

## DONACIÓN

### Como antecedente en el título: perfección del mismo. Derecho del tercer adquirente\*

#### DOCTRINA:

El heredero preterido podrá demandar la inoponibilidad, cuando se pruebe el fraude a sus derechos y la acción del Art. 3955 C.C. no esté prescripta. La mala fe del tercer adquirente no puede presumirse.

No basta suponer la existencia de un heredero habilitado para accionar; no basta conjeturar una descendencia no probada; es indispensable acreditar que el titular del derecho existe y que su derecho puede llegar a perturbar el dominio del adquirente.

Las suspicacias que caracterizan las decisiones de los establecimientos de crédito hipotecario no pueden ser tomadas como temores fundados (Art. 1425 C.C.).

#### I. CONSULTA

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. en mi carácter de letrado patrocinante por la parte actora en los autos "GUILLES, Elba Zulema c/CASSINA, Horacio Ramón s/cobro de pesos", que tramitan ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 4, a cargo del Dr. Enrique E. Pigni, Secretaría N° 8, del Departamento Judicial de San Isidro, sito en la calle Ituzaingó 348, piso 3ro, de dicha Ciudad, a fin de que tenga a bien informar a estos actuados sobre los siguientes puntos:

1. Si el título de propiedad de un inmueble que registra en su antecedente una donación gratuita a herederos no forzosos, puede ser calificado de imperfecto y/u observable.

2. Si el tercer adquirente de un inmueble que reconoce como origen una donación a heredero no forzoso, puede ver turbado el ejercicio pleno de su derecho de propiedad por la acción de reducción que prescribe el Art. 3955 del Código Civil, de naturaleza reivindicatoria, que eventualmente puede ejercer un heredero forzoso que viera afectada su legítima dentro del plazo de prescripción de la acción mencionada, cuyo cómputo se inicia a partir de la muerte del donante.

3. Si el criterio asumido por dicha Comisión en relación a los puntos precedentes es uniforme en todo el país.

\*Facsímil del artículo publicado en *Revista Notarial* N° 941, pág. 223.

El auto que ordena el presente oficio dice: "San Isidro, 22 de abril de 2002. ... a los fines indicados, líbrense los oficios pedidos. Fdo.: Enrique E. Pigni, Juez".

## II. DICTAMEN DEL NOT. GASTON R. di CASTELNUOVO VOCAL DE LA COMISION CENTRAL DE CONSULTAS

Teniendo en cuenta lo delicado del tema de Derecho de fondo del que se trata (que no es otro que responder a la pregunta que desde la sanción del Código Civil ocupa y preocupa a la doctrina en general y al notariado en particular y que puede plantearse así: **¿puede considerarse perfecto el título que emana de una donación?**), para contestar puntualmente los tres interrogantes objeto del oficio estimo conveniente efectuar algunas consideraciones previas.

Hace algo más de veintisiete años que me ocupo y escribo sobre este tan particular tema, azorado de que todavía –habiendo comenzado ya un nuevo siglo– existan intérpretes del Derecho que no comulgan o no quieren comulgar con los conceptos que resumidamente expondré a continuación.

Con el único fin de facilitar mi tarea, repetiré aquí lo ya dicho en otros lugares y, especialmente, cuando comentamos un desacertado fallo judicial bajo el título "SUCESION. Iniciación del juicio sucesorio. LEGITIMACION. Donatario del inmueble del causante. DONACION", publicado en REVISTA NOTARIAL N° 932, págs. 255 a 271.

1) *La acción de reducción tiene siempre carácter personal.*

2) *El heredero preterido puede demandar la inoponibilidad de la enajenación hecha por el donatario a un tercero, aun a título oneroso, en el caso de que se haya hecho en fraude a sus derechos, a cuyo fin se requerirá el cumplimiento de todos los requisitos de esa acción y que ella no se encuentre prescripta (Art. 3955 C.C.).*

3) *La mala fe del tercer adquirente no podrá presumirse, y consistirá en el conocimiento por su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido.*

4) *Se exigirá del tercer adquirente la misma diligencia, previa a la adquisición, que se deba para cualquier otro título.*

5) *La conclusión que sentaron las dos cámaras de lo civil en tribunal pleno en autos "Escary v. Pietranera", en 1912, sobre el alcance del Art. 3955 del Código Civil y la existencia de una acción reivindicatoria contra terceros adquirentes, es sólo aplicable a casos como el allí juzgado: **se trataba de una donación inoficiosa** con el agravante de que existía una heredera reconocida en la misma escritura.*

6) *No basta presumir hipotética y eventualmente que haya existido en el momento de la donación un heredero habilitado para accionar sobre el inmueble donado en los términos del Art. 3955 del Código Civil; no basta conjeturar la posibilidad de una descendencia no probada para que dentro de los términos legales*

*pueda reivindicarse la cosa; es indispensable que se acredite inequívoca y fehacientemente que el titular de ese derecho existe y que, mediando circunstancias particulares, pueda llegar a molestar o perturbar el dominio del adquirente.*

