

## FORMAS DE SUBSANACIÓN DE TÍTULOS PROVENIENTES DE DONACIÓN

### SESIÓN PÚBLICA DEL 12 DE JULIO DE 1999

**Sra. moderadora (Esc. María T. Acquarone).**— Por segunda vez vamos a realizar una sesión pública del Consejo de la Academia Nacional del Notariado, y la convocatoria de hoy está referida a la forma de subsanación de los títulos provenientes de donaciones.

Como dijimos en la primera oportunidad, como miembros de la Academia nos complace haber participado de esta idea, que consiste en exteriorizar las exposiciones de los miembros de número y abrir la sesión de la Academia a todos aquellos que quieran participar de estas elucubraciones.

El tema para el día de hoy fue elegido partiendo del siguiente interrogante: ¿son observables los títulos provenientes de una donación?

Otra manera de formular la cuestión sería la siguiente. Si hay una parte de la doctrina que sostiene que los títulos provenientes de donación son observables, ¿cuáles son, desde el punto de vista jurídico, las salidas que tenemos para subsanar esta cuestión?

De modo tal que hoy no se va a hablar de las posturas, aunque nos encontramos frente a la posible inoficiosidad de las donaciones. Partiendo del supuesto de que estos títulos pudieran ser observables, vamos a ensayar algunas ideas respecto de la forma de subsanación, si es que las hay.

Cuando planeamos esta reunión, y pensamos en que fuera pública, también entre nosotros hubo distintas ideas. Consideramos que con un solo disertante la cuestión iba a ser más lineal, pues él iba a sostener su propia postura; pero, por otra parte, no iba a revelar el espectro doctrinario existente, por lo que convocamos a varios juristas para que dieran su opinión, aun corrien-

do el riesgo de que el público se fuera más confundido de lo que vino. Es muy probable que hoy ocurra esto, pero creo también que es el desafío que la Academia les propone. Todos los que están acá, todos los que están interesados en el ordenamiento jurídico y su interpretación, son, como operadores del derecho, juristas. Les estamos hablando a los juristas que ustedes son.

Por eso, quizás se van a ir sin recetas, pero creo que sí se van a ir con la gimnasia mental suficiente como para poder analizar cuál es el camino que ustedes mismos van a querer recorrer.

En este panel tenemos a algunos de los miembros de número que se han ocupado de la cuestión y que han accedido a participar. Ellos son Horacio Pelosi, Jaime Giralt Font, Cristina Armella y Rubén Lamber, a quienes todos ustedes conocen.

Nos acompaña, como invitado muy especial en esta circunstancia, por su larga trayectoria y profundos pensamientos sobre el tema, el escribano Francisco Cerávoló, y también nos acompaña el doctor Carlos Arianna, que es un especialista en derecho de familia, profesor de la Facultad de Derecho de la UBA y que tiene numerosos antecedentes docentes y académicos que no voy a leer para no utilizar el tiempo de exposición de los disertantes.

La metodología elegida es la siguiente. Cada uno va a exponer durante 15 minutos. Luego habrá un derecho a réplica de 5 minutos entre los panelistas, después de lo cual vamos a escuchar las preguntas de los asistentes. El debate con el público va a ser breve debido a la cantidad de disertantes, pero trataremos de que se vayan con la mayor cantidad de dudas, para que en la soledad de sus escribanías puedan resolverlas.

Tiene la palabra el escribano Jaime Giralt Font.

**Esc. Giralt Font.**— Como lo que hay que decir es mucho y el tiempo para hacerlo es muy poco, vamos directamente al forúnculo, porque la dimensión que ha tomado este problema excede la de un grano común.

Esto merece algunas aclaraciones previas. En primer lugar, nos vamos a referir a la donación de quien no es hijo del donante. Por lo menos, yo propongo que lo abordemos desde este ángulo y no exclusivamente desde el legítimo, porque los padres pueden ser legítimos de los hijos, y también es considerada eventualmente observable la donación de los hijos a los padres, por el supuesto de que no habría nunca una certeza absoluta en cuanto a que estos hijos no tuvieran otros, que desplazarían a los abuelos en el orden sucesorio y, en consecuencia, tendrían una eventual acción reivindicatoria contra los abuelos.

También parece claro que si no se considerase mayoritariamente que el título no es observable no estaríamos todos acá, porque no tendría razón de ser.

Tampoco vamos a considerar —por lo menos nosotros— el tema de la eventual acción reivindicatoria en la donación hecha a los hijos. Algunos autores —como Belluscio, Zannoni y, si mal no recuerdo, Vidal Taquini—, partiendo del principio de que la colación es una acción personal de compensación entre los coherederos, les reconocen a éstos acción reivindicatoria contra un posterior

propietario del inmueble, si el coheredero donatario resulta insolvente al momento de la colación.

Por ahora seguimos protegidos por el famoso plenario de 1912, el de “Escary c/ Pietranera”, al que luego nos referiremos (*Jurisprudencia Argentina*, tomo V, página 1), que sin duda todos conocemos de memoria, por lo menos respecto de su ubicación.

Por otro lado, se podrá o no compartir el criterio de Fernando López de Zavalía en el sentido de que, en principio, la del 3955 no es una acción reivindicatoria. Como él lo plantea: si la acción reivindicatoria compete al propietario desposeído y es imprescriptible, ¿qué acción es ésta que se confiere a los herederos de quien ya no es propietario, y no ha habido desposesión sino tradición, y el único objeto que tiene el artículo 3955 es el de fijar el momento a partir del cual comienza a computarse el lapso de prescripción?

Lo cierto es que desde el fallo de 1912 –Escary vs. Pietranera– y los fallos de los años 1920, 1932, 1934, 1938 y los de 1996 y 1997, especialmente el del proceso Soncín –el intento de llevar a cabo un proceso sucesorio para acreditar la inexistencia de herederos, con fallo del doctor Kiper–, toda la jurisprudencia es pacífica, y últimamente más abundante que antes, en el sentido de que estos títulos son observables.

Para poder intentar explicar cuál es nuestra opinión tenemos que empezar por hacer la crítica –me toca a mí por ser el primero en la lista de oradores– de las soluciones propuestas respecto de las cuales debo decir que –aunque no me gusta hablar en primera persona no tengo más remedio que hacerlo– no comparto.

Se han presentado muchas soluciones para este tema y se es bastante injusto con él porque la normativa tal cual es interpretada hoy, por lo menos por la jurisprudencia, impide que quien quiere tener un gesto de reconocimiento con alguien por alguna circunstancia lo pueda hacer con un acto de liberalidad y lo obliga a simular actos a título oneroso, que también son atacables y fácilmente demostrables, para poder llegar a ese punto de reconocimiento.

Frente a la circunstancia de que estos títulos son masivamente rechazados por las instituciones financieras, en virtud de la jurisprudencia y de la mayoría de la más calificada doctrina civilista, desde varios ángulos se han propuesto muchas soluciones. Vamos a intentar dar un pantallazo de todas ellas para justificar por qué nosotros no compartimos estas soluciones y sostenemos una opinión que, desde ya anticipo, tampoco es muy original.

Hay una o dos soluciones que proponen hacer una recalificación del acto, es decir, transformar lo que se formalizó como una donación gratuita, sin cargo ni condición alguna, en una donación a título oneroso, como son la donación con cargo y la donación remuneratoria. Quienes proponen esta solución dicen que hay que hacer una escritura de recalificación en la que se exprese que cuando se dijo que la donación era gratuita, sin cargo ni remuneración alguna, se cometió un error dado que en realidad había un cargo que fue cumplido y, en consecuencia, la donación pasó a ser onerosa, o que fue remuneratoria por la contraprestación de servicios prestados al donante.

No veo muy potable esta solución porque, en primer término, no sabemos cuándo creer, si antes o después, por lo cual siempre nos va a quedar la duda. Y, en segundo lugar, si esto fuera así, deberían ser perfectamente acreditados y probados cuáles fueron los servicios prestados, qué valor tenían estos servicios que debían ser equivalentes al del inmueble donado y, además, que esta deuda líquida era exigible judicialmente, que son los requisitos que pide la ley. Y respecto del cargo, también tendría que probarse en qué consistió y el valor atribuido al cargo, equivalente al del inmueble.

Otro intento de “salvar” estos títulos se refiere al artículo 1051, que nada tiene que ver con esta situación, porque esa norma es un paraguas protector del adquirente de buena fe y a título oneroso cuando se trata de actos nulos porque, como bien sabemos, la donación es un acto lícito, está tipificado, regulado en el Código Civil, de modo, reitero, que no tiene absolutamente nada que ver con el artículo 1051.

Otra solución propuesta por gente que ha estudiado este tema consiste en que, al hacer la donación, simultáneamente se otorgue una escritura de testamento por el que se legue al donatario el inmueble donado. Sus sostenedores argumentan que, de esa forma, si se impugna la donación, se salva por el lado de la herencia. Creo que a esta tesis le está faltando apoyo porque en el momento en que el donante muere el inmueble ya no está en su patrimonio. No advierto en qué mejora el legado del inmueble cuando el fallecimiento se produce después de que el legatario ha adquirido el inmueble por un título que no es por legado sino por donación, y esto es irreversible a través de un testamento.

Otra posibilidad que se ha ofrecido es que el donatario venda el inmueble y le haga entrega del precio al donante que, por supuesto, tendría que estar allí presente. Creo que es un caso parecido al anterior. Ante todo, el título de adquisición del donatario no deja de ser una donación. Además, quienes ofrecen esta alternativa parecieran no tener presente que el valor del inmueble que debe computarse para determinar si sobrepasó o no la porción disponible se establece a la fecha del fallecimiento y no a la fecha en que el inmueble fue vendido, por lo cual seguimos en la misma inseguridad anterior.

Otra propuesta, que se va acercando más a la opinión que sustentamos, es la de la rescisión del contrato, y sus autores se basan en el artículo 1200 del Código Civil que, aunque todos lo conocemos, pienso que es oportuno que lo refresquemos en alguna medida.

El artículo 1200 tiene dos partes, y nosotros nos vamos a ajustar a la primera de ellas, que está referida a la rescisión:

“Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido...” Es decir que lo que se admite por la simple voluntad de las partes es dejar sin efecto las obligaciones que los contratos generan, no los contratos mismos. Por ejemplo, un usufructo oneroso y temporal, transitorio, limitado en el tiempo; el nuevo propietario y el usufructuario se ponen de acuerdo y dejan sin efecto el usufructo; se restituye el derecho real; se deja de pagar el ca-

non o lo que fuere, y se acabó el contrato. Lo mismo pasa con la locación. El locatario dice que reintegra la tenencia del inmueble; deja de pagar el alquiler; si hace falta tendrá que pagar o no la indemnización y, a partir de ese momento, queda sin efecto el contrato.

Esta solución daría la impresión de que se tratara de algo así como decir “tú me lo diste, yo te lo devuelvo”. Si esto fuese así, parecerían tener razón Gattari, Cristina Armella y creo que también estarían en esa posición Lamber y Llorens. Si no se dice nada más podría llegarse a presumir que en el “te lo devuelvo” hay un segundo acto de liberalidad, con lo cual el problema, en lugar de solucionarse, se duplica, porque ahora serían los hijos del donatario los que tendrían acción reivindicatoria contra el donante por ese acto presuntamente a título gratuito o de liberalidad que ha hecho el donatario.

Hay otra alternativa que se ofrece, que consiste en justificar el dejar revocar el contrato de donación enervando la obligación alimentaria que tiene el donatario respecto del donante como consecuencia de la donación, para lo cual habría que hacer una estimación de cuál podría llegar a ser el monto del alimento debido –eventualmente–, que tendría que equivaler al del inmueble, porque si no estaríamos en la misma situación ya planteada con el cargo o con la donación remuneratoria.

Entonces, en nuestra opinión, la forma de subsanar este título consiste en recurrir a la segunda parte del artículo 1200, que habla de la revocación de los contratos, lo que puede leerse también como anulación de los contratos.

