

Comisión n° 9: Partición y Colación

“Las restricciones del CCCN para el ejercicio de las acciones de colación y reducción: su incongruencia con el mandato constitucional de protección integral de la familia”

Autor: Ab. Esp. Raquel Villagra de Vidal¹

Resumen de las conclusiones de la ponencia

De lege lata:

1. Las nuevas restricciones al ejercicio de las acciones de colación y reducción que le corresponden a los herederos legitimarios, sea en defensa de la igualdad entre ellos, o sea en protección de su porción legítima, contenidas en los arts. 2388, 2395, 2445, 3° p. y 2459 del CCCN, resultan limitaciones graves, irrazonables, e incongruentes con la solidaridad familiar post mortem que se enmarca dentro el mandato constitucional de protección integral de la familia (art. 14 bis de la C.N.).-
2. La prescripción del art. 2459 del CCCN resulta inaplicable a la acción de colación y eventual reducción (art. 2386 del CCCN), que pudiera entablar un legitimario respecto de las donaciones que el causante hubiera hecho a su coheredero legitimario.-
3. Procede la acción de reducción en contra del subadquirente del coheredero legitimario, en la medida en que la donación hecha por el causante lesione su porción legítima, si el coheredero legitimario es insolvente.-

De lege ferenda:

1. Procede la acción de colación y eventual reducción (art. 2386 del CCCN) en contra de un coheredero legitimario donatario respecto de cualquier donación realizada por el causante, aún cuando el legitimario no hubiera existido al tiempo en que ellas se hubieran hecho.-
2. Deben derogarse los arts. 2388 y 2395 del CCCN
3. Debe derogarse el art. 2459 del CCCN
4. Debe derogarse el 3° párrafo del art. 2445 del CCCN

1. Introducción: una nueva perspectiva desde la Constitución Nacional

García de Entrerría² afirma que la Constitución tiene fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, y también con todas sus implicancias³. Como norma jurídica fundante del orden jurídico de un Estado, es el eje obligatorio e imperativo de todo el

¹ Prof. Adjunto, Derecho de Familia y Sucesiones, Universidad Nacional de Córdoba

² GARCIA DE ENTRERRIA, Eduardo, *La Constitución como norma jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 50

³ Cfr. X Congreso Internacional de Derecho de Familia sobre el principio de solidaridad familiar

ordenamiento jurídico-político⁴. Coincidimos cuando señala: “*la supremacía constitucional implica que el resto del ordenamiento jurídico debe ser congruente con lo normado por el constituyente. Las normas inferiores serán válidas y vinculantes siempre que acaten lo dispuesto por la norma superior*”⁵. La protección integral de la familia es un mandato constitucional (art. 14 bis CN). Se corresponde con los Tratados de DDHH (art. 75 inc. 22 CN)⁶ que asientan *el reconocimiento jurídico del valor social de la familia* como “*el elemento natural y fundamental de la sociedad*” que “*...debe ser protegida por la sociedad y el Estado*”⁷. La familia cumple numerosas funciones, una la de constituir *una base de apoyo patrimonial para el desarrollo personal de los miembros que la integran*. Si se pretende su protección integral deben existir normas que respondan a una política social de orden civil que le asegure contar con aquellos instrumentos jurídicos que le permitan utilizar ese apoyo patrimonial para poder cumplir y seguir cumpliendo su cometido, pese a la desaparición física de alguno de sus miembros⁸.

Como lo hemos sostenido ya en otros trabajos⁹ la *solidaridad familiar*¹⁰ es un principio estructural no sólo del Derecho de Familia, sino también del Derecho Sucesorio¹¹. En su faz pasiva, podemos identificarla como la disposición a responder por el bien del otro, dando fundamento a los alimentos, al deber genérico de asistencia y de ayuda mutua; y en su faz activa - que se corresponde como necesario correlato- se identifica con la convergencia de esfuerzos individuales de los integrantes de la comunidad familiar que se traducen en contribución y colaboración pero también en goce común de los beneficios resultantes del esfuerzo de todos, dando fundamento a la ganancialidad, a la comunidad, a la vocación sucesoria tanto legítima como legitimaria. Encuentra su proyección en el orden sucesorio en tanto la contribución, la colaboración y los esfuerzos comunes convergen en *la transmisión de la riqueza familiar* ante el

⁴ LLOVERAS, Nora; SALOMON, Marcelo, *Tratado de Derecho de Familia*, La Ley, Bs.As., 2015, t.I., p.38

⁵ CASSANI, Daniel Horacio, *Diversidad de planes de vida albergados en la Constitución Nacional*” <http://danielcassani.blogspot.com.ar>

⁶ D.A.D. y Deb.Hombre (1948) Arts. XXIX y XXX; P. I.D.E., S. y C. (1966) Arts. 10 Inc.1 y 23, 1); C.A.D.H.(Pacto de San José de Costa Rica, 1969) arts. 17 y 32.