*7) Esta ha sido la jurisprudencia constante e inequívoca de las cámaras civiles en reiterados fallos recaídos en casos análogos.*

*8) Las suspicacias que caracterizan las decisiones de los establecimientos de crédito hipotecario no pueden ser tomadas como temores fundados en hechos ciertos y positivos –como lo exige el Art. 1425 del Código Civil– para juzgar como imperfecto el dominio; ellos acordarán o negarán sus recursos en la forma que creyeran convenirles, pero la opinión de sus asesores no puede llegar a constituir ni un antecedente ni una razón de orden jurídico suficiente como para imponer normas en la interpretación de las leyes.*

*9) No puede desandarse tanto el camino recorrido en aras de la seguridad y de la firmeza de las relaciones jurídicas, sosteniendo que un dominio en cuyos antecedentes existe una donación –sea a favor de extraños o no– es resoluble no surgiendo la existencia de herederos del título que se cuestiona, sólo porque no transcurrió el plazo de prescripción de la acción del Art. 3955....*

Con estas premisas, resulta tarea sencilla contestar los dos primeros interrogantes objeto del oficio. Veamos.

**Al primero** (si el título de propiedad de un inmueble que registra en su antecedente una donación gratuita a herederos no forzosos, puede ser calificado de imperfecto u observable), que en principio no y que como ocurre con cualquier otro emanado de un contrato lícito, ningún título de propiedad puede considerarse imperfecto u observable si la imperfección no surge de él o de la ley (fallas instrumentales graves, donaciones con cargo o sujetas a condición, compraventa con pacto de retroventa, dominio fiduciario, etc.).

**Al segundo** (si el tercer adquirente de un inmueble que reconoce como origen una donación a heredero no forzoso, puede ver turbado el ejercicio pleno de su derecho de propiedad por la acción de reducción...), que ese tercer adquirente no podrá ver turbado su derecho de propiedad, excepción hecha del particularísimo caso en el que su adquisición hubiera sido hecha en fraude a los derechos de los herederos del donante, a cuyo fin se requerirá el cumplimiento de todos los requisitos de esa acción y que ella no se encuentre prescripta (Art. 3955 C.C.).

**Al tercero** (si el criterio asumido por dicha Comisión en relación a los puntos precedentes es uniforme en todo el país), **que lamentablemente no lo es.**

Pese a que el oficio podría aquí y así quedar contestado, V.S. me permitirá agregar algo más.

Ocurre que no es frecuente que tengamos la oportunidad de que los jueces de la República conozcan acabadamente este problema de Derecho de fondo y nuestra postura frente a él, ya que

si bien constituye un cotidiano "problema notarial", se trata en rigor –y como ya adelanté– de un tema de Derecho de fondo.

Volviendo al punto tercero, agregó que el Colegio de Escribanos de la novísima Ciudad Autónoma de Buenos Aires sigue la doctrina que descalifica a estos títulos, considerando "buenos" sólo aquéllos en los que la donación fue efectuada a un heredero forzoso del donante. Para la crítica de esta postura remito a lo dicho en "DONACION A TERCEROS. Un título más a la luz de nuevos fallos antiguos (Art. 3955 del C.C. y 4050 artículos más del mismo ordenamiento)", publicado en REVISTA NOTARIAL N° 916, págs. 549 a 580. Recordemos aquí sólo el hecho de que *la distinción entre donaciones efectuadas a favor de herederos forzosos y a favor de extraños NO SURGE DE LA LEY.*

Antes de seguir con algún otro análisis, diré también que la postura que critico, además de poner trabas a la circulación de los valores –que es todo un postulado de la ley– lleva a recomendar a los implicados el ensayo de toda una serie de engendros jurídicos para supuestamente "perfeccionar el título" que no sólo son contrarios a la ley sino que implican en su enormísima mayoría el otorgamiento de actos simulados (como el inaplicable "distracto" fundado en el artículo 1200 del Código Civil o las inexistentes compensaciones dinerarias) que, además, pueden estos sí efectuarse en fraude a los derechos de los herederos del donante a quienes dicen proteger.

Pongamos un ejemplo: el tío le donó al sobrino, éste le donó a su vez a su hijo. Como el título se considera observable, el sobrino y su hijo, primero, y el sobrino y el tío a continuación –aconsejados normalmente por el escribano– simulan distraer en base al artículo 1200; dejemos de lado la inaplicabilidad del distraer en estos casos en los que no hay obligaciones pendientes de cumplimiento (las que fueron agotadas por la paga) y supongamos que es legal; la titularidad del dominio vuelve al tío y éste aparece vendiendo el inmueble a un tercero que adquiere con el préstamo que le otorga la institución financiera que lo negaba si no se "subsana" el título; el dinero, obviamente, se lo lleva el hijo del sobrino para adquirir, seguramente, otro inmueble que es propio por subrogación real pero que aparecerá como ganancial si es casado.