Esta segunda parte dice: “...y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos,...” –ya no las obligaciones generadas por los contratos– “...por las causas que la ley autoriza”. Es decir, no basta ya el mero acuerdo de las partes para dejar sin efecto el contrato, sino que ese mero acuerdo tiene que estar fundado en una causa por la cual la ley autorice a dejar sin efecto el contrato. Y la nota, entre otras cosas, dice: “Las partes pueden extinguir las obligaciones creadas, o retirar los derechos reales que hubieren transferido, mas no pueden hacer que esas obligaciones y esos derechos no hubiesen existido con todos sus efectos. Pero las partes, decimos, pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento en los casos que la ley autorice; es decir, si el contrato es hecho por un incapaz, con violencia, dolo, etc.” En ese “etcétera” nosotros incluimos un doble aspecto que, por un lado, reitero que no es original y, por el otro, creo que es un granito de arena más. Me refiero a la frustración total de la causa fin determinante del contrato o la inexistencia de su causa fuente.

Como todos sabemos, la causa fuente es el por qué de la obligación, y la causa fin es el para qué de la obligación. Podría interpretarse –y creo que la interpretación es válida– que cualquiera de estas dos causas que falte puede dar lugar a la invalidez del contrato, que es a lo que se refiere la segunda parte del artículo 1200.

Decía Pothier, citado por Zannoni, que “cuando un compromiso no tiene causa o, lo que es lo mismo, cuando la causa por la cual ha sido contratado es una causa falsa, el compromiso es nulo y el contrato que lo contiene también”.

Zannoni se ha ocupado exhaustivamente del tema de la causa. En el *Código Comentado* dirigido por Belluscio y coordinado justamente por él mismo, al referirse a opiniones de Cariota Ferrara, se expresa: “En puridad, los móviles determinantes subjetivos de las partes, desde que son contenido de la voluntad negocial y ella elemento esencial del contrato mismo, hacen a la validez del negocio. El error en los motivos es causa de anulabilidad, en la medida en que estos motivos hubieren sido causa principal del acto en los términos del artículo 926 del Código Civil...” –que como todos sabemos habla del error–. “Sin embargo, los contratantes pueden haber concluido un negocio válido que, por circunstancias sobrevinientes ajenas a su voluntad, es decir, circunstancias objetivas extrañas al contrato en sí, desnaturalizan el sinalagma que constituyó la expectativa inicial”.

Zinny, siguiendo a Betti, comenta que el hecho de que un acto cuente con una causa expresamente reconocida por el derecho no impide la posibilidad de su invalidez por ausencia de ella.

En el caso de la donación, lo que contradice la causa no es la voluntad de las partes sino las circunstancias que la circundan. Voy ahora a referirme a cómo eventualmente podría llegar a ser la resolución o revocación de este contrato hecha notarialmente.

Como ustedes saben, Mario Zinny no existe sino que es una ficción creada por un viejo escribano de un pueblito del interior de la provincia de Santa Fe, de apellido Bonsenbiente, para, a través de este personaje, contar sus experiencias.

Entonces, si donante y donatario comparecen y dicen que por escritura de fecha tal Fulano de Tal le donó a Mengano determinado inmueble; que la causa fin determinante de esto fue que la incorporación de este inmueble al patrimonio del donatario lo enriqueciere y éste tuviere la libre disponibilidad del bien, de forma tal que al momento que quisiera realizarlo su patrimonio se mantuviere en el nivel de aumento que tuvo; y que ahora que lo quiere hacer, aunque jurídicamente tiene en teoría la libre disponibilidad del bien, no encuentra quién lo quiera adquirir, porque todo el mundo lo rechaza por el temor a una eventual reivindicación; ni siquiera puede obtener un préstamo ofreciendo como garantía el inmueble por la misma razón.

Así, la causa fin determinante ha quedado totalmente frustrada, y la causa fuente de la obligación, en un contrato traslativo, en un contrato transmisivo, donde la política legislativa es la libre circulación de los bienes, también está prácticamente tan enervada que puede considerarse inexistente.

En tal virtud, ambos reconocen la invalidez del contrato por la razón señalada y, en consecuencia, revocan aquella donación en los términos del último párrafo del artículo 1200 del Código Civil.

Por tal razón, el donatario reintegra al donante la titularidad del dominio, le hace tradición del bien y, si quieren, para ponerle un moño a esto y demostrar que es así, el donante vende el inmueble y le dona el precio al donatario, ratificando su decisión original.

Por último, les dejo un tema que planteamos en un taller sobre estudio de títulos que hubo en el Colegio hace veinte días.

En el año 1950, un joven de 22 años –en aquella época la mayoría de edad se alcanzaba a esa edad, no a los 21– que había heredado una buena fortuna de sus abuelos y que, además, era de una rica familia, perdidamente enamorado de una niña muy cariñosa y afectuosa, como prenda de amor, le obsequió un departamento. Pero por esas cosas del amor, al poco tiempo esa pasión quedó en el aire, los jóvenes se pelearon y en 1951, esa chica tan cariñosa y afectuosa –que terminó peleándose con el primero porque había encontrado a otro amigo que tenía más fortuna–, vendió el departamento, ya que el segundo novio le iba a donar otro, y lo cierto es que dos no precisaba. El que lo compró falleció en 1954. Se hizo la sucesión, se hicieron las hijuelas, el heredero al que le fue adjudicado lo volvió a vender y, así, se vendió cuatro o cinco veces más.

Este mozo del año 1950, que tenía entonces 22 años, desgraciadamente falleció la semana pasada, y acaba de nacer la acción de sus hijos para reivindicar este inmueble. Por mucho estudio de títulos que se hubiese realizado jamás se hubiera llegado hasta aquella donación, porque pasaron mucho más de veinte años desde aquel antecedente. Nada más, muchas gracias. (*Aplausos.*)

**Sra. moderadora.**– Tiene la palabra la doctora Cristina Armella.

**Dra. Armella.**– Cuando el escribano Lamber propuso a esta Academia realizar un encuentro público con relación a qué estamos pensando respecto de la subsanación de las donaciones, nos pareció una idea brillante. Solamente ver la convocatoria en la que tanta gente ha invertido esta noche de lunes para acompañarnos nos genera un impresionante compromiso. Es impresionante porque lo ideal sería que hoy todos saliéramos de aquí con una solución mágica. Pero desgraciadamente –por mi parte– les puedo adelantar que, por más que la hemos pensado, no hemos encontrado esa solución mágica.

Cualquiera de las posibilidades de subsanación que se vienen ofreciendo son nada más ni nada menos que el fruto de muchísimas horas de estudio y de muchísimas horas de estar pensando cómo hacer para que los títulos provenientes de donaciones, cuando estas donaciones reconocen un donatario que no va a revestir la calidad de legitimario posteriormente, vuelvan al tráfico jurídico. Reitero que éste es un desafío porque hemos recibido llamadas desde muchos lugares del país. Una de ellas tuvo lugar hace unos 15 días; un empresario fuerte de la zona del sur me convocó para decirme que había donado el inmueble ganancial de su titularidad a la sociedad anónima que conformó con su esposa y sus hijos. Agregó que la sociedad, hoy titular del dominio, quiere vender y, obviamente, el título no es aceptado en el tráfico jurídico. Me preguntó cómo resolverlo, cómo subsanarlo. Tuve que contestarle que no podía subsanar el título, que nada podía hacer, de acuerdo con mi posición respecto al distracto, que luego voy a analizar rápidamente. Y él me respondió

que para recibir esa respuesta no me hubiese llamado, porque eso él también lo sabía...

Y esto es así. La primera tarea que tenemos entre manos en la década del '90 es la de prevenir y, luego sí, analizar cómo curar.

Ésta es la imaginación que hemos echado a volar en los textos escriturarios, mal informados los requirentes, mal conformadas las redacciones... Esta semana tuve que calificar un título antecedente para un acto que se me requirió en mi notaría. Se trataba de una donación de un bien ganancial de un padre, con la conformidad de su esposa, a la única hija, lo cual ocupó media página de un folio para establecer que esa donación no es inoficiosa. Por tanto, aquí estamos manejando errores de conceptos, hay errores en las escrituras, en los textos, porque si queremos dar una solución para la circulación de este título diciendo en una escritura, con frases muy armadas, que la donación que se está realizando no es inoficiosa, es absolutamente inoperante, ya que la misma oficiosidad la vamos a poder calificar al tiempo del fallecimiento del donante y no antes. Y estos valores, además, los vamos a calcular al tiempo del fallecimiento.

En consecuencia, todas aquellas declaraciones que se efectúan en el título, de que la donación no es inoficiosa, que no afecta la legítima de los herederos, son situaciones que no ponen ni quitan nada y, en definitiva, no sirven para avalar la bonanza de ese título.

En 1994 hemos publicado en la revista jurídica *La Ley* y en la *Revista del Notariado* de la Capital Federal nuestra opinión con relación al distracto. En aquella oportunidad fundamenté que el distracto, por lo menos de acuerdo con lo que interpreté a raíz de estudios que realicé al respecto, generaba una suma de una donación a otra donación al tiempo de la restitución del dominio del donatario al donante. Esta cuestión nos deja de lado, por lo menos desde mi punto de vista, la posibilidad de implementar el distracto como medio subsanatorio. Frente a esta posición, en el notariado se dice que tendríamos que causar el distracto, con lo cual estamos generando lo que ya comentó el escribano Giralt Font en cuanto a la obligación alimentaria del donatario que, recordemos, va a hacerse efectiva luego de la convocatoria que la propia ley da a quienes realmente deben alimentos. El donatario los deberá pura y exclusivamente al tiempo en que el donante no sea alimentado por quien le debe alimentos. En consecuencia, estamos recurriendo o pegando el manotazo a alguna situación que por allí atiende el Código Civil para tratar de darle una respuesta a esta causa del distracto.

Es indudable que la situación no mejora por las expresiones que puedan realizarse porque, por lo general, este distracto genera una transmisión del donatario que sí tiene herederos, por ejemplo, una familia que va a ser legítimaria en el futuro y, por tanto, la preterición del heredero surge del propio título.

En particular, todos sabemos que hay una posición muy tomada en el ámbito de la demarcación territorial de la Capital Federal, ésta es ni más ni menos que la respuesta al fallo plenario "Escary c/ Pietranera", de 1912, que es la

decisión que han adoptado los cuerpos de asesores letrados de las entidades bancarias y financieras y que, en consecuencia, a estos títulos se los considera malos.

En la provincia de Buenos Aires, ya desde la década del '70, viene trabajando un prestigioso grupo de notarios –algunos de sus miembros de entonces aún hoy conforman la Delegación Morón– que fijó el punto de partida del pensamiento de que la acción de reducción no tiene los efectos reales que sí le otorga gran parte de la doctrina civilista, quizás la mayoritaria, porque recordemos que un brillante doctrinario como es López de Zavalía precisó su posición, que nosotros tomamos y seguimos en alguna publicación del año '90, en el sentido de que no estamos en presencia de una acción real. Es que tampoco es así, porque el mismo Zannoni, cuando habla de reducción, entiende que el efecto de reducir es reipersecutorio, pero no que la propia acción sea una acción real. En consecuencia, nosotros hemos desarrollado toda una doctrina coherente con este principio de que no todas las donaciones son tan malas como creemos que son.

En principio, tenemos que distinguir claramente la donación al hijo entre varios hijos de aquella realizada a todos los hijos que un donante tiene al tiempo de efectuar la donación. Recordemos quiénes son los legitimados para efectuar la acción de reducción; y, por tanto, el heredero legítimo, el legitimario forzoso que no exista al tiempo de la donación, carece de legitimación en la acción posterior que pueda intentar a la muerte del donante. Consecuentemente, lo único que obsta a esta interpretación es el hecho de que los descendientes de los descendientes sí tienen la acción.