⁷ PEREZ LASALA, José Luis, *Tratado de Sucesiones Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26994*, T.II, Parte Especial, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 170, y la aguda observación de TOCQUEVILLE, Alexis, *De la democracia en América*, Madrid, 1894, t. I. p. 37

⁸ Ver funciones de la familia FANZOLATO, Eduardo I., *Derecho de Familia*, t. I, Ed. Advocatus, Córdoba, 2007, p. 30; cfr. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Eduardo y ROVEDA, G., *Manual de Derecho de Familia*, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2004, p. 13; VILLAGRA DE VIDAL, Raquel, *Fines del Matrimonio*, Revista Foro de Córdoba, n° 173, Año XXIV, Diciembre, 2014, p.111; BOSSERT, Gustavo A., *Régimen jurídico de los alimentos*, 2° ed. Ed. Astrea, Bs.As.2006.

⁹ VILLAGRA DE VIDAL, Raquel y CIARROCCA, Laura E., y equipo de investigación, en *El principio de solidaridad familiar en las decisiones judiciales: su aplicación a las relaciones conyugales y convivenciales bajo los nuevos paradigmas constitucionales*, en *Familias y Derecho. Un enfoque de principios*, Ed. Lerner, Córdoba, 2016, p.219/288; VILLAGRA DE VIDAL, Raquel, *La indignidad por incumplimiento del deber de solidaridad familiar*, ponencia presentada en la Comisión 7 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015

¹⁰ Ver Conclusiones XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil

¹¹ Los principios del derecho de familia se proyectan al orden sucesorio: el matrimonio y el parentesco son fuente del llamamiento legítimo

fallecimiento de uno de sus integrantes, dando origen a la vocación sucesoria legítima sustentada en el afecto presunto del causante, como también en el interés de la sociedad (y del Estado que la contiene y organiza) de dotar al grupo familiar sobreviviente de aquellos bienes que le servirán de sustento patrimonial para el futuro.

El CCCN exige interiorizarse sobre los cambios frente a lo normado por los arts. 1, 2 y 3 que imponen que los casos deben ser resueltos según las leyes aplicables, conforme a la C. N. y los Tratados de DDHH, la ley debe ser interpretada según sus palabras, finalidades, principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento y mediante una decisión razonablemente fundada. La preeminencia de la C.N. y los principios que la informan permiten invalidar la norma cuando su prescripción violenta el principio de protección integral de la familia. Todas las acciones que otorga el derecho sucesorio se sustentan en un sistema de *equilibrio razonable* entre *una voluntad del causante* -se le permite tener efectos jurídicos postmortem- y un *interés social*, nacido a posteriori del deceso y a veces a pesar de esa voluntad- que pretende procurar un orden pacificador que contemple los intereses patrimoniales de los miembros de la familia que le sobrevive y que necesitan de una protección efectiva e integral, asegurándoles la posibilidad de acceder a la riqueza acumulada contando con una vocación legítima de igualdad entre los iguales y de protección frente a los excesos del causante.-

Las restricciones que establece el CCCN en los arts. 2388, 2395, 2445, 3° p. y 2459, son incongruentes con la manda constitucional de protección integral de la familia (art. 14 bis CN) desvirtuando el principio de solidaridad familiar que debe informar todo el Derecho Privado, y por ende, el Derecho Sucesorio.-

