

Donación al hijo del cónyuge*

Por **Carlos María Gattari**

In honoris Johann Sebastian

Prólogo. Este trabajo se basa en un caso real. En lugar de darle un formato académico prefiero presentar directamente la escritura autorizada *que contiene íntegramente el material fáctico, jurídico, doctrinario, jurisprudencial y metodológico aplicado al caso*, por lo que de su lectura se infieren las circunstancias de hecho presentadas a la consulta, los procedimientos intelectuales empleados, los problemas jurídicos estudiados y la solución arribada. Los datos han sido modificados para respetar el secreto profesional.

Para los no pocos casos actuales en que el proceso de encuadre, interpretación, interacción, desarrollo y desenlace de lo fáctico con lo normativo lo proponen o lo requieren a mi juicio, los años de ejercicio me han convencido de presentar la problemática que plantea la situación de hecho traída por las partes dentro de la misma escritura, los diversos encuadres jurídicos posibles, la hermenéutica del derecho que considero aplicable y su mecánica, y la selección final de una solución que ajusto al caso individual y en virtud de la cual procedo como lo hago. Son una suerte de “*escrituras con opinión*”, *declaraciones propias del mundo interior del notario* (Carlos A. Pelosi, *El documento notarial, Astrea, 1980, pp. 322 y ss.*). Considero que esta tesis –reitero, para los casos que por su complejidad lo justifican– sostiene valores contractuales importantes muchísimas veces ocultos o sobreentendidos en escrituras que, por

*Especial para *Revista del Notariado*.

esquemáticas, retienen el proceso de diagnóstico, calificación y operación en el fuero interior del redactor, del notario, y debe ser escudriñado, sonsacado o presumido por el lector. De este modo, en cambio, entiendo facilitar la contención de las inquietudes de las partes no entendidas en derecho que se encuentran frente a situaciones incomprendidas y muchas veces hasta incomprendibles para sí mismos, informando los métodos empleados, fundamentando la selección de los criterios, justificando el derecho y reduciendo los potenciales riesgos frente a derechos de terceros. Más adelante enumero detalladamente las bondades que así encuentro.

Este caso transitó varios estudios y notaría; finalmente y para mi facilitación, cada parte concurrió con su letrado pero sin que hallaran una estrategia precisa ni una solución adecuada.

La propuesta final traída por los mismos otorgantes y sus letrados, que a su vez realizaron distintas consultas, consistió en intentar retrotraer una cesión gratuita de derechos a terceros no legitimarios tramitando la sucesión de la cedente ya fallecida. La alternativa hubiera colocado a las partes en una posición aún más gravosa que aquella en la que ya venían, y no habría constituido más que un paso intermedio, impreciso, que no alcanzaba el objetivo final de vender sobre la base de títulos perfectos.

Doctrina y jurisprudencia se encuentran contenidas en el acto porque la “*comunicación*” a terceros y a futuro que invariablemente ocurre en toda escritura que autorizamos, está dirigida pensando con especial énfasis en:

1º) transmitir seguridad a las propias partes (*contención actual*), primeros portadores del problema y primeros destinatarios del instrumento y de la solución;

2º) dar razón y fundamento a los letrados también presentes, sin cuya propia convicción final y consecuente conformidad en el asesoramiento (*concordancia y consecuente contención derivada*) no se hubiese otorgado;

3º) anticipar y provocar el análisis crítico de los referencistas (*auditoría proyectiva*);

4º) facilitar las operaciones de calificación y legitimación a quienes deban operar sobre este título (*crisis proyectiva*);

5º) invitar a declinar lances judiciales que terceros, por conveniencia en futuras relaciones con los titulares de estos derechos, pudiesen sentirse tentados a ensayar (*prevención*);

6º) justificar ante los eventuales jueces que tuviesen que decidir (*decir y decidir el derecho en que me he apoyado*);

7º) argumentar frente a las inspecciones (*sostenimiento de la coherencia con el propio accionar*).

Nos demos cuenta, o no, con cada documento que autorizamos comunicamos todo esto a todos estos sujetos actuales y futuros, y aun muchas cosas más.

Al presentar directamente la escritura, propongo de paso no sólo los procesos teóricos sino la vía concreta de *ajuste específico al caso* para expresarla en la realidad práctica.

El estudio de títulos. Los antecedentes se encuentran transcritos en el capítulo *CONSTANCIAS NOTARIALES, Legitimación sustantiva*, inserto en la primera parte de la escritura. Dan la ubicación en el caso.

Del resultado del estudio realizado por María de los Ángeles Gattari, surgieron dos observaciones:

1. Existe cesión gratuita a hijos del otro cónyuge;
2. Se trata de cesión gratuita a donatarios no legitimarios.

(15) QUINCE. VENTA. Armando BACH y otro a Pascual C. A. FERCIUOLO.— En mi sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a cuatro de abril de dos mil cuatro, comparecen ante mí, Armando y Osvaldo BACH y SALETE O BACH como parte vendedora; y Pascual Claudio Arnaldo FERCIUOLO como parte compradora; mayores de edad. Los conozco, doy fe.