En principio, podemos ir cerrando el marco posible de si son tan atacables estas donaciones o si generan este riesgo tan importante que todos estamos analizando. ¿Qué quiere decir esto? Que el marco de observabilidad de las donaciones debería reducirse a sus justos límites. Hoy por hoy se califican como observables muchos títulos de donación que podrían no ser calificados como tales.

Nosotros también sostuvimos, a través de nuestra labor en la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, la posibilidad de la declaración –y esto lo hemos implementado en nuestros propios títulos– de que, hoy por hoy, si me dicen si yo podría instrumentar una donación a un no legitimario, diría que sí, y quizás aparezca por allí como título antecedente una donación de esta naturaleza autorizada por mí. ¿Por qué? Porque tengo la más firme convicción de que la declaración del donante muy cercana, casi igual, a la que se efectúa en un testamento tiene que ser creída como tal, tiene que considerarse veraz y de buena fe y tiene que permitir que este título circule.

Ustedes podrían decir que pueden mentir. Si leemos “Las desventuras de Bosenbiente”, vamos a ver todo el trajín que él corre cuando califica el título, porque el problema es que el donante haya cometido alguna desprolijidad y, al tiempo de su muerte o antes, aparezca un legitimario que ni él mismo creía tener y, en consecuencia, si es descendiente, pueda accionar. Ésta es una

convicción absolutamente personal de que estas declaraciones deben ser tomadas como ciertas y oponerse siempre que también exista buena fe del donatario en estas condiciones. Y será un problema de calificación posterior y un problema judicial. ¿Qué es lo que está pasando en el mercado inmobiliario? Nosotros nos curamos en salud y por eso mismo estamos generando una cantidad de posibilidades subsanatorias posteriores, teñidas de un ámbito muy importante de simulación.

Los invito a leer todas las posibilidades subsanatorias que se han esgrimido a partir de títulos de esta naturaleza. Se dice, por ejemplo, que se ha producido una novación de título o causa. Ésta es una figura que no puede utilizarse para la subsanación, porque la novación es un medio extintivo de las obligaciones y, en consecuencia, la obligación extinguida no puede extinguirse nuevamente por novación. Puede modificarse por novación un título como, por ejemplo, el de una compraventa a plazo que luego se nove por una locación. Puede novarse una gestión de un mandato oneroso que luego sea considerado como un depósito irregular. Ésta sería la novación o extinción de una causa por otra.

No compartimos la postura del distracto ni la de la novación de la causa, que tiene la misma observación que en el caso del distracto. Está también la determinación de que el acto anterior fue simulado. Ahora bien, yo creo que lo simulado es lo de ahora, porque la donación realmente existió. Ahora vengo a decir, en cambio, que como era un acto simulado, el otro nunca dejó de ser dueño, lo que en definitiva es una situación que también genera su calificación disvaliosa.

Nosotros pensamos que, desgraciadamente, la posibilidad de subsanación es pura y exclusivamente la muerte del donante. Cuando llega a nuestras notarias un título de esta naturaleza, lo primero que preguntamos, frente a la calificación y al propio título, es si el donante falleció y, ante la desgracia de la muerte de una persona, cantamos las hurras porque allí sí comienza todo un conjunto de posibilidades subsanatorias.

Lo primero que nosotros efectuamos es lo que se llama la renuncia a las acciones de reducción y colación, y con esto permitimos que se transfiera el dominio sin más, porque frente a la muerte del donante, y sin necesidad de la apertura de su sucesorio, así como se pueden ceder sus derechos y acciones hereditarios, también puede renunciarse a las acciones, porque es allí cuando nacen; no pueden renunciarse con anticipación a la muerte del donante, porque ello implicaría un pacto sobre herencia futura.

Entonces, la renuncia a las acciones de colación y de reducción es un medio de subsanación y, en consecuencia, podría plantearse el siguiente interrogante: ¿cómo sé que hay un heredero legítimo y no cinco?

Hay otra posibilidad que se está esgrimiendo con suerte distinta en las diferentes demarcaciones territoriales o jurisdicciones judiciales. Se trata del intento, en Capital Federal, de iniciar una sucesión a efectos de lograr la declaratoria de herederos —en el famoso caso Soncín, que por ahora no ha sido publicado—. Este caso, que mereció el voto del doctor Kiper en segunda instancia,

ha generado en la demarcación territorial de San Isidro una determinación distinta. Hoy por hoy, las salas de la Cámara de San Isidro están divididas en cuanto a la posibilidad de la apertura del sucesorio frente a una situación de subsanación de esta naturaleza. O sea que esta definición jurisprudencial se está abriendo brecha, permitiendo la posibilidad de iniciarse de esta manera y, según alguna publicación del escribano Lamber, esto también está ocurriendo en Lomas de Zamora.

Entonces, frente a todo esto, es indudable que, así como el tiempo sana muchas cosas, también sana a las donaciones. Pero, en principio, hay que permitir la posibilidad de mantenerlas y dejarlas ser. Eso es lo importante. Quizás nosotros no dejemos ser a las donaciones, y si el legitimario no está preterido en el propio título, deberíamos entender que la donación es buena. (*Aplausos.*)

**Sra. moderadora.**— Tiene la palabra el escribano Francisco Cerávolo.

**Esc. Cerávolo.**— Creo que todos somos conscientes de la gran preocupación que trae al notariado este tema de la proliferación de las donaciones, fenómeno tal vez debido en muchos casos a causas de tipo tributario. La doctrina de la mayor parte de nuestros civilistas, que ha seguido las huellas del famoso plenario, hace que los títulos provenientes de donaciones más o menos mediatas sean observados por las instituciones bancarias.

En primer lugar, voy a compartir las expresiones de los colegas Giralt Font y Armella, en el sentido de que es poco el margen que queda librado a la voluntad de las partes para poder subsanar o bonificar los títulos con ese origen.

Voy a tratar de esbozar luego algunas posibilidades de solución, pero debo manifestar que participo de la opinión de esa mayoría de nuestros civilistas en el sentido de la observabilidad de los títulos que tengan ese origen.

Por supuesto, no desconozco la posición contraria, sostenida arduamente por eruditos colegas y algunos de nuestros civilistas. Pero lo cierto es que, aunque sea posible criticar la palabra “reivindicación” utilizada por el artículo 3955 del Código Civil, lo que no es posible es desconocer que el Código establece claramente una acción reipersecutoria contra los terceros adquirentes de esos bienes inmuebles.

La tesis que pretende llegar a otra conclusión importa prácticamente una abrogación del artículo 3955 porque, como ha dicho el maestro Lafaille, ¿de qué otra manera puede explicarse, eliminando el término “reivindicación”, la acción contra los terceros adquirentes, es decir, la acción reipersecutoria? Los argumentos a favor de una u otra tesis están prácticamente agotados, son conocidos por todos y no creo que valga la pena reeditarlos en esta oportunidad.

De cualquier forma, aun en la concepción de López de Zavalía, que se invoca para sostener la tesis de la bondad de esos títulos, se llega a la conclusión de que el acto es inoponible al heredero que fue afectado por esa donación en la porción legítima que le asegura la ley. Y si el acto es inoponible al heredero, tomando esa tesis, ¿cuál es la consecuencia de esa inoponibilidad? El heredero

burlado o afectado en su porción legítima intenta la acción de inoponibilidad y triunfa en ella, e indudablemente se abre el camino para la acción de reducción.

No es de recibo la tesis que intentan Llorens y algunos de nuestros colegas de provincia, encajados en esta posición de López de Zavalía, para llegar a la conclusión de que la acción que le queda al heredero así preterido es una acción pauliana, y la acción pauliana –porque lo dicen así, categóricamente– significa lisa y llanamente, como conclusión, que el heredero no tiene acción ninguna, por cuanto dicha acción exige como requisito indispensable que el crédito sea anterior al momento del acto fraudulento. De manera que, entonces, si ésta es la conclusión a la que llegamos, tenemos que terminar diciendo que el heredero no tiene ninguna acción.

Dije que es muy poco lo que el ordenamiento puede dejar librado a la voluntad de las partes para llegar a la pretendida subsanación.

¿Cuáles pueden ser las soluciones que emerjan de la ley? Muy pocas. En primer lugar, con carácter general, la usucapión, cuando con anterioridad a la acción de reducción se han cumplido los requisitos exigidos por los artículos 4015 y 4016 para que por esa vía se adquiera el dominio. En tal caso, la acción del heredero se enfrentaría con la usucapión cuyos requisitos ya se han cumplido, es decir, la posesión continua, ininterrumpida, por el término de 20 años y con la intención y el ánimo de dueño.

Ésta es una de las soluciones y por eso también se podrá preguntar qué pasa si se interrumpió la prescripción. El plazo podría ser más extenso pero, por lo general, cuando los escribanos llegamos en el estudio de títulos a los 20 años consideramos que esto es así, porque eventualmente el adquirente está protegido por este instituto de la usucapión.

Por supuesto, la usucapión puede ser anterior o posterior al fallecimiento del donante. Después del fallecimiento del donante, fundamental y definitivamente, la prescripción de la acción de reducción, que –como todos sabemos– es de 10 años contados desde el momento del fallecimiento del donante, es lo que bonifica al título. Y con cierta relatividad, siempre después del fallecimiento del donante y en el proceso sucesorio, la prueba de que la donación no excedió la porción disponible del donante.

No hace mucho tiempo en la Comisión de Consultas se trajo a consideración el caso de una donación que había sido muy pequeña con relación al monto del acervo sucesorio denunciado y comprobado en el expediente. Prácticamente, no significaba más que un 2 o un 3 por ciento de ese acervo sucesorio, de modo que se llegó a la conclusión, a mi juicio acertada, de que ese título, en tales condiciones, no sería observado. Se me podrá decir que pudo haber otras donaciones anteriores que, sumadas, excedían aquella porción, pero sería un caso de excepción.

En el supuesto de haberse tramitado el sucesorio y dictado declaratoria, la solución es relativa, porque podría aparecer luego un heredero forzoso, quien tiene un plazo de diez años para presentarse, y la acción podría ser exitosa. De

todas maneras nos vamos acercando, porque esto es lo máximo que podemos pretender en cuanto a achicar el margen posible de observabilidades.

La renuncia de los herederos legitimarios declarados en el proceso judicial también es relativa, porque con posterioridad podría aparecer luego un hijo matrimonial o extramatrimonial, cuyo derecho de ninguna manera podría haber caducado.

También podría argumentarse el pago a los herederos legitimarios de la parte necesaria para cubrir sus porciones legítimas. Por eso nunca he dejado de decir que son soluciones con cierta relatividad.

Si al patrimonio del donante reingresara el bien inmueble por una adquisición a título oneroso, o por herencia, o por legado, desaparecería toda posibilidad de acción reivindicatoria.

En los actos a título oneroso exceptúo a la permuta en virtud de lo dispuesto por el artículo 1489, que autorizaría al copermutante a iniciar acción de restitución.

Llegamos así al punto tan discutido y tan discutible de la posibilidad del distracto, y con mucho respeto por la opinión expuesta por la colega Armella, que además tiene sólidos fundamentos, voy a permitirme discrepar.

Entiendo que el distracto, en cuanto rescisión bilateral del contrato, puede ser en algunos casos una solución para la bonificación del título en tanto ese instituto sea la expresión de la real voluntad de las partes.

El distracto tiene como efecto directo la retransmisión del dominio al antiguo titular. El distracto, mutuo disenso o contrario consenso, como se lo quiera denominar, ha sido consagrado de modo expreso por el artículo 1200 del Código Civil y se ubica en la extensa área de la volición individual de la autonomía de la voluntad, que es principio universal receptado en nuestro Código Civil.

No puede haber cortapisas para esta voluntad individual. El artículo 1200 no hace distinciones respecto de los contratos de ejecución instantánea o de aquellos que establecen vínculos y obligaciones de cumplimiento periódico o sucesivo. Por el contrario, cuando este artículo faculta a retirar –tal vez sea inadecuada la expresión– los derechos reales, significa que se ha transmitido ese derecho real y que ese negocio se ha consumado.

