

# LÍMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA EN SEDE DE DONACIÓN Y COLACIÓN

SOFÍA CAIRO

## I. Planteamiento

El Derecho nos enfrenta constantemente a situaciones que hacen cuestionarnos si ciertos límites del régimen legal son adecuados o si, por el contrario, resultan excesivos. Si bien no hay libertad sin límites, sino ésta se convertiría en libertinaje, en ocasiones una limitación excesiva puede actuar en desmedro de la persona y su dignidad. Este tipo de restricciones que impone el derecho llevan, como daño colateral, a la desnaturalización de la norma y del interés tutelado por la misma.

A esto se le suma que el derecho puede volverse obsoleto ante las nuevas realidades sociales y exigencias actuales. Una norma que era aplicable a cierto contexto temporal y social deviene irrelevante e, incluso eventualmente, puede llegar a desvirtuar la razón de ser de la misma. Es entonces que los principios generales del derecho vienen en auxilio del intérprete dándole sentido a todo nuestro sistema normativo. El ordenamiento jurídico requiere el elemento de ajuste frente a la realidad cambiante, y este se logra mediante los principios generales del derecho.

## II. Noción de autonomía privada

Como ha señalado la doctrina «el Derecho Contractual ha representado tradicionalmente el área de más plena realización de la voluntad del individuo»<sup>1</sup>. Siguiendo a Ordoqui Castilla «por principio de autonomía privada se entiende aquél que refleja el poder de las partes de regular todas las condiciones y modalidades de sus compromisos por sí solas»<sup>2</sup>. Betti señala que «la iniciativa privada (o la autodeterminación) es el mecanismo motor de toda regulación recíproca de intereses privados»<sup>3</sup>. En nuestro derecho encontramos consagrado el principio de autonomía privada en los artículos 1246 y 1291 del Código Civil, entre otros.

La libre expresión de la autonomía privada comercial afirma la dignidad de la persona. Sin pretender ahondar en aspectos filosóficos, considero que el velar libremente por nuestros intereses es innato a la naturaleza humana. Por lo tanto, a la hora de limitar el accionar de la persona en el ámbito comercial el legislador debe hilar fino. Implica que las limitaciones sean hijas de la necesidad, esto es, que se limite en la medida que sea imprescindible proteger un interés tutelado por el ordenamiento jurídico. No limitar el

1 PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, t. II, vol. 1, Barcelona, Ed. BOSCH, 1988, pág. 5.

2 ORDOQUI CASTILLA, *Desequilibrio de los contratos [Privados y Públicos]*, Montevideo, Ed. Univ. Católica del Uruguay, 2007, pág. 24.

3 BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Ed. Revista de derecho privado, 1959, pág. 40.

acto volitivo negocial a diestra y siniestra, sino con una razón legítima que se sustente en la ley misma. Por lo expuesto, considero acertada la doctrina al disponer que «al hablar de la autonomía privada negocial estamos frente a un problema de medida»<sup>4</sup>.

### III. Límites a la autonomía privada negocial en el contrato de donación

Hoy en día ha sido superada la opinión doctrinaria del modelo francés que pecaba de clasificar a la donación como acto. Siguiendo a Gamarra «no hay duda alguna, acerca de la naturaleza contractual de la donación»<sup>5</sup>. La donación es un negocio entre vivos, un contrato por el cual el donante, ejerciendo un acto de liberalidad, se desprende desde luego e irrevocablemente del objeto donado, como dispone la letra del artículo 1613 del Código Civil.

La donación entraña un acto de liberalidad, este es el elemento subjetivo conocido como “animus donandi” que, tal como señala Gamarra, se identifica con la causa de la donación definida con carácter general en el artículo 1287 como “la mera liberalidad del bienhechor”<sup>6</sup>. Ahora bien, la donación se ve limitada por el ordenamiento jurídico, y con razón, por cuanto hay ciertos intereses por los cuales el ordenamiento debe velar, incluso, por encima de la autonomía privada.

Claro está que no podría dejarse al mero arbitrio del donante qué disponer, en tanto esto acabaría en la desprotección de la familia, generando a su vez inseguridad jurídica. Por ello, el legislador dispuso en sede de donaciones “prohíbese donar entre vivos más de aquello de que pudiera disponerse libremente por última voluntad” remitiendo a sede de sucesiones y regímenes testamentarios.

La legítima, definida en el artículo 884 del Código Civil como la “parte de bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos, independientemente de la voluntad del testador y de que éste no puede privarlos, sin causa justa y probada de desheredación”, es un mecanismo para proteger a los herederos legítimos de todo acto liberal con que se pretenda vulnerar sus derechos. El artículo 885 del Código Civil dispone que tienen legítima los hijos legítimos y naturales y los ascendientes legítimos, estos últimos siempre que no haya dejado descendencia el causante. El art. 887 establece cuánto representará la porción legitimaria respecto de los bienes y en función del número de hijos; pautando la mitad de los bienes habiendo un solo hijo, las dos terceras partes si hay dos hijos y las tres cuartas partes si hay tres o más hijos.