En nuestra posición el título no era observable, pero el heredero forzoso que –fallecido el tío– **eventualmente** resultara vulnerado en su legítima podía accionar contra el donatario y también contra el donatario de éste. ¿Qué tenemos ahora? "Subsanado" el título ese heredero no tiene contra quién accionar, salvo probando previamente la simulación de los distractos, circunstancia que transcurridos los años resultará muy difícil. ¿En qué quedamos? ¿No se dice que el dominio debe considerarse imperfecto para proteger así a los eventuales herederos del donante? ¿Cuáles son los resultados de esta postura? No otros que desproteger

en la realidad a esos supuestos herederos forzosos y transformar bienes propios en gananciales y muchos otros perjuicios que no menciono *brevitatis causae*. Así las cosas, durante muchísimos años desaparecieron de los protocolos notariales las donaciones, aun las de padres a hijos. Fueron reemplazadas por supuestas “ventas”, con la curiosidad de que en el caso de estas ventas de padres a hijos se debía efectuar hasta 1975 –fecha de su derogación– la consulta para ver si la operación debía tributar en concepto de impuesto a la transmisión gratuita de bienes. Como no podía ser de otra manera, hasta el Fisco tomaba a esas supuestas “ventas” como transmisiones a título gratuito.

Resulta curioso, además, que todos los colegas que por un lado observan los títulos provenientes de contratos de donación, se conforman por otro, sin cuestionarse, con los estudios de títulos “veinteañales”. Si son consecuentes con lo que sostienen, no entiendo por qué razón no advierten hoy (año 2002) que hace veintitún años atrás el título que tienen entre sus manos podría reconocer como antecedente una donación a extraño (que no verificaron) efectuada por un joven de 21 años que a la fecha tendría 42 y que, teniendo en cuenta su probabilidad de vida en este país (aproximadamente de 75 años), andará por estos pagos hasta 2056, fecha en la que de no ocurrírsele vivir algunos años más, comenzará a contarse el plazo de prescripción para el ejercicio de la tan temida acción de reducción. Así las cosas, con suerte para el adquirente (no hablemos de la de nuestro joven de 21 años) estaríamos en 2066. Por lo tanto, nuestro colega debería recomendarle al futuro adquirente que se abstuviera de realizar operación alguna hasta comienzos de 2068, caso en el cual también debería recomendarle que llegada esa fecha se asesorara con algún otro escribano, porque también debemos suponer que el fedante no será eterno... En fin, no sigo pues resulta ya gracioso y por demás ridículo.

Para no abundar en argumentos que ya obran en letras de molde, con el debido respeto a S.S., remito a la lectura del estudio *Donaciones a Terceros...* ya citado, y, especialmente a estos otros: *El Distracto. Medio inadecuado para bonificar títulos que emanan de una donación (Un tema pendiente)*, en REVISTA NOTARIAL N° 919, págs. 497 a 580, y *La simulación, el distracto y, otra vez, las donaciones a terceros*, en REVISTA NOTARIAL N° 926, págs. 41 a 50.

Todo ello, claro, sin dejar de mencionar y recomendar la lectura de LOPEZ DE ZAVALIA, GUAGLIANONE, CAFERATA y SPOTA, quienes desde siempre han dado una lectura al artículo 3955 del Código Civil acorde con la seguridad jurídica y la circulación de los valores. Así, para LOPEZ DE ZAVALIA (*Teoría de los Contratos, Parte Especial I*, pág. 526, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1976) la acción en cuestión es una *acción personal que pertenece al género de las acciones de inoponibilidad, de entre las cuales el ejemplo más relevante está dado por la acción pauliana*.

Para finalizar repetiré aquí algunos de los conceptos vertidos al comentar el fallo mencionado al comienzo.

### «...LA CORRECTA INTERPRETACION DEL ART. 3955

Recordando lo ya dicho en otro lugar (...), insistiremos –una vez más– con lo que otros –además de nosotros– han sostenido: “...preceptos como el del Art. 3955 deben ser entendidos con relación a los casos en que la reivindicación es efectivamente posible, ya por mala fe en la última adquisición, ya porque la adquisición de referencia es gratuita (...). De otra suerte, la circulación de los valores, que es todo un postulado de la ley, se encarece y se restringe, lo que no puede ser de buen derecho”. (Palabras del Doctor ALFREDO COLMO en “Viero v. Buenahora”, Cám. Civil 1ra. de la Capital del 12/8/27, en JA. XXV, págs. 926 a 931).

“...me gustaría que (se) advirtiera (...) que (normalmente se habla de) donaciones inoficiosas. Me pregunto cuáles son las resoluciones judiciales que así han calificado a los contratos de los que se han derivado los títulos que a diario cuestionan. Recordemos que la inoficiosidad no entra en el terreno de las nulidades, toda vez que ella no surge del propio acto, sino que podrá eventualmente surgir recién al tiempo del fallecimiento del causante, considerando el valor del acervo y el de la cosa donada”.