La interpretación que llega a la conclusión de que solamente pueden ser objeto del distracto aquellos contratos con obligaciones periódicas o sucesivas no es compartida por quien habla.

En definitiva, la causa fin del distracto es la finalidad socioeconómica en la tesis objetiva de la corriente causalista, y es el fin o la razón inmediata de la celebración del contrato en la posición subjetivista de la causa.

¿Cuál es la causa fin del distracto? Es el fin inmediato práctico que persiguen las partes, y lo persiguen por su propia voluntad. Absolutamente nada impide que las partes, incluso por expresa declaración, den a ese distracto efecto retroactivo. En esto está de acuerdo la mayoría de los autores. Naturalmente, sin perjuicio de terceros, por aplicación del principio, también univer-

sal, de que los contratos no pueden perjudicarlos, consagrado en nuestro art. 1199.

Cariota Ferrara, cuando aborda el tema, se pregunta si es posible lo que él denomina la abolición del contrato en sus propias bases, y llega a la conclusión de que ello puede ser así y de que esa intención de las partes debe ser y es receptada por el derecho positivo. Nos señala que ésta es la posición de la mayor parte de la doctrina italiana y alemana; cita en su favor a Carnelutti, quien habla de la destrucción del contrato por el consentimiento de las partes. Claro está que si se dice que se llega al distracto para bonificar el título, esto carecería de todo amparo por el derecho, pero si el distracto es la verdadera voluntad de las partes, evidentemente no hay ninguna norma en nuestro Código Civil que se oponga a ello.

El artículo 1200 de nuestro Código es una mera emanación del principio general de la autonomía de la voluntad. A la conclusión contraria se llega por vía de interpretar algo que la hermenéutica jurídica no acepta, es decir, la abrogación o la derogación parcial del artículo.

En segundo lugar, el artículo 1200 no colisiona con ningún otro precepto de igual jerarquía en nuestro Código. De manera que, en mi opinión, y siguiendo la de ilustres tratadistas –o por lo menos la de una parte de ellos–, procede el distracto cuando ésta es la verdadera y real voluntad de las partes.

¿Cuáles son los motivos? Esto es algo distinto de la causa fin. Los motivos son subjetivos, son imponderables y son variables. Nada exige que los motivos sean explicitados en el distracto, aunque tal vez, en ocasiones, pueda ser conveniente hacerlo.

Se dice, por otra parte, que el distracto de una donación implica una nueva donación. No comparto esta opinión. Cuando voy a un negocio y compro una cosa, pago y se perfecciona el contrato de compraventa. Con posterioridad, si por equis motivo devuelvo al comerciante la cosa, con su consentimiento, y se devuelve el importe, con lo que habría un distracto, ¿hay en este caso una nueva compraventa? Cuando se distraiga una permuta, ¿hay una nueva permuta? No la hay. No es un negocio típico, como señala Carnelutti. Es simplemente un negocio destinado a abolir otro negocio. Por supuesto que podrá o no compartirse mi opinión.

Me faltaría agregar algo con respecto a la gratuidad.

El distracto puede ser gratuito, y lo es en general. Es una consecuencia de que el negocio abolido también fue gratuito. Pero puede no ser gratuito; puede ser que sea compensado por el valor de la obligación alimentaria que pesa sobre el donatario en la donación sin cargo. En ese caso, la donación no es gratuita. No nos olvidemos de que el donatario puede libremente renunciar a su obligación, liberarse de ella, devolviendo la cosa donada, y puede estar en el interés del donatario celebrar precisamente este distracto. Para ello no tiene por qué expresar los motivos.

También podría darse el caso de que el distracto –en definitiva, la rescisión bilateral– sea simplemente aparente, y esté escondiendo, por razones de pudor o para evitar las secuencias de un largo proceso judicial, la existencia de una

verdadera causa de revocación. Antes de llegar al proceso judicial, las partes se ponen de acuerdo para rescindir el contrato, y lo hacen porque estamos en el campo –insisto– de la autonomía de la voluntad, que no tiene más cortapisas en nuestro ordenamiento que la moral, las buenas costumbres y el interés social del orden público. (*Aplausos.*)

**Sra. moderadora.**— Siguiendo con el orden de exposición previsto, tiene la palabra el escribano Rubén Lamber.

**Esc. Lamber.**— 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 propiedad 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. Es la misma tesitura la que desarrollamos –quizás aprendiendo de los demás– y 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 una entrega de dinero. Pero el falso negocio, en el supuesto de que pudiera existir, también puede serlo 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 refiriendo 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 su inobservabilidad.

Otro es el famoso caso de los arreglos en familia, donde entre hermanos se están haciendo donaciones porque recibieron el bien por herencia del padre y, en lugar de hacer una partición, que es lo lógico en estos casos, quizás por la falta de difusión de la escritura de partición, se hicieron donaciones simultáneas, a lo mejor el mismo día, en orden a lo cual quedaban, por ejemplo, la madre y tres hermanos, y uno de ellos recibía en donación de la madre y de los otros hermanos las partes que les hubieran correspondido por esa sucesión. En este caso, en vez de decir que ésa era una partición, dijeron que era una donación, y realizaron tres o cuatro donaciones simultáneas que, vistas individualmente, significan actos en los que un hermano estuvo donando al otro y, por tanto, tiene una acción reipersecutoria. Sin embargo, si analizamos el negocio en conjunto el mismo día, en las mismas escrituras, y determinamos que el patrimonio proviene de un origen sucesorio podemos, a través de una escritura, aclarar que éste era un negocio partitivo, porque la jurisprudencia ha dicho

muy bien que a la partición se puede llegar mediante la teoría de los negocios mixtos.

La teoría de los negocios mixtos se ha desarrollado, incluso desde el punto de vista fiscal, como para desterrar cualquier idea de que, cuando se compensa con una suma de dinero en una partición de herencia, eso era una venta. Pero no es una venta, como ha dicho muy bien la jurisprudencia, sino una compensación de dinero para poder permitir la adjudicación de las hijuelas a los respectivos adjudicatarios. En este caso, si desnudamos el verdadero negocio que surge de títulos, de escrituras públicas, podemos decir que aquí estamos recomponiendo la masa y haciendo la verdadera partición, y lo que se dijo que era donación no había sido sino un acto partitivo que perfeccionamos con este acto. En esta circunstancia, entiendo que también esta situación es subsanable.

Rechazo, asimismo, la posibilidad de que se considere título imperfecto aquel que proviene de una cesión de derechos hereditarios, porque se está confundiendo, aun en la cesión gratuita, la acción reipersecutoria del artículo 3955, que expresamente se refiere a la donación del inmueble, con la cesión de derechos hereditarios que comprende una universalidad y que, como tal, es aleatoria y está sujeta a los vaivenes que puede tener el patrimonio del causante. No podemos, frente a una norma expresa, específica y de excepción, como es la del 3955, aplicarla a un criterio referido a la cesión de algo que quizá el heredero pueda recibir o no, depende de los créditos que existan en la sucesión o hasta de la adjudicación que se pudiera hacer a otro heredero, en definitiva, si la cesión no la hicieron con la conformidad de todos los herederos y no representa un verdadero acto partitivo.

Entiendo que la cesión de derechos hereditarios, aunque fuera a título gratuito, de ninguna manera está comprendida en el artículo 3955, y es criticable la postura de los bancos que observan estos títulos.

Otra forma de solución –que, digamos, se nos ha ocurrido– depende de las circunstancias –como decía al principio, cuando se muere el causante (ya lo dijo Cristina Armella y creo que también Giralt Font)–, y sería la renuncia, onerosa o gratuita, de los herederos declarados tales –porque para saber que son herederos tendrá que haber una declaratoria de herederos y entonces no habría ningún problema para subsanar el título– a la acción reipersecutoria o a la herencia, si es que no hubiera otros bienes y si los herederos estuvieran de acuerdo en hacerlo así.

Otro tema que en los últimos tiempos ha dado motivo a mayores discusiones está referido a la posibilidad del donatario de abrir la sucesión del donante ante la inexistencia de herederos. Adviértase el absurdo de que si el donante tuviera herederos nos permitiría una solución, porque podemos hablar con ellos y pedirles que se abra la sucesión y ellos renunciar a la herencia.

Si el donante no tiene herederos, sería el caso de que no podría existir acción reipersecutoria alguna. Si no tiene herederos, ¿a quién protege la acción reipersecutoria? Pero como no sé si los tiene o no, me encontraría ante la necesidad de abrir una sucesión. En este caso, me pueden decir, según algunos

fallos, entre ellos el famoso del doctor Kiper, que no podría abrir una sucesión como donatario porque no soy acreedor. Pero yo digo que sí, que el donatario es acreedor, porque si el donante le hizo al donatario una donación en la cual le dijo que no tenía herederos, hay una acción de evicción que tiene el donatario contra el donante, porque ha sido engañado y ha aceptado la donación en la creencia de que no iba a tener oponibilidad de nadie, y ahora se encuentra con que sí puede tenerla. Por tanto, es acreedor porque hay una acción. Si realmente existen herederos, el donatario tiene una acción de evicción por los gastos que él invirtió en la cosa y por la frustración a que se lo somete por la devolución de la cosa a los herederos ante una acción reipersecutoria. El donatario sería acreedor del donante y en tal condición tendría derecho a abrir la sucesión y que se declararan herederos. Como no se van a poder declarar herederos porque no se presenta ninguno, ahí viene el efecto de la publicidad, el efecto de la apariencia jurídica que tiene el artículo 3430.

Para que los herederos puedan disponer de los bienes de la herencia, el artículo 3430 exige la apariencia, que es la declaratoria de herederos. Pero por más que haya otros herederos, al donatario no le importa, le interesan los herederos declarados y, de este modo, puede disponer de la cosa y estar tranquilo, porque tiene la perfecta oponibilidad frente a todos. Como no hay ningún heredero, el sentido inverso del 3430 justamente le daría derecho al donatario a perfeccionar su título, porque, demostrado judicialmente y por más que no haya vencido el plazo para que se presenten, él, como acreedor de la sucesión, no puede exigir su crédito porque no se presenta ningún heredero. Por tanto, están haciendo la apariencia de que su donación es inoponible porque no hay herederos. Precisamente, la inoponibilidad contra los herederos surge del artículo 1832, cuando dice cómo se prueba que se violó la legítima de alguno de ellos. En este caso, abriendo la sucesión y demostrando no sólo que había herederos, sino que esa donación creaba un perjuicio a los herederos del donante, porque podía ser una cifra ínfima, como hace unos momentos dijo el escribano Cerávolo, con relación al patrimonio del donante y, entonces, el título no merecía observación alguna.

Este tema se discutió. Yo impulsé en Lomas de Zamora una acción por la cual se sacó una resolución judicial después de publicados los edictos y de cerrado el plazo para la presentación de los herederos y acreedores. El juez certificó que no se habían presentado herederos ni acreedores y, sobre la base de esa certificación, hicimos una escritura aclaratoria invocando el artículo 3430, la apariencia que resultaba de ella, y –por tanto– entendíamos perfeccionado el título.

En la Capital Federal también hay fallos similares; por ejemplo, hay uno del Juzgado N° 42, que yo llegué a citar hace poco tiempo en una reunión que tuvimos en la Universidad Notarial. Me sorprendí en el momento en que estaba hablando Gastón Di Castelnuevo, porque miraba el expediente que tenía en la mano y no me había dado cuenta de que era de la Capital Federal, y justamente daba lugar a la apertura de la sucesión. A pesar de la oposición del fiscal, el juez certifica la inexistencia de herederos y, por lo tanto, sin emitir juicio sobre

la perfección o no del título –porque como ésa no era la cuestión el juez no podía abrir juicio al respecto–, deja abierta la posibilidad de la apariencia jurídica de ese título, que es buena a partir del momento en que se demuestra que no hay herederos que se hayan presentado. ¿Para qué la publicación de los edictos? Si sirve para perfeccionar a los herederos que pueden transmitir, por qué no va a servir para perfeccionar a aquellos que tienen que demostrar que no existen herederos.

