez que, perteneciendo los ascendientes a la misma categoría que los descendientes y el cónyuge, se les otorga a los primeros el beneficio de eximirse de la obligación de colacionar que si tiene el resto.

Esta norma deviene por demás de injusta si pensamos el hipotético pero muy factible caso en el cual concurren a la herencia de un causante (A) sin descendientes, sus ascendientes (B) y su cónyuge supérstite (C) a quienes ha realizado diferentes donaciones. En este caso se da la paradoja que, el cónyuge (C) no podrá reclamar la donación otorgada a su suegro (A), pero deberá colacionar las donaciones recibidas de su esposo (bajo el régimen de separación de bienes) ante el reclamo de los ascendientes del causante, dado que este se encuentra legitimado activamente para solicitar la colación según lo establecido en el art. 2395 del Código Civil y Comercial⁸.

Por estas razones, entendemos que la exclusión de los ascendientes de la obligación de colacionar es inconstitucional pues atenta contra el principio de igualdad entre los herederos legitimarios que la acción de colación intenta proteger. Asimismo, implica un trato discriminatorio para el cónyuge que concurre a la sucesión con su suegro en los términos de la ley 23.592⁹ contra la discriminación que prohíbe tanto al Estado como a los particulares

⁸ Artículo 2395 del Código Civil y Comercial de la Nación. Derecho de pedir la colación: *“La colación sólo puede ser pedida por quien era coheredero presuntivo a la fecha de la donación. El cónyuge supérstite no puede pedir la colación de las donaciones hechas por el causante antes de contraer matrimonio.”*

⁹Ley 23.592 Artículo 1º: *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la*

realizar acciones discriminatorias que impliquen “diferencias de trato establecidas o dispensadas sin fundamento razonable o legítimo derecho”.¹⁰

b. Principio de la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad ha sido definida en el diccionario jurídico de Ossorio como: “La potestad que tienen los individuos para reglar sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de un libre arbitrio”¹¹. Bidart Campos la delimita como “lo que pertenece o incumbe a la autonomía personal, a las decisiones personales, a la libertad y a la voluntad también personales, en un espacio en que el Estado y los terceros no pueden invadir o violar”¹². De Castro y Bravo, por su parte, deducen que: “en un sentido muy general, se entiende por autonomía privada, el poder de autodeterminación de la persona. El sentido inmediato del término se amplía así hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal. Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, para ejercitar sus facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones que le atañen. De modo que podría ser definida, como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”¹³. En este sentido, podemos afirmar que este principio conlleva un “poder de decisión” o el “ejercicio de la libertad personal” ligado a la posibilidad de resolver sobre ciertos aspectos de la vida.

Este principio es uno de los pilares sobre los que se edificó el Código Civil y Comercial y se encuentra establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que reza: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”. Tal como expresa la norma, este principio de la

Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

¹⁰ GELLI, M.A (2006) Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada. 3º Edición Buenos Aires: La Ley

¹¹ OSSORIO, M. (1982) *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Ed. Heliastra.

¹² BIDART CAMPOS, G (1999) *Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿Para que, hasta donde, con que alcance?* En Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

¹³ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1971). *El negocio jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

autonomía privada no es absoluto, si no que se encuentra limitado por el orden público, la moral y las buenas costumbres, así como también por distintas restricciones que obedecen a factores políticos, sociales y económicos.

El desarrollo doctrinario y jurisprudencial del art. 19 de la CN han ampliado la libertad y las opciones que se dan a las personas, para establecer su propio plan de vida. El Código Civil y Comercial es un claro ejemplo de dichos avances, pues ha otorgado un mayor protagonismo de las personas en relación a su patrimonio dándoles un conjunto de nuevas posibilidades para que autorregulen sus intereses.

En el marco del derecho sucesorio rigen, en su mayoría, normas de orden público que establecen numerosas restricciones a la autonomía de la voluntad y, como consecuencia de ello, al libre derecho a disponer de los bienes para después de la muerte de su propietario. La institución de la legítima hereditaria es un claro ejemplo de ello, pues esta porción de la herencia de la que no pueden ser privados los legitimarios implica reducir el margen de acción que tiene el causante para disponer de su patrimonio. En este sentido, el Código Civil y Comercial avanza respecto de su antecesor al reducir la legítima ampliando la porción disponible pues tal como explica Natale *“la porción disponible es el anverso de la legítima. Llamada también porción de libre disposición, es la parte que el testador puede disponer aun cuando haya legitimarios, beneficiando a terceros –incluido sus herederos no forzosos– mediante legados o mejorando a legitimarios, o incluso, instituyendo herederos a extraños (...)”*¹⁴