“Sabemos que en el ámbito de la Capital Federal está vigente lo resuelto por el plenario que menciona. Pero ocurre que no es cierto que el plenario haya sentado una doctrina de carácter general con respecto al alcance de la acción de reducción. Muy por el contrario. El fallo se refiere a un caso particularísimo, pues se trataba de una donación inoficiosa con la circunstancia agravante de que existía una heredera reconocida en la misma escritura. Cabe aclarar que estas no son palabras mías sino de quien juzgó en primera instancia y que motivó el tribunal pleno de ambas cámaras civiles de 1912...”.

“Lo concreto es que esas circunstancias (inoficiosidad y existencia de una heredera en el propio título) fueron las que llevaron a Giménez Zapiola a fallar como lo hizo, justamente en sentido contrario a como lo venía haciendo en otros casos y como lo siguió haciendo luego en todos los demás en los que no se había invocado ni probado la existencia de herederos forzosos del donante.

Digámoslo sin ambages. La doctrina que ha sentado ese fallo sin duda está vigente. Es más, estamos de acuerdo con lo allí resuelto. Lo que ocurre es que NO DICE LO QUE NOS DICEN QUE DICE...”.

### “EL DERECHO Y LA GENTE

La lectura de lo que hasta aquí se ha dicho bastaría para que el más humilde de los hombres de estos pagos –a quien el Derecho se debe, claro (...)– dijera: ‘Hum... algo no anda bien acá, es-

cribano. Esto no puede ser'. ¡Y cuánta razón tendría! Pues nada en este tema de las donaciones a extraños anda bien.

Como intérpretes del Derecho debemos entonces preguntarnos si el inmueble cuyo título se cuestiona está fuera del comercio como consecuencia de la correcta aplicación de la ley o de una pobre interpretación de la norma y de una peor aún lectura de decisiones jurisprudenciales...”.

“En ninguna rama de la ciencia le es dado al científico detener su análisis en la primera respuesta que encuentre al interrogante que se le plantea. Sin embargo, ocurre con frecuencia que analizada la cuestión a través de la lente de un microscopio, se pierde de vista el macrocosmos del que esa ínfima cuestión forma parte.

Si hoy –época en la que lamentablemente se insiste aún con y están de moda los ‘especialistas’ (...)-, le mostráramos una maleza a un biólogo de esta escuela y le preguntáramos cómo eliminarla, sería bueno que antes de recomendarnos la aplicación de un herbicida total tuviera en cuenta que la plaga en cuestión invade nuestro jardín y que no queremos eliminarla a costa de matar también al huésped. El *round up* (marca registrada por Monsanto para la droga Glifosato) es muy bueno para eliminar el clavel del aire pero no para el añoso cedro deodara que lo padece.

Lo mismo ocurre con el Derecho. Tampoco puede el jurista responder –y menos juzgar– con la primera norma que aluda al tema. Deberá no perder de vista el conjunto normativo todo, cuál es la situación jurídica a la que el legislador se refiere, a quiénes quiso proteger y a qué costa, y a quiénes dejó a salvo de la cuestión, y no olvidar –claro– el menos común de los sentidos... el común.

Y mucho más cuando de normas civiles se trata, que son aquellas que más cerca de la gente se encuentran, las que más le atañen, las que más decisiva influencia en su vida tienen (...).

### **'ESCARY VS. PIETRANERA': EL FALLO MAS CITADO Y MENOS LEIDO**

A Hegel no se lo leyó durante décadas. Es más, se le acusó de opinar sobre las cuestiones históricas con arbitrariedad. Sin embargo, sorprenderá sobremanera a quien se asome a su Filosofía de la historia universal, advertir todo lo contrario. La cantidad de saber que este hombre había acumulado resulta un espectáculo poco común.

Algo parecido pasa con los famosos don José Escary y don Tancredi Pietranera (utilizo sus nombres de pila porque supongo que pocos de los muchos que los citan los conocen, sencillamente porque tampoco conocen los pormenores del caso). Se sabe la cuestión que los involucró (un negocio sobre un inmueble cuyo título tenía como antecedente una donación efectuada a un

extraño) pero no se aprehende el fallo que terminó con ella, pues sólo se lee la doctrina que antecede a la transcripción del fallo de la alzada.

Uno se pregunta cómo es posible que a tantos años de una decisión judicial, no se la lea detenidamente, no se investigue qué fue lo que pasó, qué circunstancias rodeaban el caso, qué dijo el juez que falló en primera instancia, etc. Porque de esta cuestión se trata. No digo, en modo alguno, que esa resolución no sea la 'ley' aplicable en el ámbito de la Capital Federal. Para nada. La doctrina que ha sentado está allí vigente. Ya lo dijimos. Lo que ocurre es que NO DICE LO QUE NOS DICEN QUE DICE, LOS QUE NO SE DETIENEN A MEDITAR EN LO QUE DICEN.

Con 'Escary vs. Pietranera' acontece lo mismo que con los libros famosos. **Los malentienden tercamente los que no leen de ellos más que sus títulos.** Así de simple. Y así de compleja la situación de los que 'sufren' las consecuencias de la desestimación de sus títulos de donación...".