En definitiva, la donación es un acto válido e irrevocable. No podemos estar pensando en que porque existe una acción reipersecutoria –esto ya se dijo– no hay rescisión, no hay nulidad, ni nada por el estilo, y no se aplica el artículo 1051. En todo eso estamos de acuerdo.

Con relación al distracto, se dice que por el artículo 1200 se pueden distraer obligaciones, pero se trata de obligaciones pendientes. Si hago una compraventa, pago el precio, entrego la posesión, ¿qué obligación queda pendiente? Alguno ha hecho el absurdo de un distracto de compraventa, y después de diez años de haber vendido bienes dice que viene a distraer la compraventa, retrotrayendo el dominio al titular originario, y hasta se olvidaron de decir si era onerosa o gratuita, ni dijeron nada del precio. Eso lleva no sólo al absurdo jurídico sino a la peligrosa situación de usar un elemento que no responde al artículo 1200 por una razón muy sencilla: esa norma se está refiriendo a contratos de cumplimiento sucesivo o que, por más que sean de cumplimiento instantáneo, puedan ser atacados por existir una violación al sinalagma genético o al sinalagma funcional.

El contrato puede ser atacado por vicios del consentimiento –error, dolo, violencia, simulación, fraude, frustración en la causa–, pero también por aquello que afecte al sinalagma funcional. Si yo estoy aplicando un cargo en una donación, y el cargo después no se puede cumplir, no habría ningún problema en hacer un distracto. Vendrían de común acuerdo el donatario y el donante, y el donatario diría: “Yo no puedo cumplir el cargo, entonces vengo a hacer un distracto de esta donación”. Había una obligación pendiente; había un cargo que cumplir, pero no se puede cumplir. Ahí está lesionado el sinalagma funcional del contrato. Por eso el distracto es válido en ese caso. Pero no es válido cuando no hay nada pendiente, y en la donación, que es irrevocable, donde se entregó la posesión, distraer es querer disolver aquello que ya está irrevocablemente adquirido. (*Aplausos.*)

**Sra. moderadora.** – Tiene la palabra el escribano Horacio Pelosi.

**Esc. Pelosi.** – Después de escuchar estas brillantes exposiciones ustedes se preguntarán qué puede decir Pelosi. Yo también me lo estoy preguntando. (*Risas.*)

Por supuesto, no digo que los pequeños libretos que me fui preparando me fueron sustraídos porque los conservé en mi poder, pero evidentemente creo que todos, desde un ángulo o desde otro, fuimos tratando de repasar diversas instituciones, las que pueden merecernos una opinión favorable o no.

Adelanto que mi pensamiento coincide en su mayor parte con lo expresado por el escribano Cerávolo, con lo expresado por el escribano Giralt Font, y también parcialmente con algo manifestado por la escribana Cristina Armella y por el amigo Lamber. (*Risas.*) ¿Cómo puede esto ser así? Voy a tratar de ir a algunos puntos concretos.

En cuanto al tema del artículo 1051, creo que la posición es unánime; todos descartamos que aquí haya una nulidad.

En cuanto a la posibilidad de entregar el precio de la venta por parte del donatario a quien se le donó el inmueble, ahí ya no hubo coincidencia. Adscribo a que con esto no se puede –por lo menos en nuestra modesta opinión– solucionar el tema que hoy nos aboca, en razón de que el valor del bien no se juzga al momento en que pueda venderlo el donatario sino que debe juzgarse al momento de la apertura de la sucesión, en cuya oportunidad podrá ser igual, superior o inferior.

En lo que hace a la utilización por Jaime Giralt Font del procedimiento de la revocación o anulación, que bien expresa Zinny a través de Bonsenbiente, realmente me cautiva, me atrae, y he utilizado el procedimiento en alguna oportunidad. Además, lo he sugerido algunas veces cuando algún colega se me acercó a consultarme, preguntarme o pedirme alguna opinión respecto de estos títulos provenientes de donación.

En lo relativo al distracto, que en principio Giralt Font desecha y Cerávolo defiende con gran vehemencia y sólidos fundamentos, no es pacíficamente aceptado. Tenemos aquí con nosotros a quien claramente se ha manifestado en contra, no sólo hoy sino que lo tiene escrito y muy bien expresado con amplitud. No obstante, creemos que es una de las soluciones que se pueden aplicar a los problemas originados en los títulos provenientes de estas donaciones.

El distracto no es donación. El distracto de un contrato es la rescisión de ese contrato. Entonces, o hacemos desaparecer la rescisión del Código Civil y de nuestro ordenamiento, o aceptamos que existe.

Creemos que la rescisión del contrato es viable y, además, entendemos que en modo alguno puede significar una nueva donación desde el momento en que le falta algo importantísimo para una donación, que es el *animus donandi*.

Podrá decirse, como algunos lo sostienen, que para el distracto hace falta una causa. Cerávolo expuso su posición en el sentido de que no era necesario que esa causa fuera expresada. Podrá estarse o no de acuerdo pero, evidentemente, la causa es la misma que sirve a Zinny y a Giralt Font para sostener la posibilidad de la anulación: es la imposibilidad de que el inmueble donado pueda ser vendido. Es decir que esta donación, en alguna medida, está sustrayendo del comercio al bien inmueble.

Si estimamos que el distracto debe ser causado, entendemos que la causa de ese distracto, sin entrar a analizar el tema de la obligación de los alimentos que tiene el donatario, puede perfectamente ser la imposibilidad de transferir el inmueble, con lo cual el donatario se ve muy relativamente favorecido y en algún momento puede estar totalmente desfavorecido.

Algunos se sonrieron cuando dije que también en algunos aspectos coinci-

día con el escribano Lamber. Coincido en que la cesión de derechos hereditarios a título gratuito, que se rige por las normas de la donación, en modo alguno constituye una donación de bien inmueble, que es el supuesto previsto por el artículo 3955. Esto, además, ha sido expresado en más de una consulta evacuada por la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas de este Colegio.

Distinto es el caso de la llamada cesión de derechos hereditarios sobre bienes particulares. Digo “llamada” porque en la práctica se utiliza así, pero deberíamos haberla desterrado, en primer lugar los escribanos, pero lamentablemente no lo hacemos. No vamos a analizar ahora la circunstancia por la que no se la ha desterrado, pero el 3955 no puede ser susceptible de una interpretación análoga y sumamente amplia como para cambiar la palabra “inmueble” por cualquier derecho. En esto, la coincidencia es de un ciento por ciento.

En cuanto al tema de la apertura de la sucesión, en los últimos tiempos parece no resultar viable en nuestros tribunales pero conozco antecedentes en los que sí se ha hecho lugar.

¿Qué pasa después de que se abrió la sucesión? Podemos encontrarnos con herederos forzosos, con herederos no forzosos o con ningún heredero.

Si nos encontramos con herederos forzosos y analizamos el acervo sucesorio, como también se comentó aquí, si la donación no excede la porción disponible, no hay problemas.

Si hay herederos forzosos y renuncian a la acción de colación y de reducción, creo que mejoramos el título pero no lo perfeccionamos, no está íntegramente solucionado porque luego puede aparecer otro heredero.

El hecho de que no se presente ningún heredero al llamado que se hace por edictos –no voy a traer como fundamento que sea una ficción, pues si es una ficción legal debe ser aceptada– en modo alguno, en mi opinión, y respetando las ajenas, podemos llegar a solucionarlo con el tema del heredero aparente. El artículo 3955 se refiere exclusiva y únicamente a actos de disposición a título gratuito por quien obtuvo la declaratoria de herederos a su favor.

El escribano Cerávolo abordó otros temas, como el de la usucapión, con el cual coincido, y tendría que analizar diversos aspectos pero, como han sido expuestos, me parece, como dije al comienzo de mi intervención, que no tiene sentido hacerlo nuevamente.

En estas pocas palabras espero haber dejado expresado mi humilde pensamiento. (*Aplausos.*)

**Sra. moderadora.**– Por último, vamos a escuchar al doctor Carlos Arianna, como voz ajena a la del notariado y como docente de la Facultad de Derecho de la U. B. A., miembro de la Comisión creada por resolución 297 para la elaboración de un proyecto de ley de mediación, y a cargo de la Sección de Jurisprudencia de la revista *Derecho de Familia*.

Una vez más quiero expresarle al doctor Arianna que nos sentimos muy honrados con su presencia.

**Dr. Arianna.**— Ante todo quiero agradecerle a la Academia del Notariado esta invitación.

Voy a insumir poco tiempo, incluso porque estimo que la doctrina notarial ha hecho un esfuerzo muy grande en poder buscar formas de bonificación de los títulos provenientes de donaciones.

Desde una perspectiva quizás ajena a vuestra profesión —aunque casi somos primos hermanos, habida cuenta de que tenemos una serie de materias comunes—, quiero agregar una visión desde el ejercicio profesional respecto de la defensa del cliente frente a actos que pretenden subsanar estas donaciones.

Me parece que puede ser un aporte bastante interesante desde las perspectivas de ustedes el aconsejar una u otra forma de subsanación.

En primer lugar, debo decir que participo de la corriente interpretativa que entiende que el artículo 3955 da una acción reipersecutoria. Bien o mal llamada reivindicatoria, creo que claramente otorga a los herederos afectados una acción reipersecutoria respecto de los terceros adquirentes de estos inmuebles, y lo digo más allá del nombre que el 3955 le da a la acción.

Por otro lado, ustedes deben tener claro que el Código Civil organizó el sistema de protección de la legítima y lo hizo con un fuerte sentido de amparar a los legitimarios; aquí hay un derecho enfrentado a otro: el derecho de seguridad en el tráfico jurídico y el derecho de la legítima. Éstos son los dos derechos que aparecen confrontados en el problema de las donaciones.

El legislador, a mi juicio, como muchos de los que aquí han hablado, se ha inclinado en este caso por la protección de la legítima, si bien en otros ha sido partidario de la protección de la seguridad del tráfico, y hay muchos ejemplos al respecto.

Aquí se han dado varias soluciones. No voy a hablar de cada una de ellas. Simplemente voy a decir que cuando se hace algún tipo de subsanación siempre hay que tener presente cuál es la voluntad real. Tomo un ejemplo: si lo que se quiso es distraer la donación en los términos del 1200 y al poco tiempo aparece una venta, indudablemente tenemos un acto inficionado de simulación o, por lo menos, van a aparecer datos de que este negocio aparece afectado en su real dimensión; lo que se quiso en realidad no fue distraer sino posibilitar la venta posterior.

Es cierto que la causa por la cual el dominio vuelve al donante primitivo, en el distracto, no es una donación. El donatario no le está donando; no hay *animus donandi* respecto del donante. Pero en los contratos onerosos hay sacrificios y ventajas. Si sólo hay sacrificios, estamos ante actos a título gratuito. Y creo que en definitiva ustedes también, cuando hacen estas cosas, tienen que hacer una especie de profecía acerca del comportamiento de los tribunales.

Y en ese orden, en primer lugar está el plenario, después los datos del caso: si después de distraer se vende, si tal acto es a título gratuito, quizás estamos dando las posibilidades de probar una simulación.

Debo decir que a mí mucho no me conforma el distracto, porque más allá de que no exista *animus donandi*, creo que en un contrato donde la propiedad fue transferida irrevocablemente al donatario y vuelve al donante sin contra-

prestación es muy probable que los legitimarios de este donatario puedan plantear una acción vinculada con la salida gratuita de este bien del patrimonio del donatario.

