

## TÍTULO PROVENIENTE DE DONACIONES. OBSERVABILIDAD. SUBSANACIÓN\*

### Doctrina:

*El título originado en donación a legitimario no es observable. Es imperfecto el título que proviene de donación a quien no es heredero. Bonificación: su posibilidad mediante transmisión onerosa del donante.*

### Antecedentes:

En la consulta que será objeto de tratamiento tomamos en cuenta un tema que se plantea a través de ella y otro que se advierte a través del estudio de título glosado al expediente.

Los antecedentes causales de titularidad del bien los desarrollamos de esta manera:

1º) Comienzan adquiriendo el inmueble los cónyuges A y B, a través de un contrato de compraventa.

2º) Luego se produce el deceso del Sr. A y en el respectivo expediente sucesorio resultan declarados herederos sus hijos C y D y su esposa B, sin perjuicio de los derechos que la ley le acordaba sobre los gananciales.

3º) Por escritura pública la cónyuge supérstite Sra. B (abuela), el Sr. D (tío del donatario) y el Sr. C (padre del donatario) transmiten a título de donación el inmueble al Sr. E, que reúne entonces el carácter de nieto, sobrino e hijo respectivamente de los allí donantes.

4º) Posteriormente, el titular Sr. E vende el inmueble a un tercero y en la

---

\* Dictamen del escribano Norberto Cacciari, aprobado por la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas en sesión del 25/08/1999 y dictamen complementario elaborado por el escribano Víctor R. Di Capua.

escritura que otorga con su comprador, comparece su tío Sr. D expresando que recibe de su sobrino (vendedor) una cantidad de dinero en concepto de precio de venta de la cuarta ava parte indivisa de la que era propietario antes de su donación, otorgando recibo y prestando conformidad con la venta allí instrumentada.

5º) Habiendo fallecido la Sra. B (abuela del donatario), en el expediente sucesorio respectivo se declara herederos a sus hijos C y D.

6º) Por último, los premencionados herederos Sres. C y D otorgan escritura pública a través de cuyo instrumento renuncian a la acción de reducción con relación a la donación que hiciera su madre a favor del nieto Sr. E y consecuentemente también a la acción de reivindicación sobre el inmueble en cuestión.

El consultante se refiere a uno de los problemas que lo preocupan, cual es la donación de la abuela al nieto y los alcances de la solución arbitrada mediante el acto de renuncia a la acción de reducción formulada por los herederos de la donante, declarados como tales en el proceso sucesorio.

Pero también merece su análisis la problemática del acto de donación del tío al sobrino, frente al cual, para desvanecer el fantasma de la reivindicación, se opta por un mecanismo de compensación dineraria, entregándole al ex donante un importe de dinero de la venta realizada por el donatario a un tercero.

De manera que las observaciones que hay por medio de estas donaciones son principalmente las realizadas de abuela a nieto y de tío a sobrino y los alcances de las soluciones saneatorias, sin perjuicio de hacer algunas consideraciones a la que no afecta, en la proporción de lo donado, la bondad del título, como la realizada por el padre al hijo.

Planteadas las cuestiones en estos términos, podemos dividir las en dos temas para tratar de convencernos de en qué supuestos la donación no sería atacable y en cuál motivo de observación, alcanzándoles o no los intensos saneatorios.

#### I - La donación a legitimarios:

Toda donación realizada en vida a futuros herederos es considerada como un adelanto de la herencia (arts. 3476 y 1805 C.C.). El beneficiario ya tendrá compuesta su hijuela, sin que ello modifique la situación hereditaria. Para calcular la legítima se integrará el activo líquido con las donaciones que el causante hubiere realizado, tanto a legitimarios como a extraños (Zannoni, E., *Derecho de las Sucesiones*, vol. 2, pág. 162).

La ley desea mantener la igualdad entre coherederos y para ello, de producirse reclamos de quien no resultó beneficiario del acto de liberalidad, se autoriza traer a la masa común lo recibido anticipadamente, dando lugar a la acción de colación que es precisamente la debida entre coherederos, salvo que hubiere mediado dispensa de ella dentro de los límites que la ley consagra como porción disponible (arts. 3477 y 3478 C.C.), circunstancia que no se da en nuestro caso.

La colación mantiene la igualdad en el reparto de los bienes fundándose en la idea de no haber querido establecer mejoras. Es decir que cuando la donación se hace con el fin de mejorar, se imputa a la porción disponible, pero si es como un adelanto hereditario, se imputa a la legítima (Fornieles, S., T I, págs. 369/70 en *Tratado de las Sucesiones*).