"No repetiremos argumentos que ya hemos analizado detenidamente... Sólo me referiré aquí al propio fallo y a otras opiniones igualmente esclarecedoras.

Digámoslo una vez más. Giménez Zapiola, que fue quien llevó la voz cantante de la mayoría en ese fallo, dijo en su voto que *'...Tanto en el caso de 'Gómez Pucio con Borio', fallado por mí como juez de primera instancia, cuanto en otros que he intervenido como miembro del Tribunal (...) no me he pronunciado ni era necesario que lo hiciera sobre el punto concreto de derecho que se plantea en estos autos, a saber: si los herederos pueden ejercer o no acción de reivindicación contra terceros adquirentes de un inmueble comprendido en una donación. Me eximía de ello la circunstancia -que no ocurre al presente- de no haberse invocado ni probado en aquellas causas la existencia de herederos en condiciones de ejercitar la acción de reducción...'*

¿Qué más tendría que haber dicho el juzgador para que se entienda que falló como lo hizo porque del propio título surgía la existencia de un heredero?

Creo que nada, pero si quedara alguna duda, veamos qué dijo Giménez Zapiola como miembro de la Cámara Civil 2da. de la Capital en otro caso donde se cuestionaba también un título proveniente de una donación y donde expresamente se refiere al plenario: A esta opinión se remite el Doctor Gigena (curiosamente, el mismo juez que en primera instancia falló en 'Escary v. Pietranera') en otro fallo de la misma Cámara, que sentó esta doctrina:

*'No comprobada ni invocada la existencia de herederos forzados del donante al tiempo de la donación, no puede impugnarse un título porque en él aparezca una donación, máxime tratándose de una donación remuneratoria'. ('Pascual v. Calero', del 28/2/23").*

"Por favor, no se me diga que así se falló porque el contrato no fue gratuito. No es así. Dice claramente 'máxime' y, además, la remuneración fue cuestionada.



El Doctor Gigena dijo: 'El caso sub lite no es igual, ni tiene parangón posible con el que tuve oportunidad de fallar siendo juez de primera instancia y que motivó el tribunal pleno (...) **Allí se trataba de una donación inoficiosa, con la circunstancia agravante de que existía una heredera reconocida en la misma escritura** (...) El caso (...) tiene mayor analogía con el caso fallado también por mí como juez, en marzo 27 de 1912 (...). Y todavía **este caso era aún más complicado que el presente pues allí no se trataba de una donación remuneratoria** (...) basta y sobra a los fines de fundar mi voto transcribir el que en aquella oportunidad emitió el vocal doctor Giménez Zapiola (sí, el mismo Giménez...), miembro del tribunal entonces y a quien le tocó votar en primer término, mereciendo la adhesión de sus colegas:

*En mi opinión, las conclusiones que acaban de sentar las dos cámaras de lo civil en tribunal pleno sobre el alcance del Art. 3955 del Código Civil y la existencia de una acción reivindicatoria contra terceros adquirentes, en caso de inoficiosidad de las donaciones, ninguna influencia puede tener en la decisión del caso sub iudice, sobre el único punto que ha sido materia de la expresión de agravios (...) en el presente caso no sólo se ha invocado ni probado la existencia de los herederos que llegado el caso podrán ejercitar la acción correspondiente, sino que en la propia escritura de donación se contiene una afirmación que la desvirtúa. Y no basta la presunción de que un acto pueda estar remotamente expuesto a una sanción revocatoria para declarar imperfecto el título que lo constaba. Tal ha sido la jurisprudencia constante de este tribunal en reiterados fallos recaídos en casos análogos al presente, y en los que precisamente se ha tenido en cuenta por la mayoría del tribunal la existencia de una acción reivindicatoria, de acuerdo con los términos del Art. 3955...*

Aquí es el propio Giménez Zapiola quien no deja lugar a duda alguna sobre el verdadero alcance del plenario. ¿Qué otra cosa más necesitan quienes han opinado hasta hoy lo contrario? Haber estado presentes? Bueno, lamentablemente no podemos volver el tiempo atrás y hacerles escuchar lo que antecede de boca de Gigena y de Giménez Zapiola.... En fin, habrá que perdonarlos, hasta un santo como Tomás necesitó meter el dedo en la llaga de Cristo...

#### **OTROS FALLOS: TODOS –SIN EXCEPCION– CONCORDANTES**

Todos los fallos que he encontrado dicen lo mismo. Ninguno, lo contrario. En ellos siempre se ratificó la misma doctrina.

Veamos algunos:

**Uno:** Ocho años después del famoso plenario, se presentó el caso de un comprador que también se negaba a escriturar por entender que los títulos de su vendedora eran defectuosos, invocando la existencia de una supuesta donación de dinero con el

que anteriores titulares del dominio habrían adquirido el inmueble objeto del contrato.

La Cámara dijo: *'La acción de reducción de las donaciones que afectan la legítima es personal'*. También podría decir yo que aquí se terminó la cuestión. Sin embargo, no digo tanto.