EXPONEN: La parte vendedora declárase propietaria de la FINCA sita en esta ciudad, calle antes Avenida Quirno Costa, después Avenida del Trabajo y hoy AVENIDA EVA PERÓN 4201/4203/4205 esquina ZINNY 1595/97, catastro 1.54.96A.31, edificada en el lote seis de la manzana siete, que mide (en metros lineales) y linda: 6,39 de frente al sudeste con hoy Avenida Eva Perón; 6 en la ochava; 14,112 y 14,11 según folio real, en su otro frente al noreste con calle Zinny; 10,58 al noroeste con parte del lote 7, y 18,30 al sudoeste con lote 5. La finca se compone según surge de antecedentes de una casa de vivienda y tres locales de negocio. Partida: 09-25.233. Valuación Fiscal: \$24.196,51. INSCRIPCIÓN: Folio real 1-24.309.

ESTIPULACIÓN: La vendedora a título de VENTA transfiere a la compradora el dominio sobre el inmueble descrito por CIENTO CUARENTA Y DOS MIL QUINIEN- TOS PESOS (\$142.500) de los cuales sesenta y cuatro mil trescientos sesenta pesos (\$64.360) fueron pagados antes de ahora, asegurándome y asegurándose las partes que fueron cumplidos los extremos establecidos por la ley 25.345, 25.413 y concordantes, y el saldo de Setenta y ocho mil ciento cuarenta pesos (\$78.140) se entrega en este acto en efectivo ante mí, contándolo la parte vendedora y otorgando recibo total por la presente.

DECLARACIONES COMPLEMENTARIAS: declaran datos personales: Pascual Claudio Armando Ferciuolo, soltero, nacido el 14.9.45 de Domingo y de Francisca Notarinni, LE.4.567.890 CUIL.20.04567890-3, domiciliado en Avenida Mitre 406/408; Armando Bach, casado en primeras nupcias con Rebeca Browert, LE.9.876.543, CUIL.20-9876543-9, y Osvaldo Bach, casado en primeras nupcias con Rosa Adelina Scrulli, LE. 4.444.444, CUIL. 20-04444444-2, domiciliados en Avenida Eva Perón 2405; argentinos y vecinos de esta ciudad; las partes manifiestan conocerse entre sí; la vendedora declárase no inhibida, que está libre el dominio, que el bien es de origen propio y no tienen hijos menores e incapaces, que los impuestos están al día, y que afecta el producido de la venta de la parte del inmueble destinada a vivienda, a la adquisición de otra casa habitación dentro del plazo de un año; la compradora declárase en pose-

sión de lo adquirido en el estado de ocupación en que se encuentran los locales que conoce y acepta; las partes acuerdan que cualquier importe que por diferencias, reajustes, deudas pendientes de liquidación u otros conceptos, pudieran corresponder y no estuvieren informadas en el certificado del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estarán a cargo de quien a la fecha respectiva hubiera estado en posesión del bien; a efectos civiles y fiscales las partes atribuyen \$60.000 del precio total de la compraventa, a los locales de negocio, y \$82.500 a la vivienda;

CONSTANCIAS NOTARIALES: Y YO, el autorizante, dejo constancia: **Legitimación sustantiva:** La vendedora hubo el inmueble así:

1) Por compra que hizo Leiba Bach a Moisés Yager en escritura 849 del 6.12.46 ante Basilio Zarlenga al folio 2156 del registro 149 de esta ciudad;

2) Fallecida “*Salete de Bach, María s/sucesión*” tramitó ante el Juzgado Civil 13, secretaría 26 de esta ciudad, en el que se dictó:

2.a) “*Buenos Aires, noviembre 16 de 1978... por fallecimiento de María Salete de Bach le suceden sus hijos Armando y Osvaldo Bach y Salete y su cónyuge Leiba Bach... sin perjuicio de los derechos en cuanto a los gananciales... Carlos Raúl Sanz. Juez*”;

2.b) “*Buenos Aires, noviembre primero de 1978... existe identidad... entre Leiba Bach y Leiba Bach... Carlos Raúl Sanz. Juez*”;

3) Fallecido “*Bach, Leiba s/sucesión testamentaria*” comenzó tramitando ante el Juzgado Civil 23, secretaría 45 de esta ciudad, del que surge:

3.a) Testamento por escritura 51 del 28.4.86 ante Águeda L. Crespo al folio 122 del registro 149 interinamente a su cargo, por el que se instituye herederos a sus hijos Armando y Osvaldo Bach y Salete y a su tercera esposa Luciana Emerencina Constancio;

3.b) “*Buenos Aires, noviembre 3 de 1986... declárase válido el testamento en cuanto a sus formas... de fs. 31/3. Jorge Noro Villagra. Juez*”;