La cuestión que abordaremos en nuestra propuesta se centrará en las limitaciones que contiene el CCCN para el ejercicio de las acciones que se le reconocen al heredero legítimo, acciones que tienden tanto a la defensa de la igualdad entre legítimos (colación)¹², como sólo de su porción legítima (reducción)¹³.- Entendemos que tanto la acción de colación como la acción de reducción que pueda articularse en subsidio de aquella¹⁴ (art. 2386 del CCCN), no debe limitarse sólo a las donaciones hechas por el causante dentro de los 10 años que precedieron la muerte del donante (art. 2459 del CCCN), ni tampoco exigirse que el heredero hubiera existido al tiempo en que ellas se hubieran hecho (arts. 2388 y 2445, 3° p. del CCCN). Si bien en el supuesto del art. 2386 del CCCN, ya no se trata de la primigenia acción de colación, lo cierto es que el

¹² Nota al art. 3478 CC; ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil Derecho de las Sucesiones*, T. I, 4° Ed. Astrea, 1997, p. 738

¹³ ZANNONI, op.cit., t. 2, p. 195

¹⁴ cfr. CORDOBA Marcos y FERRER, Francisco A., *Práctica del derecho sucesorio*, Ed. Astrea, Bs.As., 2016, p.135

resultado que arroje su ejercicio permitirá definir el valor del exceso que pudiera quedar sujeto a reducción, valor que el partidor deberá tener en cuenta si el coheredero legitimario ejerce estas acciones con éxito (art. 2376 del CCCN), por lo que deviene necesario precisar que tratándose de un efecto subordinado al resultado que surja del ejercicio de la acción de colación, el coheredero puede exigirla incluso respecto de donaciones realizadas más allá de los diez años de ocurrido el deceso del causante.-

2. La primera restricción: el plazo de diez años del art. 2459 del CCCN

Partimos de la convicción de que el objetivo perseguido por la acción de colación es lograr una *distribución igualitaria entre los coherederos*, asumiendo que –en principio- la ley no presume que el causante desee tratar de un modo distinto a sus herederos, fincando esta solución tanto en la voluntad presunta del autor de la sucesión (sistema de origen romano), como en la copropiedad familiar (sistema de origen germánico), ambos fundamentos reconocidos por la doctrina como causa y razón de la existencia misma del derecho sucesorio.- Decimos “en principio” porque también la ley le permite a su elección mejorar a algunos con una mayor porción si esa voluntad es expresa (art. 2414), o incluso en algunos supuestos excepcionales, es la propia ley la que presume la intención de mejorar (cfr. arts. 2461, 2386, a contrario sensu, 2385, 4º p. del CCCN). En ambos supuestos esa mejora sólo puede extenderse hasta el límite de la porción disponible, salvo la mejora estricta al descendiente o ascendiente con discapacidad que permite excederla en un tercio (art. 2448 del CCCN).- La mayor o menor extensión de la porción disponible dependerá del régimen de legítimas vigente a la fecha del fallecimiento y de quienes definitivamente acepten la herencia, sistema que no se funda ya en la voluntad presunta o expresa del causante, sino en la voluntad de la misma ley que busca evitar que el causante deje sin ninguna porción de la herencia a aquellos herederos que –por lo general- forman su familia más próxima, sistema que se basa en normas imperativas e indisponibles respecto del causante en miras al interés familiar, de modo que se las ha caracterizado como normas de orden público¹⁵.-

El sistema de protección a la legítima cuenta con una raíz constitucional indiscutible que nos exige advertir que cuando la declaración contenida en la Constitución no va acompañada de medios para asegurar su efectivización, se vuelve ineficaz por insuficiente¹⁶. Las normas de protección al legitimario en miras al resguardo de la familia que sobrevive, decididamente emergen cuando la voluntad real o presunta del causante aparece contraria al orden público

¹⁵ Cfr. posición de VENTURA Gabriel B., *Donaciones – Necesidad de modificar el art. 2458 del Código Civil y Comercial*”, Revista Notarial, Año 2016/02 n°94, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba

¹⁶ CORDOBA, Marcos y FERRER, Francisco A., *Práctica del derecho sucesorio*, Ed. Astrea, Bs.As., 2016, p.158