También podrían argumentar –quienes transitan por la “otra vereda”– que aquí, tratándose en el caso de una donación de dinero, no podría haber reivindicación de la cosa y tendrían razón.

Veamos, sin embargo, qué fue lo que dijo el Doctor Zapiola en su voto: *'Creo, pues, dados estos antecedentes, que los desconocidos herederos del supuesto donante no tendrían acción alguna respecto del inmueble adquirido en tales condiciones y del que se trata en este juicio, pero aún desde el punto de vista en que se coloca el demandado, pienso que, convertido en actor por lo que respecta a la reconvencción deducida, ha debido probar la existencia del donante, la existencia de la donación como la de los supuestos herederos que pudieran impugnarla y además que ella es inoficiosa por exceder de la porción disponible. Nada ha probado, sin embargo, a pesar de lo cual pide se revoque la sentencia y se haga lugar a la reconvencción sosteniendo que la prueba negativa de los hechos invocados por él al deducir la reconvencción, corresponde al actor. Semejante pretensión es sencillamente absurda, no sólo porque atenta contra principios fundamentales del Derecho procesal, sino porque ella importa hacer gravitar sobre el adversario la prueba imposible de hechos negativos y más que eso, de hechos por él desconocidos'*.

**Otro:** *'...La parte actora aduce como antecedente autorizado el pronunciamiento de tribunal plenario en los autos 'Bascary (léase 'Escary') con Pietranera', pero ese mismo pronunciamiento es contrario a la tesis que desenvuelve. En aquel caso el donante en la escritura respectiva manifestó tener una hija, y ese hecho fue el que dio fundamento a la decisión invocada...'*. Así, este fallo sienta la doctrina que entiende *'...2.- Debe desestimarse la observación del comprador si las partes están de acuerdo en que el donante hizo la donación siendo soltero, no habiéndose probado que en esa época tuviera descendencia natural'*. (*'González de Lastiri v. Trillo'*, Cámara Civil 2da. de la Capital del 19/4/20. JA. IV, 193-4)“.

#### **“OTRAS OPINIONES ESCLARECEDORAS**

Queda claro que aun entendiendo los jueces en esa época que el dominio que provenía de una donación era revocable (léase resoluble), lo consideraban perfecto si no se probaba la existencia de herederos. ¿Hace falta algún argumento más? ¿Quizás alguna calificada opinión doctrinaria? Si así fuera, aquí van dos:

**La primera del Doctor LAFAILLE**, a quien citan una y otra vez quienes distinguen erróneamente entre donatarios herederos forzosos y donatarios extraños:

...En cuanto a la acción de reducción, la jurisprudencia ha realizado una obra verdaderamente pretoriana, a modo de lo que ha ocurrido con otras acciones persecutorias. Poco a poco se ha infiltrado en la conciencia de los mismos jueces como de todos los hombres de ley (pareciera que tenemos que excluir a algunos, lamentablemente) los gravísimos males que irroga nuestro régimen de transmisión basado en el Art. 3270, sistema marcadamente individualista, que no tiene para nada en cuenta los intereses sociales ni el derecho de los terceros adquirentes. Estos inconvenientes se agravan en lo que respecta a la acción de reducción, entre otras razones, por las derivadas del plazo durante el cual puede ser entablada. La jurisprudencia, entonces, ha concluido por considerar la acción de reducción como simplemente personal... Los últimos fallos han tratado de circunscribir la situación a un amparo legal concedido al heredero damnificado, para ser reintegrado en su legítima por los demás coherederos y no por el tercero. Son casos en que las acciones reipersecutorias de nuestro Código, tan peligrosas e incómodas para la seguridad de los bienes y para la valorización de la tierra, han venido paulatinamente a quedar limitadas en su alcance y hasta en su naturaleza, como sucede en el presente, por obra de la interpretación jurisdiccional... Verdad es que se evita –y esto es lo importante– la persecución contra los terceros'. (LAFAILLE, HÉCTOR. *Curso de contratos* (compilado por Argüello (h) y Frutos), III, 65, 55. Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, Bs. As., 1928).

Insistimos. Nos parece mentira que en los albores de un nuevo milenio se haya desandado tanto el camino recorrido. Lo que antecede fue dicho hace setenta y un años. A juzgar por lo que se afirma hoy, no deberíamos hacernos muchas ilusiones con respecto al futuro. Si la cuestión fuera de la Física, no dudarían algunos en arrodillar nuevamente a Galileo, que –humano al fin– volvería a jurar ante Dios que el sol gira alrededor de la tierra. Pero... *'eppur si muove'*. En fin...