3.c) obra cesión otorgada en escritura 41 del 3.4.87 ante la misma Crespo al folio 103 del registro citado interinamente a su cargo, por la que Luciana Emerencina Constancio de Bach cedió gratuitamente, con reserva del usufructo, a Armando y Osvaldo Bach todos los derechos y acciones que tiene, le corresponden y/o pudieran corresponderle sobre los bienes dejados por fallecimiento de su esposo Leiba Bach;

3.d) “*Buenos Aires, abril 13 de 1987... téngase presente la cesión de derechos... Ana María Beneventano. Juez*”; estas actuaciones se inscribieron el 3.7.87 como Testamento, parte indivisa, cesión de derechos y constitución de usufructo; luego, ocurrida la readjudicación de Juzgados por la creación de los de Familia, continuó tramitando ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 2, donde se dictaron autos:

3.e) “*Buenos Aires, noviembre 23 de 1994. Encontrándose debidamente acreditada con la partida de foja 86 la defunción de Luciana Emerencina Constancio... se declara extinguido el usufructo efectuado a su favor... Claudio Ramos Feijóo. Juez*”, acto que fue inscripto el 24.?.95 (*no se lee el mes*) como extinción de usufructo; siempre en la matrícula FR.1-24309.

Legitimación formal: certificados: 462.342 y 462.340 (dominio e inhabilidades) del 23.9.03, prueban que la parte vendedora no está inhabilitada y el dominio consta a nombre de los vendedores, libre de gravámenes y sin restricciones. El certificado 449094 del 2.9.2003 solicitado por el escribano Maximiliano Sanz no ha sido utilizado, y lo agrego;

Legitimación impositiva: Sellos: las partes no me exhiben boleto de compra-venta. Retengo \$3.562,50 para ingresar con la declaración jurada mensual. **Impuesto a la transferencia de inmuebles:** Retengo \$900 por la parte correspondiente a los locales de negocio; y no retengo por la parte correspondiente a la vivienda por cuanto la vendedora declara reemplazar vivienda (*roll over*).

Legitimación frente a los artículos 1807, inc. 1 y 3955 Código Civil que realizo explicando la interpretación que confiero a los elementos traídos para escriturar.

Objeto. Quienquiera que hasta aquí haya leído y sea avezado en derecho, habrá ya encontrado dos severas dificultades en los títulos históricos que aparentan traer consigo la imposibilidad de autorizar este acto. Así también la escribana referencista formuló dos observaciones. Es obvio que si quien estudia este documento advierte ante todo su existencia, presumirá acertadamente que si lo he autorizado —y por eso lo tiene el lector en mano—, es porque considero que el título es hoy perfecto (artículo 1425, *todas las referencias serán al Código Civil, salvo aclaración de lo diverso*) y así me propongo demostrarlo. Encaro esta legitimación como una aporía ya que las dificultades jurídicas que presenta proponen un esfuerzo intelectual para disipar las inconveniencias que presentan sus antecedentes, y entiendo mi función garantizar al comprador, al vendedor, a los futuros titulares y juristas que este título vean, y a mí mismo, la imperturbabilidad que supone que este título sea perfecto. Junto con esa guía para el futuro, rindo una explicación presente a que las partes que acompañadas en este acto por sus letrados, se han inquietado desde que aproximadamente dos semanas atrás, fueran puestas en conocimiento de los óbices en la titulación. Creo entonces que, no existiendo contienda actual, debo sin embargo prevenir que en el futuro alguien decidiese con cualquier causa plantear una, no ya asegurando que no existirá una demanda —puesto que ello es imposible desde que depende de la voluntad del otro—, sino que el casual lance no conmoverá su derecho “*ni por reivindicación de la cosa*” ni “*por cualquier acción real*” (citado artículo 1425) o personal. De igual modo cubrir, por ejemplo, la alternativa de que un eventual acreedor con fundamento en materia jurídica pudiera poner rechazo certero a un crédito sobre la base de estas vicisitudes.

Método. Para esta empresa, articulo el análisis del caso desde las dificultades que presenta y atravesando cinco modos de interpretación jurídica: histórico, mecánico, teleológico, sociológico y lexical. No intento una acumulación

meramente cuantitativa de enfoques sino que utilizando vías usuales de interpretación del derecho, las conclusiones de cada modo, a mi entender, confirman las de cada otro, sumando a su variedad, la calidad de cada corolario y adquiriendo de este modo para mí, el nivel de certeza jurídica necesaria, motivo por el cual responsabilizándome del acto, lo autorizo; asimismo busco que resulte demostrado que de las diversas acciones posibles, ninguna tiene andamiento para triunfar.