familiar. La ley establece limitaciones a los derechos individuales: *al causante*, al establecer que su voluntad será respetada sólo en la medida que no exceda su porción disponible que se determinará recién cuando fallezca; *a los sucesores*, en tanto les impide realizar convenciones sobre derechos hereditarios futuros, o efectúen renunciaciones anticipadas a ellos. Si en función de ese interés social de proteger la familia previo a la muerte del causante la ley impone la irrenunciabilidad de todos los derechos sucesorios que les reconoce (arts. 2447 y 2449 del CCCN), no puede la misma legislación *contrariando aquella finalidad protectoria* negarle la posibilidad de ejercerlos en virtud de un tiempo transcurrido antes de que estos mismos derechos hubieran nacido. Resulta una solución irrazonable e incongruente con la existencia misma de la protección: indirectamente les impone una renuncia anticipada al ejercicio de sus derechos futuros, renuncia que el mismo sistema les impide efectuar antes del fallecimiento del causante. Si el legitimario no puede ni renunciar ni ejercer ningún derecho hereditario antes de la muerte del causante porque sencillamente no hay ninguna herencia que recibir, no puede perder anticipadamente la posibilidad de recibirla cuando esa muerte acaezca.

Por otro lado, la prescripción que prevé el art. 2459 del CCCN no es ni una adquisitiva ni una liberatoria¹⁷. Dispone el art. 1897 del CCCN *“la prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”*, aclarando que para la prescripción breve el art. 1898 del CCCN exige justo título y buena fe. Al explicar estos dos requisitos el art. 1902 del CCCN expresa *“el justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión revestido de las formas exigidas para su validez cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto. La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella”*. Como se advierte el supuesto no es una prescripción “adquisitiva” porque el legitimario donatario no adquiere ningún derecho nuevo u originario que no tenga ya de forma derivada de su antecesor. La transmisión que el causante donante le efectuó a su favor es una transferencia con un título suficiente para adquirir la propiedad, con plenos efectos desde que la recibió, traslativa de la posesión animus domini y eficaz ya que el donante disponente ninguna limitación legal tenía para disponer como lo hizo. Nada agrega a su derecho el tiempo transcurrido. La colación o la eventual reducción que prevé el art. 2386 del CCCN, en modo alguno presupone

¹⁷La prescripción liberatoria de las acciones de colación y reducción que nacen con la calidad de heredero, cuyo curso comienza invariablemente con la apertura de la sucesión, es de cinco años en función de lo dispuesto por el art. 2560 del CCCN ya que se trata de acciones personales aún cuando la segunda pueda tener rasgos reipersecutorios

que el disponente no fuera capaz para donar o que no tuviera derecho a hacerlo (art. 1906 del CCCN) ya que la protección de los derechos sucesorios del legitimario y por ende, las acciones que la consagran en virtud del mandato constitucional, nacen en cabeza del heredero recién cuando se abre la sucesión, de modo tal que cuando tuvo lugar el acto de transmisión a favor del coheredero legitimario, ningún vicio intrínseco hubo en el acto que pudiera generar una sanción de invalidez a su respecto. Lo único que nace en cabeza de los herederos tanto del beneficiado como de su coheredero luego de la muerte, es el derecho de uno a exigir del otro la colación y la eventual reducción, y el correlativo deber del requerido de computar el valor de lo donado e imputarlo a su hijuela y sólo en caso de lesionar la legítima del coheredero, el deber de compensar los valores restaurando el equilibrio sea en especie o en dinero, derecho y obligación que sólo pueden nacer y sobre todo ponderarse en orden a su procedencia, cuando se abra la sucesión. Ningún derecho o limitación nace en cabeza del donante disponente porque él como sujeto de derecho ya no existe. Si a posteriori y eventualmente aquella donación debiera ser revocada esta resolución del dominio no deriva de una circunstancia concomitante al acto que pudiera siquiera ser conocida de allí la imposibilidad de hablar de buena o mala fe del donatario (cfr. art. 1902 del CCCN), sino necesariamente del *acaecimiento de un conjunto de hechos y actos jurídicos posteriores a la transmisión ajenos a las partes* que exceden al título mismo. Dependerá de que el donante sea el causante, que el donatario sea su heredero, que este heredero sea legitimario, cual sea el valor de la cosa transmitida y sobre todo el valor y estado del resto de los bienes que componen la herencia, circunstancias todas desconocidas tanto por el donante como por el legitimario como por los terceros. Si al tiempo de la muerte del donante se comprueba que manteniendo la donación en cabeza del donatario sin colacionar, se lesiona la igualdad de trato entre los legitimarios, o sin reducir, se perjudica la porción legítima del colegitimario, recién allí nacen las acciones pertinentes ya que sólo en ese momento aparece necesaria la protección a los intereses patrimoniales de la familia. A ninguna prescripción adquisitiva entonces puede referirse el art. 2459 del CCCN¹⁸.-