**La segunda, del Doctor Colmo** –para colmo–, como ya hemos dicho y con no poca razón:

*'Por lo demás no hay en el Código Civil ni un solo texto, ni en el mismo Art. 747, que autorice la acción reivindicatoria contra un adquirente a título oneroso y de buena fe como el del caso. (Se refiere a un tercero como podría ser el adquirente de Zulema Soncín y a cualquier otro de los habitualmente cuestionados: se pretende considerar imperfecto el título que proviene de una donación efectuada a un extraño). Todo transmite en él la protección que para la ley merecen terceros así, que representan el interés general, la firmeza y seguridad de las relaciones jurídicas... Por ello, preceptos como el del Art. 3955 deben ser entendidos con relación a los casos en que la reivindicación es efectivamente posible, ya por mala fe en la última adquisición, ya porque la adquisición de referencia es gratuita... De otra suerte, la circulación*

de los valores, que es todo un postulado de la ley, se encarece y se restringe, lo que no puede ser de buen Derecho'. (Del voto del Dr. Colmo en 'Viero v. Buenahora', ya citado).

Realmente, ¿qué otra cosa hace falta para convencer a los temerosos? Simplemente, aconsejarles que... LEAN los fallos que citan, lean la opinión de los que han juzgado en 'Escary...' volcada en otros fallos que -aunque no resulte necesario a mi juicio- la aclaran y la complementan.

### COMO HAY QUE LEER. LA DEFORMACION DELIBERADA DE LO QUE SE LEE

Ocurre aquí como con todo lo que se lee, como con toda obra escrita. *Hay que leer con los ojos abiertos, mirando la realidad, confrontando lo que se lee con lo que se ve, no con lo que hemos leído antes, no con nuestras propias opiniones o -lo que sin duda es peor- con nuestros prejuicios. Mirando es como se aprende.*

¿Y qué ocurre si queremos interpretar el Art. 3955? Pues simplemente que debemos 'mirar' el Código todo, su estructura y, especialmente, su continua, constante y permanente protección a 'terceros así, que representan el interés general, la firmeza y seguridad de las relaciones jurídicas'.

Pero no. *Se trata de una deformación deliberada. Se prescindir de lo que el Código transmite, para encontrar lo que se desea, o lo que se teme. Se hace decir al Código lo que éste no dice, o dice acompañado de otras cosas que es menester tener en cuenta.* Y hablo del Código de 1869, esto es del aprobado a libro cerrado y no de lo que hoy hablemos, después de la fructífera labor doctrinaria y jurisprudencial y de la reforma de 1968.

No se lee ni siquiera la opinión completa de los que han juzgado un caso particular (particularísimo, ya dije). No se presta atención -o de propósito se la desvía- en lo que ellos mismos advierten: *'...Tanto en el caso de 'Gómez Pucio con Borio', fallado por mí como juez de primera instancia, cuanto en otros que he intervenido como miembro del Tribunal (...) no me he pronunciado ni era necesario que lo hiciera (...) Me eximía de ello la circunstancia -que no ocurre al presente- de no haberse invocado ni probado en aquellas causas la existencia de herederos en condiciones de ejercitar la acción de reducción...'*

No pretendemos quienes vemos con buenos ojos a la gran mayoría de los títulos provenientes de donación, que se comenten nuestros argumentos (de todos modos -humanos al fin- nos gustaría... quizá (...) podría indicarnos por qué no lo convencen, por qué interpretamos mal lo que dijo Giménez Zapiola, por qué no sirve o no es aplicable lo que LAFAILLE y COLMO sostuvieron, etc.). Sólo queremos que se medite en lo que estos calificados juristas dijeron. Pero no, *sólo se insiste en la supuesta doctrina del antiguo fallo y en la opinión de algunos jueces contemporáneos. Nada nos dicen después de haberles hecho saber por escrito y en cuanta*

*oportunidad hemos tenido en reuniones o desde la cátedra de la Universidad Notarial, lo que maestros como los citados LAFAILLE y COLMO han dicho. Está visto que es esperar demasiado. Parece que no se busca la verdad, sino amedrentar a los colegas con comentarios de nuevos fallos nada modernos que insisten en calificar de dominio resoluble a todo título de donación a extraño. Y digo 'parece' por que, optimista o bien nos den la razón como debe hacer –supongo– cualquier científico honrado...*

Como ya dije en otro lugar, *prefiero la opinión de BORDA, para quien todos los títulos provenientes de donación son malos, no porque la ley lo diga sino porque a su modo de ver es la única manera de proteger la legítima. Igual opinión sostuvo acerca del artículo 43 del viejo Código y de la irresponsabilidad extracontractual de las personas jurídicas: simplemente, decía, 'la jurisprudencia lo ha derogado'.*

Ya que cité a BORDA, transcribo a continuación por primera vez (...) parte de una carta que escribió acerca de esta delicada cuestión:

*'He leído prolijamente su trabajo sobre el delicado tema de la donación hecha a un tercero no heredero forzoso del donante. Sin duda es el más prolijo y completo trabajo que se ha publicado en nuestra doctrina sobre este discutido tema. Por mi parte comparto su conclusión fundamental: el comprador de un inmueble no puede negarse a escriturar alegando que el origen del título del vendedor es defectuoso por cuanto proviene de una donación, si ésta ha sido efectuada por una persona que no tenía a la época de la donación herederos forzosos'.*

### **QUE QUERIA ZULEMA SONCIN Y QUE LE DIJERON**

(...) Esta señora se presentó a S.S. para decirle que entendía oportuno que muerto su donante se podía abrir su sucesión para probar que nadie la reclamaba y, resolución judicial de por medio, entonces sí su título podría considerarse 'bueno' *erga omnes*.