Dificultades. Del capítulo de la *Legitimación sustantiva* en su punto 3.c), surge que el 3.4.87 en escritura 41 al folio 103 autorizada por la notaria Águeda L. Crespo interinamente a cargo del registro 149 de esta ciudad, Luciana Emerencina Constancio de Bach, tercera esposa de Leiba Bach, cedió gratuitamente con reserva del usufructo a los hijos del primer matrimonio del causante –Armando y Osvaldo Bach– todos los derechos y acciones que tenía en el sucesorio de su esposo. Si bien Leiba Bach en su testamento en escritura 51, folio 122 del 28.4.1986 ante la citada notaria Crespo había previsto que “*el único bien que posee en condominio con sus hijos está ubicado en... que se compone de casa de vivienda y tres locales de negocio*”, preveía también que “*La casa de vivienda familiar está habitada por el dicente y su esposa y los otros tres locales se encuentran alquilados. Para el caso de que su fallecimiento se produzca con anterioridad al de su esposa, es su deseo y pide que se cumpla, amparándose a tal efecto en el artículo 51 de la ley 14.394, que la unidad de vivienda le sea adjudicada a su actual esposa y los locales a sus dos nombrados hijos, habidos en su primer matrimonio. Aún más, su deseo sería que se extendiera el plazo a los diez años y/o hasta la muerte de su esposa doña Luciana Emerencina Constancio. CUARTA: Declara que es su deseo que los impuestos y tasas que graviten con relación a la finca... Zinny 1595, que habita con su esposa, deberán ser pagados por sus hijos, debiendo su esposa abonar únicamente el consumo de luz eléctrica y gas del Estado*” (folios 122v y 123). Estos deseos del testador se cumplieron parcialmente ya que, al menos jurídicamente, la finca nunca se subdividió ni tampoco ahora está dividida. Por lo tanto, cuando Luciana Emerencina Constancio otorgó la cesión, retuvo el usufructo sobre “*la finca*” dado que era imposible registrar usufructo sólo por la vivienda que no estaba separada titularmente de los locales; sin embargo, se reconoce de la cesión que cumplieron en lo posible las mandas, en tanto la cláusula *IMPUESTOS...* b) de la cesión reza: “*Que son por cuenta de los cesionarios el pago de los impuestos, tasas, contribuciones y demás gastos del inmueble indicado en el punto anterior a partir de la fecha del fallecimiento del nombrado causante don Leiba Bach; c) El dominio de la finca indicada solamente se consolidará en la persona de los cesionarios, por el fallecimiento de la cedente...*” (folios 103v/104). Relatan los otorgantes que así se cumplieron las cosas disponiendo sin embargo ellos de la posesión de los locales –que era la verdadera intención de su padre– desde el fallecimiento de éste. Ocurrió que la cesión fue autorizada por la notaria, presentada por el letrado al sucesorio de Leiba Bach, que también fue derivada a Fiscalía, sometido al decisorio del Juez e inscrita en el Registro de la Propiedad sin haberse advertido en mo-

mento alguno ni por funcionario ninguno que contradecía flagrantemente dos normas cuando menos: los artículos 1807 inciso 1º y 3955, que para dar integralidad al discurso y facilitar la lectura y comprensión, transcribo a continuación.

Normas. Artículo “1807: No pueden hacer donaciones: 1º): Los esposos el uno al otro durante el matrimonio, ni uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación...”

Artículo “3955: La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante” (Nota: los artículos fueron transcritos para ilustración y comprensión por las partes).

Estado de la cuestión. En primer lugar y para saber que estamos correctamente situados en el estudio, lo que fue otorgado por Luciana fue una cesión de derechos que expresamente dice ser gratuita:

“La Señora Constancio de Bach cede y transfiere a favor de los otros dos comparecientes, a título gratuito y en partes iguales...”, folio 103, renglones 23/25.

Entonces, por reenvío del artículo 1437, debe ser interpretada como una donación (“Es descalificable la sentencia que dejó sin efecto la obligación de colacionar que había sido impuesta a los codemandados por considerar que la cesión gratuita de los derechos del causante a obtener la adquisición de la propiedad del campo constituía la transmisión de un derecho en expectativa sin llegar a ser donación. Ello es así, pues el a quo no pudo prescindir de la aplicación de las normas específicas que establecen que ‘La cesión debe ser juzgada por las disposiciones del contrato de donación’ (artículo 1437, Código Civil)...” (Corte Suprema, recurso extraordinario por sentencia arbitraria, 19 de mayo de 1987, “García, Pedro M. c/Benito J. García y otros”, Repertorio ED-22).

En segundo orden, la donación a terceros no legitimarios enfrenta las disposiciones del artículo 3955 que desde la interpretación generalmente dada al plenario Escary c/Pietranera del 11.6.1912 (*Jurisprudencia Argentina*, tomo 5, página 1) viene generando una áspera y larga discusión doctrinal, reflejo del riesgo en la titulación que emana de las prescripciones de esa norma (para un entendimiento más acabado del plenario según la interpretación genérica consagrada por los tribunales y la correspondiente a una revisión histórica exhaustiva, ver Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires: *Revista del Notariado* 873, p. 265, bajo el título “Donación. Como antecedente en el título: perfección del mismo. Derecho del tercer adquirente”, o *Revista Notarial* 941, p. 223).