La verdad es que es seductora la propuesta del escribano Giralt Font respecto de la posibilidad de revocar la donación por frustración del fin del contrato. La frustración del contrato tuvo bastante desarrollo en la teoría alemana. Con relación a la frustración de la finalidad de este contrato –que consistiría en que el donatario encuentre dificultades al vender en bien– observo un problema: no puede venderlo porque su limitación proviene de una propia norma legal, para quienes entienden que hay acción reipersecutoria. Es decir, el propio ordenamiento que aparentemente frustra la voluntad del donatario de transmitir este inmueble obedece a normas de orden público, como es la protección de la legítima y, para quienes están de acuerdo, la acción reipersecutoria.

En cuanto al tema de abrir la sucesión debo señalar, en primer lugar, que aquí los escribanos se encuentran con una prueba diabólica –como lo sería para cualquier abogado–, que es la prueba negativa: un certificado de inexistencia de heredero. La verdad, es muy difícil obtenerlo.

Coincido con el escribano Pelosi en cuanto considero que las normas que regulan las relaciones del heredero aparente con terceros no resultan aplicables al heredero legitimario que tiene acción de reducción, porque al heredero legitimario que tiene acción de reducción va a serle inoponible este certificado de una declaratoria o de inexistencia de heredero o de quienes están declarados. Además, no debemos olvidarnos de que la acción de reducción es divisible. Lo que está protegiendo es la legítima individual de cada heredero. Y si esto es así, en rigor de verdad creo que no hay otra solución que esperar los diez años desde la muerte. No hay forma de obtener un certificado de inexistencia respecto de ellos.

Otra coincidencia más es que entiendo que en el caso de cesión de derechos hereditarios no hay duda de que la situación nada tiene que ver con el artículo 3955; se ceden cuotas de una universalidad que es la herencia, y a esas cuotas o a ese total no sabemos cómo llenarlos sino hasta el momento de la partición. Por lo tanto, no puede aplicarse la reivindicación sobre la cuota, como tampoco hay posesión –en el sentido de derechos reales– sobre la herencia. La posesión es sólo el título en materia hereditaria.

En cuanto al tema de la prescripción o usucapión como forma de sanear este título, ¿podrá demandar por prescripción quien es titular del bien? ¿Correrá el plazo mientras el heredero legitimario no pueda ejercer la acción porque el causante no murió? En fin, yo los vengo a llenar de dudas desde el ejercicio de la profesión.

En realidad, creo que no hay una solución para estos temas, en la medida en que se siga manteniendo en el sistema de nuestro Código una protección de tal naturaleza a la legítima. Personalmente, y *de lege ferenda*, creo que hay que dar certeza a la donación o ponerle un plazo. Creo que el proyecto habla de diez años antes y dos después de la muerte. Hay que poner el límite de al-

guna forma al problema de estos títulos que francamente están fuera del comercio, sea por vía de reducir plazos o sea por vía de admitir pactos sobre herencias futuras, como excepción al principio general receptado legislativamente. Esto ocurre en algún derecho comparado, donde si se ha conformado la donación por todos los legitimarios existentes, entonces, el acto después no puede ser atacado. Pero siempre vamos a tener el problema de saber si los que celebraron el acto eran todos los legitimarios.

Espero que la duda, como decía Descartes, sea el principio del conocimiento. Acá, indudablemente, no vamos a llegar a una solución ideal. Me da la impresión de que una u otra forma pueden resultar válidas de acuerdo con las circunstancias del caso. Pero creo que todas estas formas, cuando aparezcan destinadas a validar el título, pueden caer en una posible acción de simulación. Mucha gracias. (*Aplausos.*)

**Sra. moderadora.**— Brevemente, cada uno de los expositores puede expresar su conclusión en pocos minutos.

Tiene la palabra el escribano Lamber.

**Esc. Lamber.**— No creo que haya mucho que decir porque más o menos están perfiladas todas las posturas.

De cualquier manera, lamento que no se haya tratado más en profundidad el tema de la compensación indemnizatoria. Me parece que es una solución importante en algunos casos. Tampoco se ha podido tratar en profundidad el tema del distracto, que realmente para mí —insisto— es una solución nefasta, porque es totalmente antijurídica. Pensar en deshacer un contrato cuando ya están cumplidas todas las obligaciones es algo totalmente contrario a derecho. ¿Cómo vamos a estar hablando de un contrato que ya está cumplido, que es irrevocable, que transfirió la propiedad y del que no quedó ninguna obligación pendiente? Para eso se establece qué puede quedar pendiente en materia de donaciones. La donación se puede revocar en caso de ingratitud del donatario, pero esto no se puede plantear porque la ingratitud está fuera de la posibilidad de conocimiento de los terceros. Sí se podría plantear en el caso de cargos o condiciones impuestas directamente en el acto. Entonces allí hay una donación que no produjo la transferencia irrevocable de la propiedad, porque está la diferencia entre el dominio revocable y el irrevocable. El dominio pleno se transmite a través de una donación que —dijimos— no es revocable ni un título anulable, entonces, por lo visto se transfirió el dominio pleno; salvo que estuviera sujeto a un cargo o condición. En ese caso decimos que se puede hacer un distracto. Pero, como dijo el doctor Arianna cuando hizo su exposición, la frustración en el fin del contrato no se puede justificar, es un hecho totalmente ajeno porque es la misma ley la que dice que esta donación es atacable. ¿Cómo las partes van a desconocer lo que la ley está diciendo? No puedo decir que hubo una frustración porque el título era imperfecto, pues eso lo conocía de antes, ¿o ahora es eximible el error de derecho? Los casos en que se acepta el error de derecho son muy contados.

En cuanto a atacar el distracto por error, dolo o violencia, creo que sería muy peligroso admitir contractualmente que ese contrato no sirve porque en realidad yo me equivoqué, o porque lo hice viciado por la presión, o por el engaño que hizo el donante contra mí, y entonces celebré la donación y ahora la vengo a distraer por vicio de la voluntad. En ese caso lo único que puede servir es la confirmación del acto a través de su ratificación, porque a pesar del vicio lo vengo a sanear a posteriori. Sería muy peligroso que uno pueda invocar que se equivocó en un contrato y dar marcha atrás. Por ello creo que con esto del distracto estamos entrando en un terreno muy peligroso, aunque sea una muy cómoda solución para los bancos que quieren hacer las escrituras y no les importa el efecto jurídico. Ése es el verdadero problema: estamos buscando soluciones facilistas y no estamos dándole un verdadero contenido jurídico. (*Aplausos.*)

**Sra. moderadora.**— Tiene la palabra el escribano Cerávolo.

**Esc. Cerávolo.**— Mi posición sigue siendo exactamente la misma, porque el artículo 1200 del Código Civil es una simple aplicación o corolario del artículo 1197, que consagra el principio de la autonomía de la voluntad. Doctrina muy autorizada acepta y habla de que la voluntad de las partes, así como anuda a través del contrato, desanuda por la voluntad contraria. Claro que en muchos casos se está partiendo de que el distracto es simulado. ¿Por qué debemos partir de que es simulado? En todo caso habría que demostrar judicialmente esa simulación. No se puede partir del preconcepto de que todo distracto es simulado. Si el distracto es la real expresión de la verdadera voluntad de las partes, nada en nuestro derecho se opone a que las partes destruyan o dejen sin efecto el contrato, porque ese contrato de distracto forma un todo con el contrato precedente entre las mismas partes.

No quiero decir que esta posición sea la panacea que se pueda aplicar en todos los casos. Depende de las implicancias de cada caso y cuál es el verdadero y real querer de las partes. Si alguien pretende que ese distracto es simulado, pues que lo demuestre, y entonces caerá el distracto por simulación.

Con respecto a la usucapión —que yo sepa no lo he visto planteado—, se me ocurre que es una solución, porque si el poseedor sin título y de mala fe adquiere la propiedad por el *corpus*, por el *animus* y por el transcurso del plazo, prescindiendo del título, de su buena o mala fe, pienso que reunidos esos requisitos, lamentablemente caerá la acción pretendida del heredero que se vio afectado en la legítima.

Insisto en que la causa fin del distracto es la abolición del negocio anterior. Ésta es la causa fin protegida por el derecho. Nada hay que se le oponga. (*Aplausos.*)

**Sra. moderadora.**— Tiene la palabra la escribana Armella.

**Esc. Armella.**— Como el doctor Cerávolo terminó su intervención con el tema de la usucapión, voy a agregar una reflexión al respecto.

Por el hecho de que siempre que pretendo usucapir me estoy comportando como dueño, desconociendo la posibilidad de que otro tenga el dominio, y me comporto como dueño durante un plazo corto o largo —de acuerdo con las calidades que estoy ejerciendo en esa usucapión—, el problema que plantea la doctrina civilista es que la usucapión no se puede oponer al heredero preterido a partir de que la acción de reducción que tiene éste aparece al tiempo de la muerte del donante, y no antes. En consecuencia, no se puede oponer un plazo de adquisición por posesión ininterrumpida como dueño durante veinte años, porque quien pretende tener un derecho sobre el inmueble lo va a poder ejercer pura y exclusivamente después de la muerte del donante. Por eso no es un consejo de práctica y tampoco una solución mágica que el donatario tenga veinte años de posesión del inmueble.

En relación con la solución que, con el ingenio que lo caracteriza, ha esbozado el escribano Lamber, referida a la compensación indemnizatoria, podríamos decir que casi no tiene fisuras. Salvo, y lo dejo para pensar —en esto participo de la observación formulada por el notario Pelosi—, que el valor que se restituye o que se consigna en la compensación indemnizatoria sea calculado al día de hoy, y el problema es que el *quantum* de la herencia y, por ende, de la legítima se va a calcular al tiempo de la apertura de la sucesión, luego de la muerte del donante. En consecuencia, le dejo a mi amigo Lamber la posibilidad de que replantee o piense sobre este resquebrajamiento de su posición.

Por otro lado, y diciendo que la posibilidad de la subsanación de estas donaciones acaece con posterioridad a la muerte del donante, cuando se amplían las posibilidades de que el título ya no se considere observable, aconsejamos a los profesionales que quieran intentar la apertura de la sucesión que lo hagan en forma correcta, y que esbocen frente a los jueces el verdadero carácter que tiene el donatario ante la apertura de esta sucesión. En este sentido, invito a todos a leer la demanda que presenta el abogado en el caso Soncin para lograr la subsanación. Pido perdón al abogado, pero está tan mal expuesto el requerimiento que le hace a la jueza que, como ella no tiene otro ámbito que el propio expediente, la respuesta de la doctora Areán, en primera instancia —como la del voto precalificado del doctor Kiper, indudablemente basándose en entender que la donación es un dominio resoluble, tomándose de la doctrina de Zannoni— es que, por la doctrina del artículo 2363, toda donación sujeta a una posible acción de reducción es un dominio resoluble que surge del propio título; en consecuencia, no es la forma de subsanarlo la apertura de una sucesión.

En principio, creo que cuando se le esboce al juez, como se está esbozando, la doctrina tribunalicia de San Isidro con el verdadero contenido de esta demanda de apertura de un sucesorio, vamos a seguir por la buena senda en poder lograr por lo menos la bonificación de estos títulos.

No creo que se entienda que considero que la donación es un título inválido, ni que hay una norma legal que la está agotando o frustrando, sino que la

interpretación que hace que estas donaciones no estén en el tráfico jurídico es pura y exclusivamente una interpretación del texto legal, si no las donaciones no existirían en el Código Civil.

Si bien el distracto aparece aquí como una panacea, no puede en todos los casos llevarse a cabo. Supongamos que adherimos a esa solución; en esa llamada que tuve desde el sur del país, ya agotadas todas las posibilidades que no eran válidas para volver este título al tráfico jurídico, le dije, ya vencida y en contra de mi propia posición jurídica: ¿y si distracta? Pero el interlocutor me señaló: “Estoy inhibido”. En consecuencia, no puede distractar.