Para saber cuál es la legítima, y averiguar si el causante se excedió en las donaciones hechas en vida vulnerando la misma, debe hacerse un cálculo dividiendo idealmente el patrimonio del causante en dos partes: una de libre disposición y la porción de la legítima<sup>7</sup>. En primer lugar, con los bienes que haya dejado el “cujus successione agnur” se

4 ALTERINI y LÓPEZ CABANA, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot 1989, pág. 16.

5 GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. VI, 3a. ed., Montevideo, 1980, pág. 20.

6 Cfr. GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. VI, 3a. ed., Montevideo, 1980, pág. 99.

7 Cfr. VENTURINI, *Manual de contratos*, t.I, 1a. ed., Montevideo, Ed. Universidad de Montevideo, 2014, pág. 379.

pagarán los rubros pautados en el artículo 1043 del Código Civil, dando lugar al acervo líquido. Una vez calculado este último, deberá reconstruirse idealmente el patrimonio sumándose el valor de las donaciones que ha hecho en vida el causante, obteniendo así el acervo líquido imaginario. Este patrimonio ideal se dividirá a su vez en dos partes: la parte de libre disposición y la correspondiente a la legítima. Una vez calculadas las dos porciones se compararán con las que realmente haya dejado el causante en el acervo líquido. Cuando las disposiciones testamentarias y las donaciones hechas en vida por el causante excedan la parte de libre disposición del acervo imaginario, los legitimarios podrán incoar la acción para lograr la reducción de donaciones y legados.

Entre coherederos se prevé el régimen de colación, entendida esta como 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. El Código Civil en el artículo 1101 dispone “*toda donación que se hubiese hecho a un heredero forzoso que tenía entonces la calidad de tal, se imputará a su legítima, a menos que en la respectiva escritura o en acto auténtico posterior se exprese que la donación ha sido hecha de la parte disponible a favor de extraños*”. Para después, en su segundo inciso, el legislador establecer “*Aun en este último caso, si la donación excediere la cuota disponible, el exceso estará sujeto a reducción (artículo 890)*”. Esto es, toda donación que el causante haya hecho a un heredero forzoso y exceda la “cuota disponible” es susceptible de ser atacada a través de la acción de reducción de donaciones.

Los primeros indicios de la colación se remontan al Derecho Romano. La denominada “*collatio bonorum*” fue un mecanismo mediante el cual el pretor buscó mitigar la desigualdad que se generaba entre los hijos emancipados y los que se encontraban bajo la patria potestad del pater familias. Se obligaba a los emancipados a aportar a la masa hereditaria cuanto hubiesen adquirido, es decir, todo aquello que de no estar emancipados, hubiesen adquirido para el pater. Más tarde aparece la colación justiniana, aplicable a todas las donaciones y que se funda sobre el principio que la ley considera que el difunto, habiendo hecho liberalidades a un descendiente, no quiso proporcionarle una ventaja absoluta respecto a su herencia, frente a los otros que concurren a su sucesión<sup>8</sup>. El fundamento del instituto, al decir de Irureta Goyena, radica en un sentimiento o una aspiración a la igualdad entre los miembros de la familia<sup>9</sup>. Ahora bien, cabe cuestionarnos si la colación aspira a una igualdad formal o material. Remontándonos a sus orígenes vemos la aparición del instituto en un contexto social marcado por la desigualdad, completamente ajeno a la vida actual.

A simple vista parecerían razonables estas disposiciones inspiradas en la igualdad formal de los co-herederos. Sin embargo, un estudio más minucioso de las mismas lleva a cuestionarnos la razón de ser de éstas en la actualidad, habiéndose llegado a un consenso respecto a la necesidad de velar por la igualdad material. Me atrevo a decir que, incluso, podrían devenir injustas frente a casos particulares en que el derecho guarda silencio total como ser el deseo de beneficiar a un hijo con capacidades especiales, con condiciones que no ameriten la declaración de incapacidad pero que supongan una des-

8 Cfr. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*, España, Ed. Del Genal, 2007, pp. 327-329.

9 CALVO y CAILLABET, *Colación Sentencia del Juzgado Letrado 1º Instancia de Artigas – Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er turno*, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* N° 6, Uruguay, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1991, pág. 54.

ventaja inmensurable en distintos ámbitos de la vida cotidiana. Es en este tipo de escenarios que se evidencia lo perjudiciales que pueden llegar a resultar las restricciones a la autonomía privada en sede de donaciones y en el ámbito negocial per se. Esto último en tanto que hoy es admitido por la doctrina el empleo de los institutos de reducción de donaciones y colación en las llamadas donaciones indirectas<sup>10</sup>.

Por otro lado, la realidad nos enfrenta a situaciones reprobables entre padres e hijos, pero que no llegan a constituir una de las causales taxativas de indignación o desheredación previstas por el Código Civil en los artículos 842 y 900 respectivamente. La doctrina sostiene el carácter excepcional y de interpretación estricta de las causales de indignidad, atento a su naturaleza de sanción civil o pena privada. Así, Vaz Ferreira afirma que la declaración de indignidad debe siempre fundarse en las disposiciones de la ley, que son de interpretación estricta<sup>11</sup>. Esto impide que se tenga en consideración hechos graves no previstos como causales en nuestro Código. A lo específicas e incluso irrisorias que pueden llegar a ser estas causales, debido a que es poco frecuente que acontezcan en la práctica, se les suma la dificultad probatoria de las mismas y la reticente actitud de los jueces al disponer la desheredación en casos de controversia<sup>12</sup>.