Una tercera cuestión es que la donación a hijos del otro cónyuge está expresamente impedida por violación del régimen patrimonial del matrimonio. Intentaremos desmenuzar cada obstáculo.

Qué implica decir “No pueden hacer donaciones”. Buscamos despejar como duda inicial si la expresión “*No pueden hacer donaciones*” tiene entidad tal para importar una nulidad absoluta, en cuyo caso toda construcción sería inútil. De conformidad con el artículo 1004 encontramos que el documento en crisis, la cesión de derechos, contiene todas las formas extrínsecas requeridas, designación del tiempo y lugar en que fue hecha, nombre de los otorgantes, firma de las partes (*y firma del notario, este último requisito no citado por el 1004 pero igualmente reconocido en doctrina y jurisprudencia como causal de nulidad*). La eventual nulidad no se impone entonces por manifiesta sino que debe integrarse con pruebas extrínsecas al negocio ya que “*Lo manifiesto no reside en la visibilidad u ostensibilidad visual del vicio que afecta al negocio sino en la posibilidad de subsumir ese vicio en una hipótesis normativa prevista, sin sujeción a una previa e imprescindible valoración de circunstancias contingentes para detectarla*” (Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia de los actos jurídicos*, Astrea, 1986, pp. 175/176).

Es en cambio Llambías quien opone el artículo 1044 como causal de incapacidad de la donante entendiéndolo que “*Son nulos los actos jurídicos... cuando fuese prohibido el objeto principal del acto...*” (Tratado de Derecho Civil, *Abeledo Perrot*, Bs. As., 1979, tomo II B, p. 228, *comentario al artículo 1047*), en tanto “*No se pueden hacer donaciones... uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio*” (En igual sentido, *Guillermo Borda*, Manual de Contratos, *Perrot*, 1969, 4ª edición, p. 623).

Pero ya advertimos entonces que habrá que analizar si realmente existe tal incapacidad, o no, atendiendo a las circunstancias contingentes, elementos en principio extrínsecos al acto mismo.

Queda por estudiar si el acto ha sido eficaz y oponible respecto de terceros. Hasta aquí, el acto ha sido válido entre partes sin perjuicio de que aparecen eventualmente inoponibles a herederos forzosos de Luciana Emerencina Constancio, si los hubiere. La eventual *inoponibilidad positiva, ineficacia funcional refleja* (Zannoni, *op. cit.*, p. 136) hacia futuro —es decir, de los aquí vendedores hacia el comprador y de éstos hacia los futuros operadores sobre este título— será la que resulte en definitiva de la buena o mala conclusión de la empresa que aquí nos proponemos y del título que en su consecuencia ahora autorizo.

El porqué del contenido del artículo 1807. Sosteniendo entonces que no se trata de una nulidad absoluta, investiguemos el porqué de la prohibición de que uno de los cónyuges done a los hijos del otro de diverso matrimonio. Cualquiera sea la tipificación de los regímenes matrimoniales en que se inspiren las normativas (*absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido, régimen de separación de bienes, de unidad de bienes, de la unión de bienes o de la administración y disfrute maritales, de la comunidad universal, de copropiedad sin indivisión en mano común, de participación en las ganancias, de la persona moral, etcétera*), se tratará siempre en el régimen jurídico continental europeo en el que abrevia nuestro derecho, de un régimen de orden públi-

co. “Cuando una persona contrae matrimonio, también contrata ese régimen patrimonial que es obligatorio” (Fassi, Santiago C., Estudios de derecho de familia, p. 338; Fassi-Bossert, Sociedad conyugal, Astrea, 1977, tomo I, Introducción).

El eje limitativo en torno al cual gira el sistema patrimonial *sui generis* del matrimonio en nuestra legislación asienta en la prohibición de los artículos 1218 y 1219, de los cuales se desgranán luego en los capítulos de contratos, las prohibiciones consecuentes (*compra-venta*, artículo 1358; *permuta*, 1490; *cesión onerosa de créditos*, artículo 1444; *dación en pago*, 781; *donación*, 1807 inciso 1º y 1820, *constitución de servidumbre*, 2970; *derechos reales de uso y habitación*, 2950 y 2951, etcétera, quedando tan sólo excluidos el contrato de sociedad –artículo 27 ley 19550–, el mandato –1276– y la fianza –1986– sólo según algunas doctrinas, y unos pocos más; Mosset Iturraspe, Revista de Derecho privado y comunitario, nº 12, p. 109, notas 9, 10 y 11).