Los supuestos de donación donde el carácter del donatario está dado por la persona de heredero legitimario no ha sufrido la aplicación rigurosa de los efectos reipersecutorios atribuidos por vía del art. 3955 C.C., sin descartar por ello el ejercicio de los derechos por quienes, como legitimarios, hubieren sido desplazados u omitidos al tiempo de instrumentarse el acto de liberalidad, aunque el carácter de heredero forzoso se exige para pedir la colación al momento de la apertura de la sucesión.

En base a este esquema, se ha considerado que el título proveniente de donación a un legitimario no estaría afectado desde el momento en que, procediendo la acción de reducción, ella sólo derivará en el reclamo de valores, porque eso es lo que se complementa por vía de su colación a la masa componente del acervo hereditario (art. 3477 y nota: *RN*, págs. 188/89, año 1993, N° 914; Fallo *RdN* 855, pág. 171, año 1999 y comentario de M. Salerno).

Esta interpretación no implica abandonar la defensa de la legítima, pero sí tomar posición por un criterio restrictivo en la aplicación del mentado art. 3955, como ya fuera idea de prestigiosos juristas, como A. Spota en su obra *Contratos*, pág. 324, V.VII y como emana de dictámenes de esta Comisión, según publicaciones en *RdN*, pág. 827, año 1991; *RdN*, pág. 131, año 1995; de la XII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de Cap. Fed., en *RdN*, pág. 1699, año 1983 y ver también *RN*, pág. 188, año 1993 (*RdN*, pág. 593, año 1992).

El acto donde la relación es donante-legitimario no pasa, pues, de un anticipo hereditario, que cuanto más podrá tener alcances de una mejora en la medida en que así se exprese y se cumpla, en el aspecto formal, con las normas en materia testamentaria, a través de la llamada dispensa de colación (art. 3484 C.C.).

Entonces concluimos que cuando de la donación a legitimarios se trata, la protección de la legítima se canaliza por vía de una acción personal, como es la de colación, conforme está regulado el tema en el art. 3477, quedando pues las cosas irrevocablemente de propiedad del donatario y sólo se pasa revista al valor de ellas en la cuenta particionaria, merced a una evaluación que se realiza al tiempo del deceso del donante, momento en que se podrá determinar el grado de inoficiosidad de ese anticipo hereditario.

## II - La donación a terceros:

En este supuesto, el tratamiento de los títulos provenientes de donación de inmuebles cuando el donatario no es heredero legitimario es distinto, en la medida en que su inoficiosidad dé lugar a la acción de reducción, que nace con la muerte del donante y goza de alcances reipersecutorios, efecto éste atribuido por interpretación del art. 3955, máxime que dada su naturaleza la acción

de colación no tiene lugar entre quienes no son coherederos (art. 3478 C.C. ver opiniones de Salvat, *Tratado de Derecho Civil Contratos*, T. 2, pág. 160; Fornieles, *Tratado de las Sucesiones*, T. 2, pág. 217; Borda, *Tratado de Derecho Civil, Sucesiones*, T. 2, pág. 128; Pérez Lasala, J., *Curso de Derecho Sucesorio*, pág. 844; *RdN*, pág. 585, año 1992).

Podemos decir que esta liberalidad no otorga la seguridad necesaria a beneficiarios o terceros subadquirentes de no ser perturbados mediante esa acción, por quienes tengan asignada por ley una porción legítima o que a la postre se beneficien con ella (arts. 3591, 3714, 1832 inc. 1º, 3601 C.C.). La legitimación activa para ejercer la acción de reducción se otorga a los herederos forzosos que existan a la época de realización de la donación (“La vigencia del art. 3455 y los alcances del 1051 del C.C.”, *RdN*, págs. 153/82).

Esto de herederos forzosos merece alguna aclaración, porque hay sucesores (que tienen un derecho actual) y sucesibles (que tienen un derecho eventual). Si tomamos el ejemplo que nos da un autor, como sería el caso de un señor que tiene a un hijo y a su padre, ambos son sus herederos forzosos. El hijo es el sucesor y el padre un sucesible que podrá entrar a reclamar por convertirse en legitimario, en cuanto ese hijo premuera al causante, renunciare a la herencia o fuere declarado indigno. Si ese hijo acepta la herencia al desplazar al padre del causante, será el titular de la acción de reducción que podrá ejercerla o renunciar a ella. Solamente si el padre ocupa la posición de heredero, pasará a estar legitimado para el ejercicio de dicha acción. Por ello, y con la actual redacción del art. 1832, se dispone que la legitimación activa corresponde a los herederos forzosos (conceptos extractados de “Curso sobre Derecho Sucesorio Documental y Contractual”. Clase del Dr. Di Lella del 2-9-92).