Ahora bien, no nos parece jurídicamente válido fundamentar la eximición de la obligación de colacionar que se da a los ascendientes en el principio de la autonomía de la voluntad, ni considerarla un avance respecto del campo de disponibilidad del causante; entendiendo que la donación que éste pueda hacerle a sus padres, no implica un adelanto de herencia sino una simple liberalidad. Ello debido a que, en el instituto de la colación, la autonomía de la voluntad del causante ya se encuentra expresada y garantizada en la dispensa de la obligación de colacionar. Ésta consiste en *“la expresión de voluntad del causante que esa donación entregada al heredero no debe ser considerada un adelanto de herencia sino una mejora en su posición hereditaria”*¹⁵ y según lo establecido en el art. 2385 *in fine* puede realizarse tanto en el acto de la donación como en el testamento.

¹⁴ NATALE, R. (2014) *La acción de reducción ante donaciones hechas a legitimarios* AR/DOC/2793/2014. Citado en MEDINA, G. y ROLLERI, G (2017)

¹⁵ MEDINA, G. y ROLLERI, G (2017) *Derecho de las Sucesiones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot

III. DERECHO COMPARADO

Un breve repaso del derecho comparado nos permite observar que en la generalidad de los casos se mantiene el régimen establecido en el Código de Vélez, en el que se establecía la igualdad de los herederos forzosos en tanto todos estaban obligados a colacionar y eran legitimados activos para reclamarla.

Perú: Artículo 831 del Código Civil: *Las donaciones u otras liberalidades que, por cualquier título, hayan recibido del causante sus herederos forzosos, se considerarán como anticipo de herencia para el efecto de colacionarse, salvo dispensa de aquél.*

Uruguay: Artículo 1100 del Código Civil: *La colación consiste en la agregación al cúmulo de la herencia, que hacen los herederos forzosos, de los bienes que recibieron del difunto cuando vivía y que deben serles imputados en su respectiva legítima. (Artículo 889, inciso 2°).*

España: Artículo 1.035 del Código Civil: *El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.*

Bolivia: Artículo 1254 del Código Civil (Anticipo de Porción Hereditaria). *Toda donación hecha a heredero forzoso que concurra a la sucesión del donante importa anticipo de su porción hereditaria, salvo el caso de dispensa a que se refiere el artículo 1255.*

Venezuela: Tiene un régimen diferente en que sólo los descendientes están obligados a colacionar y así lo establece el Artículo 1.083 de su Código Civil que establece: *“El hijo o descendiente que entre en la sucesión, aunque sea a beneficio de inventario, junto con sus hermanos o hermanas, o los descendientes de unos u otras, deberá traer a colación todo cuanto haya recibido del de cujus por donación, directa o indirectamente, excepto el caso en que el donante haya dispuesto otra cosa”.*

IV. CONCLUSIÓN

Desde un “enfoque teórico”, que en palabras de Bobbio pretende, dar cuenta del derecho como es, y no como debería ser, nos planteamos el análisis de la exclusión de los

ascendientes de la obligación de colacionar, y su adecuación o no a los principios constitucionales de igualdad y autonomía de la voluntad.

Teniendo presente que el principio de igualdad establecido en el art. 16 de la CN debe ser interpretado como “la igualdad de los iguales en igualdad de circunstancias”; estamos en condiciones de afirmar que el art. 2385 del Código Civil y Comercial atenta contra el principio de igualdad del art. 16 de la CN, toda vez que impone de manera arbitraria una condición más gravosa para algunos miembros de la categoría “herederos legitimarios” (descendientes y cónyuge que están obligados a colacionar) otorgando a los ascendientes un beneficio injustificado. Asimismo, se atenta contra la finalidad de la colación, que es proteger la igualdad de los herederos legitimarios, lo que fundamenta la inconstitucionalidad de la norma.¹⁶

Por ello, proponemos de lege ferenda que los ascendientes deben colacionar, al igual que los descendientes y el cónyuge, debiéndoselos incluir en una futura reforma legislativa.

¹⁶Tal como ha quedado establecido en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ha sido la intención dar un lugar a una constitucionalización del derecho privado estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, de manera tal que la ley sea interpretada “*teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*” (art. 2° del Código Civil y Comercial).. Y en este sentido también se ha expresado la jurisprudencia, “*Que, con respecto a la norma vigente en la actualidad, corresponde recordar que, por encima de lo que las leyes parecen expresar literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente. No se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines y, en especial, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y los principios fundamentales del derecho, en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo*” (CSJN, 23/10/2001, Fallos: 325: 3380). El fundamental rol que se le otorga a los principios en el Código justifican y exigen un análisis como el que hemos planteado.