Coherente con ese sistema, en un reciente fallo surge nítidamente la *ratio legis*, la función tuitiva de la norma, el bien jurídico protegido: “Corresponde declarar la nulidad de la donación de un inmueble que por escritura pública, efectuaron los cónyuges propietarios del mismo a la hija extramatrimonial de uno de los donantes. Aparece justificado el interés en la declaración de nulidad de la donación incoada por la donataria, el escribano interviniente y la codonante del inmueble –que juntamente con su cónyuge fallecido–, efectuara a favor de su hija extramatrimonial, pues es la única vía para que el dominio revierta en cabeza del causante y la codisponente, evitando de ese modo que la donataria cuente con un título objetable. Recuperado el poder de disposición, las partes quedarán en libertad para concretar la nueva donación que expresaron tener el propósito de efectuar, con sujeción a la forma legal impuesta para que la donataria obtenga un título perfecto, carente de vicios. La prohibición contenida en el artículo 1807 se funda en que la ley presume que el donatario designado es un prestanombre y que la liberalidad está en realidad dirigida al cónyuge. Por otra parte, dicha regla traduce un supuesto de incapacidad de derecho, la cual compromete el orden público, debiendo declararse nula de nulidad absoluta, la donación efectuada en contravención a la norma citada, pudiendo ser pedida incluso por el Ministerio Público Fiscal en el interés de la moral y de la ley (del dictamen del Fiscal de Cámara, quien fue mi profesor en Ingreso a Derecho en la UCA, doctor Carlos Raúl Sanz) (autos “K., A. y K., M. V. y otro”, ED, 183-681, Cámara Nacional en lo Civil, Sala A, 23.11.98, Jorge Escuti Pizarro, Ana María Luaces, Hugo Molteni), fallo cuya reseña agregó por cabeza de escritura por su actualidad y ajuste al caso.

Así también, ED, 72-231, fallo del 18.10.76 del Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial de Registro, Repertorio 11, que expone que lo que se busca es evitar el fraude a terceros y la violación de la regulación legal de la sociedad conyugal; también Cámara Civil A, 6.10.61, JA, 1962-I-354, f. 4650; LL, 105-695, f.47.701; C.Civ.D, 216.6.58, LL, 92-443, f. 42.811 (Salas, Trigo Represas, Código Civil Anotado, tomo 2, p. 402, Depalma, 1993). Finalmente, en igual sentido Guillermo Borda (Tratado de Derecho Civil, Contratos, Abeledo Perrot,

3ª edición, Bs. As., 1972, tomo II, p. 343, nº 1517) expresa que tal prohibición se funda en que la ley presume que el donatario designado es un prestanombre y que la liberalidad está, en realidad, dirigida al cónyuge; en cambio, no hay inconveniente en que el padre o la madre o ambos conjuntamente hagan donaciones en favor de *sus* hijos, cualquiera sea la edad de éstos.

Si nos preguntamos a su vez de dónde surge y el porqué de esta presunción, deberemos recurrir al conocimiento de que el derecho asume la experiencia humana de la convivencia según los modos en que los hombres interactúan en sus respectivas sociedades en sus respectivos tiempos, interacciones que originan sus respectivos cuerpos de derecho, derecho que primeramente recoge la experiencia que de tales conductas se comprueban, y en los casos en que como objetivo de política social, busca evitarlas, se previene –entre otros– mediante el mecanismo legal de las presunciones.

De hecho, a lo largo de la experiencia profesional, estas transferencias simuladas para sortear la prohibición de los artículos 1218 y 1219, se encuentran con bastante frecuencia y bajo distintos modos de embozamiento, apareciendo alguno o algunos de los hijos como hombre de paja o testaferros en una triangulación que impacta contra el régimen público patrimonial del matrimonio (*ver, p. ej., La Ley, 3.3.2003, fallo 105:137, caso cuya recensión y comentario de Julio César Capparelli apareció recientemente en Revista del Notariado abril, mayo, junio 2003, nº 872, año CVI, pp. 121/135*).

Si buscamos la raíz histórica, nos la da el propio codificador al referirse en la nota al artículo 1807 inciso 1º, a la Quinta de *Las Siete Partidas* de Alfonso X El Sabio (1221-1284) o *Libro del Fuero de las Leyes*, embebido en la compilación justiniana (*partida “N” según su acróstico: “De los empréstitos e de las venditas, e de las compras, e de los cambios, e todos los pleitos que fazen los Hommes entre sí de qual natura quier que sean”*), de cuya Partida V, Título IV, Ley I, ya en mitad del siglo XIII (años 1256 a 1263), –en correlato con la Partida IV sobre familia–, deviene que el hombre no hará donadío a los hijos de la viuda que ahora sea su cónyuge y menos a los hijos de su *barragana* –llamados *fixos de ganancia*– (*primera edición, Sevilla, 25.10.1491, Alfonso Díaz de Montalvo*).

He insistido en la búsqueda desde varios textos, doctrina y sentencias para confirmar que es ésta y no otra la causal que imbuye la prohibición del artículo 1807, inciso 1º y así ajustar a ese obstáculo real, y no a otro teórico o supuesto, la solución que pretendo haber encontrado.