Frente a esta problemática, los intentos de bonificación, ante el peligro de que las donaciones excedan la porción disponible, debiendo ser reducidas por inoficiosas, se concretan en nuestro caso para los distintos supuestos observables:

a) Uno *para el acto de donación de la abuela al nieto*, mediante la renuncia a la acción de reducción por los herederos, hijos de la donante, declarados como tales en la instancia procesal del sucesorio respectivo, con relación al acto de donación que formalizara la causante a su nieto. Para ello otorgan escritura pública, exteriorizando su voluntad en tal sentido.

Sin desconocer reciente jurisprudencia que parece debilitar, entre otros, el procedimiento saneatorio de tales títulos, nos inclinamos a sustentarlo, por entender que limitará la posible acción reivindicatoria contra el titular del bien, ya que nadie más habilitado para renunciar a la acción de reducción que los propios legitimarios, declarados herederos por una resolución judicial (ver fallo y comentario de F. Cerávolo, *RdN* 854, pág. 217, año 1998).

Producida la muerte, inmediatamente deviene la sucesión entre los legitimarios (art. 3410 C.C.), pero apreciamos que en el Código Civil, en su texto originario, se carecía de toda referencia a la demostración del carácter de heredero, salvo en algunas normas donde se aludía a cierta intervención judicial, como cita A. Belluscio en *RdN* págs. 181/95, como ser los arts. 3284, 3363,

3389, 3390, 3393, 3406, 3412, 3414. Fue con la reforma del art. 3430 cuando cobró significativa relevancia la demostración del título de heredero, no por ello sin desconocerlo anteriormente a la misma.

Pero, de todas maneras, es por vía de las leyes procesales que se logra ordenar un procedimiento como el sucesorio, por medio del cual se cuenta con el mecanismo seguro para lograr el reconocimiento de la calidad de heredero, hecho que resulta del dictado de una declaratoria de herederos o de aprobación de testamento, creando la apariencia jurídica de su legitimidad para su oponibilidad y actuación ante terceros.

Es cierto, como se expresa: “que el pronunciamiento judicial no crea ni podría crear un estado de familia respecto de esos herederos, sino simplemente se las reconoce a los efectos del sucesorio, condicionado al hecho de que no se presente posteriormente quien pueda acreditar igual o mejor derecho a la herencia para compartirla con los ya acreditados o excluirlos de la misma respectivamente (Hermida, D., *ED* 115-947), pero también es bien cierto lo que deja traslucir otro autor cuando nos dice que el auto de declaratoria de herederos tiene un peculiar valor jurídico, que si bien no hace cosa juzgada entre los coherederos, en cambio tiene efectos respecto de terceros, ya que ese reconocimiento judicial logra precisar el vínculo de parentesco (Borda, en *Tratado de Derecho Civil Sucesiones*, T. 1, pág. 341).

Pero tengamos en cuenta en la especie que estos reconocidos herederos, mediante una expresión voluntaria, renuncian a todo intento reipersecutorio, acto al cual no podemos negar algún grado de perfección, en mérito a la función legitimante de la apariencia que han creado sobre su condición de tales (Gattari, N., *RdN*, pág. 536, año 1996).

No es que se trate de una aplicación extralegal del derecho a renunciar a una acción que autorizan ejercer las disposiciones específicas (arts. 3601 y 1831 C.C.) en perjuicio de otros, sino de una valoración del comportamiento de quienes con aptitud reconocida por el órgano jurisdiccional, bajo la presunción de ser únicos herederos, abdican del medio protector de sus legítimas.

b) El otro mecanismo subsanatorio para perfeccionar el título de donación realizada por el tío al sobrino se canalizó mediante la entrega, por el donatario a su propio donante, en el mismo acto de enajenar el bien, de una parte del precio que indicaban como equivalente a la parte indivisa de lo donado.

La búsqueda a través de esta suerte de compensación económica, en un intento de frenar posibles efectos reipersecutorios de aparecer y futuros legítimos, encuentra algún inconveniente, pues si la acción de reducción, tal como ha llegado a interpretársela, se rige por las reglas fijadas en materia de colación, los valores dados en vida por el causante deben computarse al tiempo de apertura de la sucesión, sea que los bienes existan o no aún en poder del heredero, por imperio de lo dispuesto en el art. 3477. Es decir, en el caso subexamen se procura una recomposición económica, cuando aún no está determinada la masa para el cálculo de la legítima que permita establecer la magnitud de su lesión (*Teoría de los Contratos*, López de Zavalía, T. I, págs. 529 y sgtes).