Cometió otro error. El juez y luego la Cámara no sólo no le abrieron la vía –circunstancia que no es del caso analizar aquí– sino que afirmaron que su dominio era imperfecto, por entender que 'su derecho puede ser resuelto por el heredero perjudicado mediante el ejercicio de eventuales acciones de reducción'.

### **QUE LE PODRIAN HABER DICHO**

Creo, con todo el respeto debido, que Giménez Zapiola y sus pares de las Cámaras Civiles en 1912 o en 1920, no le hubieran dicho ni tanto ni tan poco. Con toda seguridad, compartiendo o no la opinión de que 'la donataria carece de legitimación para solicitar la apertura del proceso sucesorio' no siendo heredera del causante-donante (...), con función docente *se hubieran preguntado en primer lugar el por qué de la pretensión de solicitar la apertura del sucesorio para supuestamente perfeccionar un título*

que nadie puede cuestionar. Se hubieran sorprendido también, porque no se trata en el caso de un comprador que se niega a pagarle el precio acordado, sino seguramente de la opinión de algún colega o de algún asesor de un banco que entiende que el título en cuestión no es perfecto.

Me imagino a cualquiera de estos juristas, diciéndole a la pobre Zulema: *Estimada señora. Su título no sólo es bueno para circular en el mercado de bienes de esta generosa tierra de conquistadores e inmigrantes, sino que el día que alguien lo cuestione nos deberá probar –para empezar a analizar su pretensión– que:*

1) *El donante tenía herederos legítimos al tiempo de la donación;*

2) *La legítima de los mismos haya quedado disminuida con la donación;*

3) *Los herederos perjudicados entablen o amenacen entablar la acción restitutoria o integradora que les correspondiese.*

No es esto, a buen seguro, lo que le dicen, estimada señora. No sólo afirman que su título no es perfecto y para cohonestar su apresurada conclusión, señora, sólo sostienen que su donante ha podido tener descendencia legítima y otras eventualidades. Señora Soncín, el artículo 1425 (único que se nos ocurre podría invocar un adquirente para suspender el pago del precio) supone circunstancias positivas, actuales, que puedan entrañar el humano temor de la efectiva acción reipersecutoria. En su caso, no sólo no prueban nada si no que ni siquiera se ha presentado nadie más que usted para abrir la sucesión. Con el criterio que aquí criticamos, el mejor título podría ser observado: la eventualidad de una oculta suspensión de prescripción, de un falso estado civil afirmado en una escritura de venta y otras circunstancias análogas podrían ser alegadas contra el título más formal y categórico...

Señora, debe usted decir a estos cuestionadores que *todos los derechos están expuestos a contingencias que podrían enervarlos o destruirlos en detrimento de su titular; pero la ley no ha podido legislar esos casos como reales... Temor fundado, señora, dice el artículo 1425 y como tal debe entenderse lógica y jurídicamente, el temor que tenga en los hechos un antecedente verídico y concreto, una base cierta que lo justifique y una razón sería que lo legitime...*

Quizá también le hubieran dicho que en el supuesto de que el donante haya tenido descendencia legítima, la acción de esos herederos prescribe a los diez años de la muerte del donante y que, aquí sí, nada podían agregar y que debía esperar el término legal para asegurarse de que nadie le reclame nada en el futuro (entiéndase: reclamo a ella –y no a los terceros adquirentes, salvo fraude– por el valor de la cosa donada).

Todo ello, claro está, nada tiene que ver con la perfección del título de la señora Soncín, título que de no ser por erróneas interpretaciones, circularía sin inconvenientes en el tráfico inmobiliario...". »

### **III. RESOLUCION DEL NOT. JORGE F. DUMON, PRESIDENTE DE LA COMISION CENTRAL DE CONSULTAS**

La Plata, 12 de julio de 2002.

Y VISTA:

La consulta presentada con relación a los autos referidos en la misma, que tramitan por ante el Juzgado de 1ra. Instancia en lo Civil y Comercial N° 4, Secretaría 8 del Departamento Judicial de San Isidro y el "Requerimiento" contestado con excelente calidad doctrinaria y expositiva por el vocal de esta Comisión notario Gastón R. di Castelnuovo, al que adhiero y cuya completividad me exime de ulteriores acotaciones.

RESUELVO:

1º) Comunicar al señor Juez interviniente el dictamen producido y esta resolución.

2º) Agregar en calidad de obsequio dos trabajos publicados por la Fundación Editora Notarial (FEN), también publicados en los Nros. 916 y 919 de REVISTA NOTARIAL, cuya autoría corresponde al Notario di Castelnuovo, referidos al tema consultado y citados en el dictamen.

3º) Solicitar su publicación en REVISTA NOTARIAL.

4º) Fecho, archivar las actuaciones en la forma que corresponda. □