#### IV. La respuesta al problema en España: Ley 41/2003

El 18 de noviembre de 2003 se sancionó en España la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

La exposición de motivos de la misma señala como objetivo lograr que la igualdad, entre las personas con discapacidad y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva, esto es, tiene como guía el principio de igualdad en su sentido material y no meramente formal.

Explica cómo hoy es una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de la asistencia sanitaria y la aparición de nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer entre otras, que "...hacen aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse...".

La Ley 41/2003 tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de las personas con capacidades especiales, centrándose en un aspecto esencial de esta protección: el patrimonial. Para lograrlo el objeto inmediato de la ley es la regulación de una masa patrimonial, "...el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, el cual queda inmediata y directamente vinculado a la satisfacción de las

10 CALVO y CAILLABET, *Colación Sentencia del Juzgado Letrado 1º Instancia de Artigas – Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er turno*, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia* N° 6, Uruguay, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1991, pág. 51.

11 Cfr. VAZ FERREIRA, *Tratado de las Sucesiones*, T. I, Mdeo., 1967, pág. 402.

12 Véase Sentencia SCJ No. 310/004

necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma”.

Los bienes y derechos que forman este patrimonio se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración específico. Es un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. En esta ley beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, “...las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía...”, y ello, con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil español y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas.

La constitución del patrimonio requiere una aportación originaria de bienes y derechos; lo que no impide que una vez constituido el mismo cualquier persona con interés legítimo pueda realizar aportes, siempre y cuando los realice a título gratuito. Sin embargo, cuando la persona con capacidades especiales tenga capacidad de obrar suficiente, de acuerdo con el principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad – también recogidos en nuestro ordenamiento jurídico – no se podrá constituir un patrimonio protegido en beneficio o hacer aportaciones al mismo en contra de la voluntad de su beneficiario.

Cuando el aporte es realizado por un tercero, entendiendo como tal persona distinta del beneficiario del patrimonio, incluidos los padres, tutores o curadores constituyentes del mismo, el aportante podrá establecer el destino que a los bienes o derechos aportados deba darse una vez extinguido el patrimonio protegido, determinando que tales bienes o derechos reviertan en el aportante o sus herederos o dándoles cualquier otro destino lícito que estime conveniente.

Esta ley establece modificaciones muy trascendentes en sede de donaciones y sucesiones que suponen un gran avance en la protección de las personas con capacidades especiales. En primer lugar, permite al testador gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta con el objeto de beneficiar a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado.

Asimismo, la Ley reforma el artículo 822 del Código Civil español, otorgando una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad: mediante un trato favorable a las donaciones o legados que tengan como objeto un derecho de habitación a su favor con ciertas limitantes y exigencias previstas en ella.

A su vez, la Ley introduce una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. Le concede al testador la posibilidad de conferir en su testamento al cónyuge superviviente amplias facultades para “...mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí...”.

Como solución especialmente destacable, la Ley introduce un nuevo párrafo al artículo 1041 del Código Civil español a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiendo por éstos cualquier disposición patrimonial para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad. Es decir, que no se podrán traer al acervo hereditario aquellos bienes otorgados a la persona con capacidades especiales que procuraron mejorar su calidad de vida.

Cabe mencionar también que la Ley incluso prevé una solución para evitar ciertas situaciones reprobables entre padres e hijos que en nuestro ordenamiento no llegan a considerarse causales de indignación. La Ley española señala como causa de indignidad, generadora de incapacidad para suceder abintestato, el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida.

## **V.Necesidad de adecuación del ordenamiento uruguayo**

Sin lugar a dudas, el paradigma español en este campo ha de ser imitado en nuestro país. El Derecho es hijo de la necesidad, por ello es necesario que los institutos de derecho vayan evolucionando a medida que avance la sociedad. No debemos encasillarnos en figuras pétreas que tuvieron, sin lugar a dudas, su razón de ser en otras épocas. Ni debemos limitar la autonomía privada, porque la ley tiene vocación de regular en forma general, lo que causa que muchas veces resulte impotente ante determinadas situaciones concretas. Es imposible pretender que el legislador pueda prever soluciones particulares para todos los casos, es por ello que resulta fundamental alcanzar una interpretación evolutiva de estos mecanismos. Para ello, vienen en nuestro auxilio los principios generales de derecho, que permean nuestro ordenamiento y son orientadores en todas las épocas, entre ellos el principio de la autonomía de la voluntad y el principio de igualdad. Este último entendido en su sentido material, no meramente formal, porque no todos somos iguales, ni todos necesitamos lo mismo y ante ello la rigidez de la ley debe ceder para proteger al que más lo necesita.