Cómo se resuelve el entuerto en este caso. Pese a los esfuerzos realizados, todo parecería hasta aquí inclinarnos a la nulidad hasta absoluta, inoponibilidad e ineficacia del negocio en análisis. Pero volviendo al tema de la capacidad e ingresando en la interpretación mecánica, en la hermenéutica del sistema de las distintas normas de derecho que abisagran esta protección buscada por la ley, recurriremos al artículo 1809, que nos enseña que “*La capacidad del donante debe ser juzgada respecto al momento en que la donación se prometió o se entregó la cosa...*” De tal modo, resulta que la capacidad de Luciana Emerencina Constancio debe ser juzgada al 3.4.87. Y resulta evidente del mismo docu-

mento, que la cesión la realizó sobre los bienes de su cónyuge *ya fallecido*, en tanto de la misma escritura de cesión se lee que “... *el juicio sucesorio tramita por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil de esta Capital, número 23, Secretaría 45*” (folio 103v, renglones 29/31) y que cede “... *todos los derechos y acciones que tiene, le corresponden y/o pudieran corresponderle sobre los bienes dejados por fallecimiento de su esposo don Leiba Bach...*”.

De la comprobación de los referidos autos que requerí a la referencista y de la copia de la Libreta de Familia 297.905 de la Dirección del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires que solicité a los vendedores, que en copia agrego y que tuve a la vista el 22.9.2003, surge la defunción de Leiba Bach, ocurrida el 30.8.86, anotada en acta 1578, circunscripción CD, tomo D, año 1986.

Por lo tanto, debemos concluir que a la fecha del fallecimiento de Leiba Bach, los hijos adquirieron 10/12 (diez doceavas partes) y Luciana Emerencina Constancio, 2/12 (dos doceavas partes) por imperio del artículo 3410; y debemos concluir que Constancio NO SE ENCONTRABA INCAPACITADA para disponer como lo hizo puesto que la presunción legal protectoria del patrimonio familiar de que la donación realizada al hijo del otro cónyuge facilita, permite o sugiere una triangulación que violenta la prohibición de los artículos 1218 y 1219, no podía aquí verificarse por fallecimiento previo del cónyuge Leiba Bach: no había posibilidad de beneficiar *contra legem* al cónyuge prefallecido.

Por vía de interpretación exegética llegaremos a la misma conclusión: como hemos visto, Vélez Sársfield expresa que “*No pueden hacer donaciones... uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio*”. Esto implica –incluso en el análisis lexical– la actualidad del matrimonio y el artículo 213 nos informa que el vínculo matrimonial se disuelve “*Por la muerte de uno de los esposos*” (*inciso 1º*) de forma tal que la expresión “... *ni uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga ...*” implica la existencia actual del matrimonio al tiempo del otorgamiento que se sanciona, ya que cónyuge en el sentido estricto del término sólo se es durante la vigencia del matrimonio.

Si convenimos entonces que es esa triangulación la que la ley quiere prevenir, cabe asumir que podemos invertir en el orden de presentación el complemento de tiempo empleado por Vélez Sársfield en el texto del artículo, exponiéndolo así: *Durante el matrimonio*, “no pueden los esposos hacerse donaciones el uno al otro, ni uno de los cónyuges a los hijos del otro...”. Es decir que ese circunstancial de tiempo es sustancial para la comprensión del artículo: para que la prohibición sea efectiva, para que las consecuencias de la sanción de su invalidez, ineficacia o nulidad, sean oponibles, debe haber ocurrido durante el matrimonio ya que la tergiversación que la ley presume y pretende evitar no puede ocurrir cuando uno de los cónyuges ha fallecido. (“*Durando el matrimonio*” *es precisamente la expresión que utilizan las Leyes IV y VI del Título XI –De las dotes, e de las donaciones, e de las arras– de la Cuarta de las citadas Siete Partidas alfonsinas, dedicada ésta al derecho de familia*).

Sorteada esta dificultad, pasaremos ahora a tratar la referida a la

Donación a terceros no legitimarios. Para explicar el problema, recorro a mi padre, *Carlos Nicolás Gattari*, en cuyo primer tema del tomo 13 de *Práctica Notarial*, “*Donaciones a terceros no legitimarios*”, página 9, (Depalma, 2001), lo expone sencilla y claramente trayendo la historia de las últimas interpretaciones doctrinarias y traduciendo, en la parte final, la misma inquietud que –en su lógica no específicamente jurídica– se lo preguntan los otorgantes aquí presentes y tantos otros civiles que pueblan este mundo:

“Hacia 1973/75 algunos notarios defendieron la donación. Se fundaron sobre todo, en el libro de contratos de Fernando de Zavalía. Correspondió el mérito a integrantes de la Delegación bonaerense de Morón, quienes se rebelaron contra la idea de que toda donación a no legitimario es impugnabile. A los que carecen de herederos forzosos, resulta absurdo negarles que puedan donar: el título es perfecto. Pero a poco andar, se veían escrituras de donación a terceros. Es decir, se posibilitó la donación simple también a no legitimarios siendo así que sólo estaba en uso la donación a legitimarios. Empero esa recuperación de donación a tercero en la cual no se decía nada sobre el donante, p. ej., que carecía de herederos forzosos, comenzó a chocar con el art. 3955, siendo así que continuaba con fuerza el plenario Escary c/Pietranera. La norma civil funda la imperfección de la donación a tercero porque no se puede saber si el donante tiene o no herederos sino a su muerte.