No se trata de una prescripción liberatoria. Dispone el art. 2554 del CCCN “*el transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible*”. La acción para exigir la colación y la eventual reducción nace en cabeza del legitimario respecto de su coheredero con la muerte del causante, de modo tal que no puede tratarse en el caso de una prescripción liberatoria ya que el art. 2459 del CCCN pone el punto de inicio del cómputo del plazo de diez

¹⁸ PEREZ LASALA, op.cit. p284; CORDOBA, Marcos y FERRER, Francisco A., *Práctica del derecho sucesorio*, Ed. Astrea, Bs.As., 2016, p. 157

años el momento en que se adquiere la posesión (art. 1903 del CCCN) y no la fecha del nacimiento de la acción a prescribir, lo que constituye un verdadero despropósito volviendo letra muerta la protección de los legítimos.-

Por otro costado, sabemos que tanto en la prescripción liberatoria como en la adquisitiva no es el mero transcurso del tiempo lo que define los derechos, sino esencialmente, *la voluntad de los sujetos involucrados durante su transcurso*. Es la voluntad o la ausencia de ella lo que provoca la adquisición o pérdida de los derechos. El juez se ve impedido de declararla de oficio (art. 2552 CCCN, nota art. 3964 del CC)¹⁹.- Aquél que posee y pretende adquirir *originariamente* un derecho de propiedad no sólo requiere de su voluntad posesoria exclusiva, *animus domini*, exteriorizada por actos materiales, sino además exige *la inactividad del titular del derecho* que pretende usucapir.- En la prescripción liberatoria no es el mero transcurso del tiempo lo que genera la pérdida del derecho sino esencialmente la actitud del titular del derecho por el lapso de tiempo que la ley considera suficiente para brindarle resguardo.-En ambos institutos se está en miras de un valor social de seguridad jurídica pero que no es un valor vacío o preeminente, sino que -por el contrario- debe equilibrarse con los otros valores tan o más caros para la convivencia social. La protección de la familia y dentro de ese mandato la de los derechos sucesorios reconocidos a los legítimos debe cumplirse dentro de un sistema que haga un balance equilibrado entre los distintos derechos que se pretenden proteger. En este aspecto y de ahí la incongruencia del sistema instaurado por el CCCN frente al mandato constitucional, no puede el heredero legítimo llegar a perder un derecho que la ley consagra a su favor recién para después de ocurrido el fallecimiento del causante, por circunstancias ocurridas antes de la muerte como es el transcurso del tiempo, sin que él pueda en ningún momento actuar de alguna manera para preservarlo: no puede interrumpir (art. 2544 y 2546 del CCCN) o suspender ese plazo (art. 2539 del CCCN), sencilla y lógicamente porque a su respecto ni siquiera ha comenzado a correr; su derecho a recibir una parte de la herencia, nace en tanto y en cuanto sea heredero, y no hay herencia ni heredero sino hay muerto.

No es una caducidad; conforme al art. 2566 del CCCN “*la caducidad extingue el derecho no ejercido*”, y en el caso, el derecho aún no nació. La sin razón queda patente a poco que se advierta que aún tratándose de una caducidad el CCCN prevé la nulidad de aquella previsión contractual que establezca un plazo que haga “*excesivamente difícil... el cumplimiento del acto*

¹⁹ VITOLO, Roque Daniel, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado y Condordado*, Ed. Erreius, Bs. As., 2016 T. III, p. 2397) señala que se inspira en el respeto que se debe a la persona en cuanto al voluntario ejercicio de los derechos y en la eventual existencia de causales de suspensión, interrupción o dispensa de la prescripción

requerido para el mantenimiento del derecho o que implica un fraude a las disposiciones legales relativas a la prescripción”, poniendo el énfasis en la necesidad de una conducta omisiva por parte del titular del derecho para recién tornar operativa la sanción, omisión que no puede predicarse respecto de quien todavía no puede saber si es heredero ni mucho menos si la disposición lo afecta.-

La preferencia del legislador por el donatario o su subadquirente que ha poseído la cosa donada por más de diez años aparece a mi juicio, no sólo incongruente desde el punto de vista lógico sino esencialmente distorsiva de todo el sistema sucesorio que ve en la sucesión legitimaria un modo eficaz de proteger económicamente a la familia del difunto que le sobrevive, en especial, incluso en contra de los propios deseos del causante.-