A partir de aquí, ¿qué pasa si el donante ha muerto? Tampoco puedo distractar. Tampoco podría decir que hay una anulación del contrato o que puedo declarar la anulación. Todo vicio del consentimiento o todo vicio congénito que debe tener un acto para ser considerado nulo o anulable tiene que depender de una definición judicial. La pregunta es: ¿pueden las partes por sí mismas determinar que en un acto existe un vicio congénito? ¿Pueden declarar las mismas partes que el acto es nulo o que tiene un vicio congénito que permitiría la fundamentación del distracto?

Además, frente a quienes dicen que las partes llegan voluntariamente al distracto o que el distracto es la verdadera voluntad de las partes, yo no creo que sea la verdadera voluntad de nadie distractar. Considero que distractan compulsivamente, porque es la única forma de volver este inmueble simuladamente al tráfico jurídico.

En consecuencia, y a partir de todo esto, sólo quiero invitarlos a imaginar un mundo jurídico ideal en el que todas las donaciones cuyos títulos no evidencian la preterición del heredero forzoso vivan en paz con el tráfico jurídico. Dejémoslas ser; sigamos la cadena dominial así planteada y esperemos un trecho, de cinco, diez o veinte años. ¿Cuántas de estas donaciones pueden llegar al ámbito judicial? Creo que hoy lo único que hacemos es lo siguiente: bajo una simple interpretación jurídica ponemos fuera del comercio a todas estas donaciones, aun las que no están dirigidas a los herederos legitimarios. (*Aplausos.*)

**Sra. moderadora.**— Tiene la palabra el doctor Arianna.

**Dr. Arianna.**— Simplemente quisiera hacer una reflexión, porque en realidad creo que no tengo que replicar a nadie en esta mesa, sobre todo en un tema que es sumamente debatido, espinoso y controvertido.

Todos estos esfuerzos, seguir la cadena de las donaciones y esperar a ver cuántas llegan a Tribunales, me hacen acordar al cuento de que “algo va a suceder en el pueblo”, porque todos lo retroalimentamos. “¿Cuántas llegan a Tribunales?” Es cierto, pero también es cierto que muchos bancos tampoco las aceptan. Entonces, acá tenemos una especie de profecía autocumplida respecto de las donaciones. Efectivamente, no hay muchos casos de reducción en los tribunales, y menos en los casos de colación con reducción.

La donación al legitimario también es un tema discutido, y hay quienes en-

tienden que hay reducción si la donación excedió la cuota de legítima del donatario, porque ahí no habría posibilidad de darle de menos, ya que se llevó más. ¿Cómo hacemos? Este tema quedó fuera de la convocatoria, pero aun así la inquietud es posible. Hay tesis, como las de Zannoni, Belluscio y creo que Maffía, que sostienen que también son reducibles las donaciones a legitimarios en tanto excedan la cuota de legítima de ese heredero.

Entonces, me parece que las únicas posibilidades serias de ponerle un coto a esto –repito– son las soluciones *de lege ferenda*. *De lege lata*, algunas serán posibles. Creo que la de la compensación al donante puede ser una buena vía para quitarle acción al heredero preterido diciendo que, en definitiva, de la masa no ha salido un bien sino que está compensado. Pero el problema es que, conforme los artículos 3601 y 3602, para el cálculo de la legítima se toma el valor de los bienes existentes a la muerte, se les reducen las deudas y luego se agrega el valor de las donaciones –porque los acreedores no tienen acción contra los bienes donados–, y sobre eso se calculará la legítima mayor, que en el caso de los descendientes son los cuatro quintos. El problema es que todavía no tenemos ese valor. (*Aplausos*.)

**Sra. moderadora.** – Tiene la palabra el escribano Horacio Pelosi.

**Esc. Pelosi.** – Solamente me voy a referir brevemente a algunos puntos.

En lo atinente al distracto, se dijo que no quedó ninguna obligación pendiente. Cuando Mario Zinny daba una conferencia sobre el tema en la ciudad de Tucumán y afirmó esto, el propio López de Zavalía le recordó que sí quedaban obligaciones pendientes, y eran las obligaciones de posterior alimento.

En cuanto a que, en principio –como parecería haber insinuado el doctor Arianna–, esto del distracto estaría encubriendo simulaciones, yo tengo mis grandes dudas. No sólo que habría que probarlo sino que es el caso típico que más nos ocurre en la escribanía: el tío que le donó al sobrino. El sobrino quiere vender, no puede, le observan el título, va y habla con el tío. Le dice: “Mirá, te agradezco lo que hiciste, pero ahora que necesito el dinero no puedo disponer del bien que vos me regalaste con la mejor buena voluntad”. El tío le puede preguntar entonces: “¿Qué pasa si vos me devolvés el inmueble? Yo tengo el inmueble y con el dinero hago lo que quiero, y con la posterior donación del dinero al sobrino no hay ningún problema, ningún 3955”. O sea que, aunque se vendiera simultáneamente con el distracto, en mi opinión esto no haría presumir una simulación.

Me quedó pendiente una manifestación del escribano Lamber, quien cuando terminé de hablar me dijo que habíamos tenido una sola coincidencia. Me olvidé de decir que teníamos dos, y era el supuesto de las donaciones recíprocas, que con relativa frecuencia se hacen en lugar de las particiones. Si una persona dona a otra –con quien tiene dos bienes en condominio– la mitad de un inmueble y la otra le dona la mitad del otro inmueble, con lo que cada una llega a reunir el ciento por ciento de cada inmueble, sería evidentemente una partición que se hizo bajo la forma de dos donaciones.

En cuanto a la compensación indemnizatoria, yo señalé uno de los aspectos que consideraba que la hacía inconveniente. Pero creo que hay otro. El tema es que la acción del artículo 3955 está referida a inmuebles, y lo que vuelve al donatario es dinero. Entonces, me parece que esto también es un obstáculo.

Por último, quisiera dejar plasmada mi opinión en el sentido de que todo esto que se ha hablado hoy y que se viene discutiendo desde hace mucho tiempo, que trae muchos debates y que seguirá trayéndolos —no creo que podamos llegar a un pronto acuerdo—, no es una simple interpretación. Creo que hay jurisprudencia bastante contundente, con lo que —no quiero que se interprete que lo digo peyorativamente— no alcanzo muchas veces a comprender cómo muchos escribanos autorizan escrituras de donación sin una simple advertencia al donatario de qué es lo que le puede ocurrir después.

Tal vez, lo mejor que podamos recoger de esta sesión de la Academia es que todos salgamos de aquí tratando de difundir entre nuestros colegas, tengamos la opinión que tengamos, que por lo menos existe la posibilidad de la observación del título, y tratemos de cumplir correctamente con nuestro deber de asesoramiento. (*Aplausos.*)

**Sra. moderadora.**— Tiene la palabra el escribano Jaime Giralt Font.

**Esc. Giralt Font.**— Con respecto a lo que acaba de decir Horacio Pelosi, entre los deberes del ejercicio de la función está el asesoramiento. No podemos dejar de advertir a quien viene a requerirnos la autorización de un acto de transferencia de un inmueble, sea a título de donación o que haya una donación en sus antecedentes, sobre la circunstancia de esta abundante y pacífica jurisprudencia.

Cuando como escribano les cuento a las partes esta historia en forma rápida y sencilla, las reacciones del adquirente pueden ser distintas: algunos dicen que, en dos años y medio de buscar departamentos, es el único que le gustó a la mujer y por eso lo compra sin importarle que luego lo puedan sacar de una oreja; otros, al conocer ese detalle, en lugar de pagar 100 mil, pretenden pagar 70 mil; otros pueden conocer a los vendedores y saber que el inmueble que están transfiriendo representa el 0,2 por mil del patrimonio del donante; otros pueden levantarse e irse; y otros pueden no dudar pero exigir una garantía de derecho real sobre otro inmueble, para que en el momento en que alguien pretenda ejercer la acción reivindicatoria, el vendedor lo indemnice de la forma en que convengan.

Salvo en el caso del comprador que se levanta y se va, lo que tenemos que hacer los escribanos es una nota en la cual el adquirente que acepta la compra en estas condiciones nos diga que ha sido debidamente advertido de la eventual observabilidad del título y que reitera el requerimiento que nos efectuara en el sentido de que procedamos a formalizar la escritura en la forma indicada, relevándonos de toda responsabilidad por las consecuencias que el otorgamiento de dicho acto en esas condiciones pueda ocasionar.

Con respecto a lo que dijo Cristina Armella, justamente la segunda parte del artículo 1200 prevé la anulación de actos jurídicos entre las partes por las causas que la ley autoriza. El artículo habla de revocación, pero ésta implica una verdadera anulación, si tomamos en cuenta lo que dice la nota. Esto solamente se puede hacer en los casos que autoriza la ley, y los ejemplos son: vicios de la voluntad, incapacidad, dolo, violencia.

Yo planteo el siguiente caso: un cónyuge cede a otro cuotas de una SRL. En virtud de la segunda parte del artículo 1200 ambos pueden comparecer ante un escribano, explicar lo que ha ocurrido y dejar sin efecto aquel contrato de cesión de cuotas. ¿Por qué tienen que ir a un juez si ambos reconocen la invalidez que determina la ley?

Respecto de la renuncia a la acción de reducción, podrán renunciar los herederos declarados, pero no me consta que no haya otros, con lo cual tampoco solucionamos nada. Lo mismo ocurre con la sucesión del donante.

Por primera vez en 35 años de ejercicio de la profesión, y bastantes más que lo conozco, con todo el cariño y el afecto que siento por él, me permito discrepar con mi querido amigo Pancho Cerávolo con respecto al tema de la usucapión, no respecto del distracto, sobre el que podemos seguir conversando. La usucapión es para adquirir el dominio en perjuicio del verdadero propietario. En este caso el que presuntamente está usucapiendo es el propietario. Para mí no hay usucapión contra el propio usucapiente. Yo puedo adquirir a título de usucapión contra el verdadero propietario, pero no contra mí mismo.

El proyecto de nuevo Código Civil introduce un gran cambio en la protección de la legítima, en mi modesta opinión en forma muy beneficiosa. Mejoraría el tema de las donaciones en un 80 por ciento, porque la prescripción en lugar de ser diez años a partir de la muerte del donante se reduciría a dos. En cambio, incluye una figura que para mí desvirtúa toda la protección de la legítima, que ha sido la política legislativa que se ha intentado seguir, por la cual la donación queda firme diez años después de efectuada si el donante sobrevive. Si tengo un hijo de un año y dono todo mi patrimonio a una señorita, y llego a vivir diez años y dos meses más, he desheredado a mis hijos y se han quedado sin su legítima por mi propia supervivencia.

Moraleja: lo que hay que recomendar, si el nuevo Código se llega a sancionar, es que en cuanto se formalice la donación inmediatamente el donatario mate al donante (*risas*); si tiene más de 70 años, que se quede tranquilo: lo peor que le puede pasar es que se quede en la casa que adquirió a título de donación, y santo remedio. (*Aplausos.*)

**Sra. moderadora.** – Vamos a dar paso a las preguntas de los asistentes.

**Participante.** – En uno de los números de la *Revista del Notariado* se informó acerca de un proyecto de ley que fue presentado para derogar el artículo 3955.

**Esc. Pelosi.** – Ése fue un editorial del director de la *Revista*, que corre bajo

su responsabilidad y que no comparto, por no decir cómo quedé con la boca abierta cuando vi de qué manera se calificaba de malhadado al artículo 3955 del Código Civil. No es ningún proyecto del Colegio.

**Participante.**— Dice que tendría media sanción.

**Esc. Pelosi.**— Hubo como cinco proyectos de ley para derogar el artículo 3955, pero ninguno prosperó. Uno de ellos fue presentado por la Academia, en momentos en que yo no la integraba.

**Sra. moderadora.**— Tiene la palabra el escribano Marcelo de Hoz.

**Esc. de Hoz.**— Si bien calculo que la solución es eminentemente legislativa, ¿qué valor puede llegar a tener pactar en una donación la asunción por parte del donante de la garantía de evicción y, a su vez, pactar con su donatario dejar sin efecto retroactivo la posible revocación del dominio? ¿O eso es imposible de ser oponible a los legitimarios?