Pero, además, es de tener en cuenta que no son los mismos titulares de la acción de reducción, para quienes se afirman en la idea de que debe hacerse en especie, los destinatarios del dinero que tiende a compensar el valor de lo donado, sino, como se informa en la consulta, el mismo donante.

Distinto podría ser el análisis frente a una donación de estas características en la que subyace una cláusula tácita de no afectar la legítima hereditaria, una vez producido el deceso del donante, porque nada obsta a que la acción directa que pueda entablar el heredero perjudicado quede paralizada pagándole el valor que signifique su legítima. Si se quiere evitar perjuicio al legitimario, asegurándole que su legítima no fue lesionada, al aceptar una indemnización compensatoria, nos convencería de que toda acción de su parte carecería de sentido, aunque lo que se le pague pueda no ser el valor del bien, pues recién a la muerte del donante se sabrá cuál es su patrimonio (arts. 1830, 1831, 1832, 3602, 3477).

En este último supuesto, la solución, desde un punto de vista finalista preservando el tráfico jurídico, parece acertada y quizá justa, por cuanto si se ha donado un bien por valor de \$ 1000, pero sucede que de resultados de la recomposición patrimonial la afectación legitimaria es apenas de \$ 50, podemos sostener que la acción, por sus efectos reipersecutorios, reivindique el total del bien o aun cuando se reduzca a un porcentaje sobre el mismo, dé nacimiento a un estado de condominio con el beneficiario de la donación o sus sucesores singulares (terceros a quienes se les transmitió el inmueble proveniente de la donación).

Quien tenga interés de salvar su legítima con la acción de complemento, procurando la reducción en el valor que mengüe sus derechos, podrá aceptar esa compensación frente al desplazamiento patrimonial producido por el acto de liberalidad realizado en vida por el donante (Ver voto de Giménez Zapiola citado en Consultas, *RdN*, pág. 593/92, sobre el fallo “Escary c/ Pietranera s/ escrituración”).

### Conclusión:

Lo que constituyó la donación del padre al hijo no es título observable, siendo de libre circulación para los terceros, pues no serían alcanzados, en caso de inoficiosidad, por la acción de cualquier legitimario, que por ser personal no abarca la cosa sino su valor.

Es por lo pronto aceptable, como solución saneatoria, la renuncia efectuada por los herederos declarados en el sucesorio de la donante a toda acción reipersecutoria derivada del derecho a reducir la donación efectuada a su nieto, conforme indica una escritura pública que resume esa expresión de voluntad.

No convence en este caso la bonificación del título compensando el donatario (sobrino) al donante (tío) por la entrega de una cantidad de dinero obtenido de la venta del bien objeto del acto donativo, por cuanto éste mantiene su carácter de gratuidad originaria, sin contarse además con la certeza de recomponer con ello el patrimonio del donante y evitar el perjuicio a los posi-

bles legitimarios desconociéndose, por ende, si alcanza a cubrir el valor de la legítima.

#### Doctrina:

El título originado en donación a legitimario no es observable, pues la acción que pudiere corresponder a otros para proteger sus derechos hereditarios es de naturaleza personal. En la medida en que excediere la porción disponible, el valor del inmueble debe computarse en la masa hereditaria a los fines del cálculo de la legítima y es así cómo, para salvarla, deben restituirse los valores suficientes.

Al resultar imperfecto el título que proviene de donación a quien no es heredero o legitimario del donante, éste quedaría bonificado en la parte que los legitimarios de aquél, declarados como tales en la instancia judicial, renuncien a toda acción persecutoria; no así en la parte que, con el mismo fin saneatorio, se procede a compensar económicamente por el donatario al propio donante.

#### Dictamen complementario

El doctor Falbo en expediente D-2106-1998-Colegio de Escribanos, cuyo dictamen fue aprobado el 24-3-99, acta 3158, sostiene: “Que como ya expresara en la Academia Nacional del Notariado, XXVII Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, octubre de 1993... y reiteramos... una de las maneras de aventar el peligro de esa eventual acción reipersecutoria, consiste en que si el donante está vivo y es persona capaz, en oportunidad de que el donatario transmita el inmueble a un tercer adquirente, a título oneroso, comparezca al acto notarial y formule una declaración como la que se realizó en la relacionada escritura del año 1998 (o similar a ella) de manera que quede documentado –y probado por ese medio– que la donación que había efectuado no perjudicó la legítima del eventual heredero, por no haber disminuido el valor líquido de la masa hereditaria”.