No se trata aquí de proteger el derecho de propiedad del causante o su voluntad. Mientras vivió pudo hacer lo que quiso con sus bienes, pudo regalarlos a parientes y a extraños. Ninguna restricción se ejerció sobre su voluntad. Mientras vivió se respetó su voluntad jurídica al punto que pudo donar todos sus bienes sin cortapisas e incluso pudo testar y mejorar a su legitimario.- Desaparecido ya el titular de esos derechos la preocupación del legislador se dirige hacia quienes le sobreviven; ya no es la voluntad del muerto que se perpetua hacia la eternidad la que requiere del Derecho como instrumento para la paz social, sino quienes se ven necesitados de resguardo: los parientes o el cónyuge del fallecido y aquellos que recibieron de él los bienes gratuitamente. Estos –sean terceros o los mismos herederos- pudieron disfrutar mientras el donante fallecido vivía, todas las ventajas patrimoniales que ese acto les aparejaba, por lo que resulta ineludible ponderar este goce anticipado para equilibrar los intereses legítimos de todos los involucrados.- Ahora es el momento de proteger a los miembros de la familia que de acuerdo a un criterio objetivo de la ley, quedaron en una situación de desigualdad respecto de sus coherederos por eso les concede la acción de colación, o peor aún, sin la porción de la herencia que la ley les asegura a su favor, en caso de que aquellos valores dispuestos por el causante gratuitamente, excedan la porción disponible que el mismo sistema sucesorio crea y asegura como mecanismo de protección patrimonial de la familia (acción de reducción) en cumplimiento de aquel mandato constitucional.

3.2. La segunda restricción: la necesidad de existencia del legitimario al tiempo de la donación

Resta definir si el coheredero legitimario -que no estaba concebido al tiempo de la donación- puede exigir la colación y eventual reducción a su coheredero respecto de lo que el causante le hubo donado, o si sólo se le permite computar las donaciones efectuadas a partir de

los 300 días anteriores a su nacimiento, o el nacimiento del antecesor de su estirpe -en caso de venir los descendientes de los hijos por derecho de representación (art. 2427 y cc ²⁰, y 2445, 3º párrafo del CCCN. Tal como están las normas para el ejercicio de las acciones de colación y de reducción, se exige al legitimario estar concebido al tiempo de la donación. Lo que equivale a decir que el sistema legal privilegia al donatario o el subadquirente por sobre el legitimario, en aras a un interés de otra naturaleza, no familiar.- Aún cuando el donatario o subadquirente no pudieran oponer la mal llamada prescripción adquisitiva, no obstante el heredero no concebido no podría exigir la colación o eventualmente la reducción²¹, por no haber existido al tiempo de la donación, aún cuando el valor de lo donado pudiera exceder la porción disponible del fallecido. La solución resulta irrazonable con el fin tuitivo y su falta de correspondencia con el mandato constitucional de protección de la familia resulta evidente²².

Un padre tiene un hijo, a quien le dona todos sus bienes, probablemente creyendo que no tendrá ningún otro descendiente, luego -quizás en su vejez o fruto de otra relación- tiene otro hijo y fallece. Este segundo hijo no puede pedir la colación del valor de lo donado a su propio hermano por el solo hecho de no haber existido al tiempo en que se la hizo. En verdad el orden hereditario de los descendientes protegido por la ley frente a la voluntad del causante -es decir, como limitación a esa voluntad en aras a un interés superior- ya existía al tiempo de la donación. ¿El interés familiar se protege adecuadamente negándole al hijo menor, miembro de la misma familia y heredero como su hermano mayor de su progenitor, la posibilidad de pedir la colación de ese valor? ¿No repugna al más elemental sentido común que uno de los hijos conserve lo donado y su hermano no reciba nada cuando ateniéndonos al afecto presunto del causante, nada indica que hubiera querido de diferente modo a sus hijos?