**Dra. Armella.**— Coincidimos con Lamber en que eso debería ser también resuelto por vía judicial. Sucede que, en principio, podría darse el tema de la evicción, pero ella es para el caso en que alguien tiene un mejor derecho que el que transmite; en definitiva, habría que ver si esta evicción de la donación juega realmente frente a un legitimario, cuando la acción se va a ejercer en el momento en que el donante ya no viva. Recordemos que el verdadero problema va a aparecer cuando la legítima esté afectada y, en consecuencia, habrá que ver si la garantía de evicción puede ir más allá de la vida del propio donante.

Queda la posibilidad de garantizar, si el dominio es resoluble. Como parte de la doctrina entiende que la propia donación implica un dominio perfecto resoluble, determinar que, en el caso de que sea resoluble, se ejecute la garantía real. El problema es que no va a ser resoluble hasta el tiempo en que la acción de reducción se intente con resultado positivo, lo que sucederá mucho tiempo después. Se advierte que ninguna de estas posibilidades es una solución efectiva en un ciento por ciento.

Cuando un escribano autoriza una escritura de esta naturaleza es fácil que el que sigue en la cadena dominial lo llame para recriminarlo y preguntarle si con su propio patrimonio puede garantizar la bondad del título. A mi juicio, no debe abrirse esta brecha interpretativa, porque si no todos los escribanos vamos a estar hipotecando nuestras casas para garantizar esto, en cuyo caso habrá que reinscribir la hipoteca, porque no va a alcanzar con veinte años; va a ser necesario que se muera el donante.

Todos estos temas son para pensarlos y replantearlos, pero los estamos trayendo, como manotazos del ahogado, en situaciones donde hay que analizar puntualmente la evicción y una garantía de este título, porque si no vamos a

caer en lo que no queremos caer, que es en el seguro de títulos. Esto es lo que no queremos. Creo que la actividad preventiva es mucho mejor.

**Esc. Giralt Font.**— Si no interpreté mal, el ejemplo es prácticamente una desheredación o, en el mejor de los casos, un total desamparo de la legítima. Además, no veo cómo el donante puede anticipadamente renunciar a la acción que les corresponde a sus legitimarios.

**Esc. de Hoz.**— ¿Quitarle efecto retroactivo a la posible revocación implicaría violar la legítima?

**Esc. Giralt Font.**— Yo pienso que es un pacto sobre herencia futura.

**Participante.**— Mi intención no es reabrir un debate que, por supuesto, lleva mucho tiempo, ni tampoco pronunciarnos ahora sobre qué dice el artículo 3955, porque indudablemente este artículo está. Pero como varias veces se ha hablado del plenario “Escary c/ Pietranera”, debo señalar que, a mi juicio, con este plenario pasa lo mismo que con los libros famosos: se los malentendiendo tercamente porque no se lee de ellos más que los títulos. Ese fallo —lo digo con todo respeto— no dice lo que hoy he escuchado que dice ni, especialmente, lo que ha sostenido el colega Cerávol.

Creo que es importante que los que están escuchando acá sepan perfectamente que la jurisprudencia, salvo la muy primera, antes y después del famoso plenario del año 1912 dijo exactamente lo mismo. Todas las donaciones, salvo el especialísimo caso de “Escary c/ Pietranera”, implicaron títulos perfectos. Nadie dice que los mismos jueces que fallaron en ese plenario han dicho que en ese caso especial surgía del propio título la existencia de una heredera forzosa del donante. Lo que es más grave, y que tampoco dicen, es que se trataba de una donación inoficiosa. No lo han escuchado nunca, y lo he escrito.

Según la propia opinión del juez que falló en primera instancia, cuando pasó a ser miembro de la Sala II de la Capital —me refiero al doctor Gigena—, en todos los demás casos en que le plantearon la posibilidad de la imperfección de los títulos no podía esgrimirse el fallo “Escary c/ Pietranera”, porque en éste —palabras textuales— se trataba de una donación inoficiosa. No le bastó a Gigena que la primera donación fuera declarada inoficiosa. Dijo que tenía el agravante de que del título de la donación al tercero surgía la existencia de una hija, heredera que podía reclamar.

Toda la jurisprudencia, e incluso Lafaille, que ha sido mencionado tres veces esta noche, ha sostenido siempre lo mismo. La jurisprudencia ha terminado por entender que la acción de reducción debía limitarse y no tener efectos reipersecutorios. Cualquier persona que se ubique en nuestro Código y que vaya a leer con ojos abiertos, comparando lo que se lee con lo que se ve, no con preconceptos, advertirá que en él se transmite la seguridad constante contra el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso.

Han dicho los jueces que primero debe probarse la existencia de herederos

en condiciones de ejercer la acción y que la donación es inoficiosa, para luego ir a analizar de qué se trata el título. No hubo un solo caso de jurisprudencia en el cual algún juez se haya pronunciado por la imperfección. Siempre se pronunciaron por la protección de los títulos. La donación de “Escary c/ Pietranera” fue un caso muy particular. El doctor Gigena, que fue el que falló en primera instancia –uno de cada diez escribanos no debe saber de qué trata este fallo–, la declaró inoficiosa, con el agravante, reitero, de que del propio título surgía la existencia de una heredera.

Por último, voy a hacer una acotación con respecto al distracto. No puede decirse que un acto simulado puede ser distractado. El acto simulado lisa y llanamente no existió, y lo que la gente va a decir delante del notario –estoy totalmente con el escribano Giralt Font en que lo puede decir– es lo siguiente: “Señor escribano: venimos a decir que esto que parece un contrato de compraventa no lo fue; no es nada”. Esto no significa que como título no haya tenido consecuencias muy serias y pueda ser oponible por todos los terceros que sobre su base hayan contratado.

Realmente resulta ridículo sostener que se puede desandar el camino en un contrato concluido, del cual no surgen obligaciones pendientes, 15 o 20 años después de que el contrato concluyó.

Tengo en mi escribanía, como tenemos todos, distractos armados solamente por la autoría, la edición y la formalización de un escribano que adelante ha distractado cinco operaciones. Por eso estoy de acuerdo con el doctor Ariana, quien advierte que hay que tener muy en cuenta lo que van a decir los jueces frente a un distracto, que normalmente es la consecuencia de la compulsión a la que se ve llevado el sobrino del tío, que no puede vender y que tras cartón vuelve a comprar otro inmueble, porque el tío por supuesto no se quedó con nada.

Entonces, no hay que confundir los términos, y hay que esclarecer a la audiencia sobre qué es lo que realmente dice el plenario. No dice lo que nos dicen que dice, sino que dice otra cosa muy distinta. Reitero: se malentiende tercaamente; no se leen las posiciones contrarias ni se las menciona. No digo que nos citen a nosotros, que hemos defendido durante tanto tiempo estos títulos. Lean lo que dijeron los jueces de primera y segunda instancia; lean lo que dijo Giménez Zapiola; lean lo que dice Gigena y lo que ha dicho Lafaille. Solamente toman una parte.

Como muy bien señalaba Umberto Ecco hace poco en *La Nación*, con relación a los títulos de los artículos periodísticos, con este fallo y con la doctrina ocurre lo mismo: normalmente el título no dice lo que la sustancia del artículo contiene; se pone apresuradamente y se lo malentiende.

**Participante.**— Quisiera saber si la prescripción de la acción reipersecutoria la consideran igual que la prescripción de la acción de reducción.

**Dra. Armella.**— Esto lo interpreta la doctrina civilista. Todos decimos que son diez años después de la muerte del donante. El momento en el que co-

mienza a contarse el plazo lo señala el artículo 3955. El plazo a aplicar surge del artículo 4023 –que fija en diez años la prescripción para las acciones que no tienen un plazo asignado–, de las notas y de la organización interna del ámbito sucesorio. La jurisprudencia ha dicho puntualmente que los diez años de esta acción comienzan a correr después de la muerte del donante. Si fuese una acción real y reipersecutoria, sería imprescriptible, pero no estamos frente a este caso.

En definitiva, cuando el donatario ha transmitido a un tercero, la definición última es reipersecutoria –de acuerdo con la doctrina civilista que se enrola en esta posición–, pero entendemos que se le aplica el plazo de los diez años.

**Participante.**– Lo que pasa es que mucha gente cree que son veinte años.

**Esc. Giralt Font.**– El plazo se fundamenta en que esta acción presuntamente reivindicatoria está generada por una acción de reducción prescriptible a los diez años.

Con respecto a la jurisprudencia, efectivamente el fallo “Escary c/ Pietranera” no ha sido leído por todos en su totalidad. Pero además de ese fallo, y a partir de 1912, existen otros. Por ejemplo, en 1935 se dispuso: “Corresponde admitir la acción real contra terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación inoficiosa”. Así tenemos “Stamatti, Mirta R. s/ sucesiones”, del 11 de agosto de 1997, Sala M, posterior a “Soncin”. También “González de Lastiri c/ Trillo”, Cámara Civil, 2ª de la Capital Federal, del 19 de abril de 1920, que dice exactamente lo mismo que acabo de leer del año 1935. “Toledo, Olga c/ Vélez, Delmira del Carmen”, Suprema Corte de Tucumán, 14 de febrero de 1934. “Febo de Santángelo, Ángela y otros c/ Toco, Antonio y otro”, Cámara de Apelaciones de Rosario, Sala I, 10 de mayo de 1938. Y así hay varios fallos más, y todos coinciden en lo mismo.

**Participante.**– Con todo respeto, los propios camaristas que fallaron en “Escary c/ Pietranera” aclararon perfectamente qué era lo que quisieron decir, y lo dijeron en fallos posteriores. “Lastiri” no es un buen ejemplo para citar y en los demás hay una mala aplicación del plenario. Yo me refiero a lo que los propios juzgadores dijeron.

**Sra. moderadora.**– No podemos recomenzar con el debate porque nos excedemos en el horario.

**Participante.**– Con gusto lo pago, hipoteco mis bienes y apuesto lo que tengo. Creo que es bueno que los que quieran se queden, y que los que no, se vayan, porque es un tema que ha hecho gastar mucha plata a la gente.

**Sra. moderadora.**– Lo invito entonces al próximo debate.

Tiene la palabra el escribano Fernández Rouge.

**Esc. Fernández Rouge.**— Quiero hacer una invocación a la Academia.

*De lege lata* coincidimos, sin ánimo de polemizar, que existe el artículo 3955 con una definición de la naturaleza de la acción que está absolutamente descontextuada del Código Civil, porque hasta Vélez da en la nota al artículo 4023 su visión personal. Lo que me preocupa es el proyecto de reforma del Código Civil, porque como dice Giralt Font, si bien se avanza a que esta prescripción de una acción supuestamente real sea a los dos años, complica todas las donaciones, no solamente las donaciones a terceros. En esta extraña disposición, por la cual el heredero preterido puede ir contra las donaciones mientras no hayan pasado diez años desde el fallecimiento del donante, no se hace distinción entre donaciones a herederos forzosos de aquellas que son a favor de terceros.

Invito a la Academia a que se expida, y que esta solución *de lege ferenda* sea más satisfactoria para mejorar la circulación de los títulos que el gran esfuerzo interpretativo que hacemos todos, porque quien está en el ejercicio de la profesión se da cuenta de la enorme cantidad de injusticias que se plantean.

**Sra. moderadora.**— Lo tomamos en cuenta.

Quiero aclarar que el Colegio nos presta el salón hasta la hora que sea, pero por el respeto que nos debemos a nosotros mismos, por respeto al público que quiere terminar el acto sin agotamiento físico ni psíquico, vamos a dar por terminada esta parte del debate, invitando al participante a ser expositor de una próxima sesión para exponer su lectura sobre el fallo “Escary c/ Pietranera” y el artículo 3955 del Código de Vélez.

Con un gran aplauso a los expositores damos por concluida la reunión.  
(Aplausos.)

— Con lo que terminó el acto.