El escribano Lamber, en la sesión pública de la Academia Nacional del Notariado, celebrada el 12 de julio de 1999, se refirió al tema expresando: “No voy a entrar en las discusiones sobre los títulos de donación, sino sobre la forma de subsanación, para no perder más tiempo.

Vamos a decir cómo subsanar las donaciones, pero ésta no es una receta para todos los casos, ya que en cada caso particular hay que estudiar los títulos, ver el planteo de los antecedentes y la situación de las partes como para saber si realmente existe una solución. No es una solución fácil; es una solución particular, pero que en algunos casos se puede dar.

Tenemos donaciones de las llamadas ‘a extraños’. No vamos a discutir si todas son observables o no, pero vamos a pensar que son observables. Cuando recibimos un título que proviene de una donación a extraños –el tío le donó a la sobrina, por ejemplo– estamos ante un título observable. ¿Qué hacemos con este título cuando se intenta un acto de disposición?

Pienso que muchas veces el sobrino –o la sobrina– no recibió esa propie-

dad para devolverla ni para dejar el bien en la incertidumbre jurídica. Seguramente utilizó la cosa, a lo mejor construyó, le introdujo mejoras y le interesa conservarla. Cuando se entera por el escribano de la observabilidad que tiene el título busca una solución que a veces puede ser incluso económica, porque le conviene salvar ese título antes que estar enfrentando una incertidumbre que dejaría indisponible el bien. A esto nos conduce este tipo de observabilidades que tiene el título.

Entonces, buscando algún tipo de solución en la Asesoría del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, se nos ocurrió algo que incluso conversamos con Gattari en su oportunidad y que Falbo alguna vez había insinuado, aunque no exactamente en ese aspecto. Esta misma tesitura la desarrollamos –quizás aprendiendo de los demás– y la fuimos perfeccionando.

Si en la donación existe un cargo equivalente al valor de la cosa donada, según el artículo 1828 del Código Civil no se aplica ninguna de las reglas de las donaciones. Por tanto, no hay acción reipersecutoria alguna, porque sería lo mismo que una compraventa. El cargo está equilibrando el valor de la cosa.

Frente a esto traemos una solución. Después de dos, tres, cinco, diez o quince años que nos encontramos con el título observable, vienen las partes y nosotros preguntamos: «¿Estaría dispuesto a entregar el valor que tenía la cosa tal como se la entregó, pero actualizada al día de hoy, para subsanar ese título?». A lo mejor nos dice que sí. Si con las mejoras que introdujo representa un 50 o un ciento por ciento más, en la medida en que esté dispuesto a reintegrar el valor de la cosa, estará recomponiendo el patrimonio del donante que había sido herido en su legítima. El donante transfirió el bien y los herederos perjudicados tendrían la acción reipersecutoria. Si hubiese vendido y hubiera recibido un precio, no habría ninguna acción reipersecutoria, porque sería un contrato oneroso. Tampoco la habría en el caso de que fuera una donación con cargo equivalente al valor de la cosa. Entonces, si entrego hoy en dinero un valor equivalente al de la cosa, sea con el inmueble o con una compensación en dinero, estoy dejando sin efecto el daño causado a los herederos legitimarios. Por tanto, no hay que llegar al absurdo de decir que esto lo hago como una solución mentirosa porque voy a fraguar un falso negocio en el que se hace entrega de dinero. Pero el falso negocio, en el supuesto de que pudiera existir, también puede existir en la compraventa simulada en la cual, para evitar los riesgos de una donación, se hacía la transmisión de dominio a título de venta y realmente se estaba encubriendo una donación. Las donaciones disfrazadas de compraventa tenían esa función.

El hecho de que se compense con una suma de dinero o con otro valor, con vehículos, con una propiedad o con lo que fuera, no quiere decir que sea un negocio simulado. Estamos buscando la realidad para salvar el negocio y sacar ese bien de la indisponibilidad jurídica. Con esa incorporación patrimonial que recibe el donante, que la está reconociendo por escritura pública, bajo fe de decir verdad, porque lo está haciendo ante un escribano, el título no puede ser observable porque no hay herederos legitimarios que estén perjudicados por ese acto.



Sintéticamente –lo hemos sugerido, muchos bancos lo aceptaron como solución–, nada tiene que ver con la compraventa, no nos estamos remitiendo a que en el momento en que hizo la donación en realidad era una compraventa en la que se había pagado un precio. No, estamos diciendo que hoy, frente a la observabilidad del título, frente a la lesión que reciben los supuestos herederos legitimarios del donante, ese patrimonio se va a recomponer con la entrega de un valor equivalente. Ésa es una solución que en algunos casos, si las partes lo aceptan y están el donante y el donatario, entiendo que sería factible que no es observable”.