El mayor sin necesidad de cláusula de mejora o dispensa, mantendría en su haber el valor de lo donado sin posibilidad de imputarlo a su hijuela porque no le podrían exigir la colación por imposibilidad de su colegitimario de articular la acción pese a que la legítima en tanto porción de

²⁰ Ya el C.C. de Vélez señalaba en el art. 3482 “cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos y primos, deben traer a colación todo lo que debía traer el padre si viviera, aunque no lo hubiesen heredado”

²¹ Cuyos efectos reipersecutorios se encuentran atenuados también por la posibilidad de desinteresar económicamente al legitimario perjudicado y sobre todo cuando se trata de una donación sujeta a colación porque la responsabilidad de este subadquirente sólo resulta exigible en la medida en que el donatario legitimario sea insolvente (art. 2456 del CCCN)

²² Al respecto reflexiona PEREZ LASALA, op.cit., t. I p 836 y t. II. p. 246 que “El nuevo Código ha dejado una importante laguna legal al omitir como posibles sujetos activos los descendientes que nacieron después de realizada la donación. Si esa laguna se interpreta como negación del derecho a reclamar la legítima a los hijos nacidos después de la donación, el retroceso legislativo nos parece evidente...Es natural que esa acción beneficie a todos los descendientes por igual, cualquiera que sea la fecha de su nacimiento”, “La negación de la acción de colación al hijo nacido después de la donación representa, en nuestra opinión, un retroceso en algo que la jurisprudencia había superado para evitar una desigualdad innecesario incluso irritante. Quizá hubo una inadvertida omisión del legislador”. De igual modo CORDOBA- FERRER, op.cit. p.129 señalan “Procede invocar el principio de igualdad y de integridad de la legítima para impugnar esta solución”.

la herencia resulta un instituto protectorio de la familia, en el caso los descendientes del causante.- La limitación de ejercicio no tiene fundamento razonable alguno. La protección de la familia de la cual aquél descendiente es parte integrante (al punto que el derecho sucesorio le reconoce vocación legítima y una porción en la herencia), debe primar por sobre el interés patrimonial de aquel que recibió gratuitamente los bienes y los disfrutó sin limitaciones mientras duró la vida de su benefactor, sea pariente o no.- Esta limitación temporal cercena de modo absoluto el derecho reconocido en la Constitución Nacional. La legítima que la ley le reconoce a los herederos más cercanos (v.gr. hijos y sus descendientes) que necesariamente implica la transmisión de una parte de la riqueza dentro de la familia más que un derecho reconocido a un sujeto individualmente considerado, importa una medida práctica, útil y razonable de velar por los intereses de los que sobreviven, al punto que la voluntad del causante será eficaz únicamente en la medida en que no afecte aquélla²³. Estimamos que no puede ser la protección del crédito y el tráfico inmobiliario el único objetivo de la ley que sancionada el CCCN exige al jurista cualquiera que sea el lugar desde donde ejerza su ministerio, una mirada renovada e integral desde el paradigma constitucional a la hora de comprender y aplicar todo el sistema sucesorio.-

Aceptado el sistema de legítimas, se yergue como una necesidad de ineludible equilibrio jurídico el reconocimiento a los herederos de los mecanismos correctos y adecuados para proteger los derechos que se derivan de aquél. Si en protección de la familia el legislador le reconoce una porción de la herencia de la cual el causante no lo puede privar, no puede el mismo sistema retacear los medios jurídicos para volver esa protección una mera declamación de derechos vacíos de contenido.- El causante sabe y conoce que lo que dispone gratuitamente puede luego tener una limitación: cuando él fallezca, y no antes, esa decisión puede importar dejar a sus herederos legitimarios ante la necesidad de exigir a sus coherederos la colación de los valores o incluso a exigir la reducción de los excesos comprendiendo también a terceros.- Si el nuevo código permite que tanto el donatario como el subadquirente desinteresen al heredero legitimario compensando aquél valor con dinero (art. 2454 del CCCN), la lesión resulta clara cuando el coheredero legitimario es insolvente. Lo que se disfrutó gratuitamente ahora lo será con costo porque hay otro interés prevalente. Nada tiene que ver la buena o mala fe ni del donante, ni del donatario ni del tercero. La gratuidad de la disposición es lo que coloca en la necesidad de verificar el equilibrio entre los derechos en juego en aras a un principio elemental de justicia.-

²³ En contra Ventura, loc. cit. CASABE, Eleonora *incidencias del Código Civil y Comercial Derecho notarial, registral e inmobiliario*, t.12, Ed. Hammurabi, B.As. 2016, p.194