Se creó un problema real: observación por la reivindicación “posible” de un heredero “posible” (que no era “posible” conocer ahora).

La cuestión deviene de que las normas sucesorias también son de orden público, no modificables por las partes e imponen límites rígidos a lo que cada quien puede disponer libremente y lo que no, designando la porción que a cada heredero forzoso toca según la ley, porción que denomina “*legítima*”. Lo que transmitió Luciana Emerencina Constancio a los hijos de su ex cónyuge fueron 2/12, (6/12 quedaron a los hijos por mitades luego del fallecimiento de su madre; los otros 6/12 se repartieron por capitación al fallecimiento de Leiba Bach, 2 a cada hijo y 2 a la tercera esposa y cedente). De la cesión no surge que la cedente hubiese, o no, tenido ni hubiese declarado, o no, tener herederos forzosos. Sí en cambio, Leiba Bach, en la cláusula segunda de su testamento ya citado y otorgado cuatro meses antes de su fallecimiento, expresa que de su primer casamiento nacieron sus dos hijos aquí comparecientes; luego, su primera viudez; su segundo matrimonio del que no hubo descendientes y postrer al fallecimiento de su segunda cónyuge, el tercer matrimonio ahora con Luciana Emerencina Constancio –ésta en segundas nupcias, conforme declara en la cesión–, de cuya unión ocurrida el 3.6.1985 tampoco hubo descendientes.

La Libreta de Familia 297.905 no presenta nacimientos de esta última unión. Por cierto que nacida en 1913, al tiempo de su segundo matrimonio, Constancio tenía 72 años y Leiba Bach, nacido en 1902, contaba con 83, lo que hace naturalmente improbable –al menos al día de hoy– que vivieran los padres de la primera ni que tuvieran descendencia de este segundo y tercer ma-

trimonios respectivos. Pero Constancio había tenido un matrimonio anterior, incluso podría haber adoptado, no tenemos la disponibilidad de su Libreta de Familia del primer matrimonio; también podría haber tenido hijos naturales. De modo que por esta vía no llegamos a cerciorarnos de que no dejase herederos forzosos.

El estado de la cuestión nos enfrenta entonces a la duda sobre tal posibilidad, de modo que eventuales legitimarios desconocidos pudieran perturbar la propiedad de los aquí vendedores o del comprador, incluso en el futuro.

Las acciones sucesorias. Citando nuevamente a mi padre, dice que “*Borda sostiene la reivindicación y que no hay lógica o equidad capaz de explicar por qué los extraños deben restituir en especie y los herederos en valores. A la inversa, la Reseña 3/97 (27/29) de la Academia Nacional del Notariado, afirma no captar cómo la acción para proteger la legítima sea de carácter personal entre herederos y reivindicante para con terceros. Ambas se fundan en el artículo 3477*” (Gattari, *op. cit.*, p. 14; Borda, Manual, pp. 619 y 622, 1997, 13ª edición).

En lo que toda la doctrina y jurisprudencia están contestes es en que de todas las acciones sucesorias, la única disponible para el heredero contra el tercero donatario no legitimario es la de reducción. Así, específicamente el artículo 1832 dispone que “*La reducción de las donaciones sólo puede ser demandada: 1º) por los herederos forzosos que existían en la época de la donación...*”. Vélez Sársfield nos facilita aquí la selección de la acción sucesoria precisa, indicándonos que contra la *donación inoficiosa* la acción pertinente es la de reducción. También doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que la prescripción de esta acción opera a los diez años de la muerte del causante (artículos 3955 y 4023). “*Según lo dispone el artículo 4023 del Código Civil y su nota que aclara en las acciones comprendidas ‘el derecho para pedir la legítima que corresponde por ley’, así como la jurisprudencia lo ha declarado y la doctrina que lo reafirma, el plazo es de 10 años, que comienza a correr desde la fecha del fallecimiento del causante*” (Héctor Roberto Goyena Copello, Las acciones en el juicio sucesorio, Astrea, 1987, p. 323; en el mismo sentido, C. N. Civ., Sala A, 21.9.69, LL., 141-621, 25.178-S; C.1ª Civ. Com. y Minas San Juan, 7.10.77; LL., 1978-B-72; JA, 1978-III-3; Fornieles, Tratado, t. II, nº 119, p. 117).

Borda, al referirse a la prescripción de esta acción (Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, tomo II, p. 159), explica que “*.. la nota al artículo 4023 cita la acción de reducción entre las que prescriben por 10 años; y el artículo 3955 dice que el plazo para la prescripción de esta acción corre a partir de la fecha del fallecimiento del causante. Ahora bien: si el codificador la hubiera concebido como acción real, no hay prescripción, puesto que esta acción es perpetua como el dominio que protege. Si el artículo 3955 –deduce Borda– señala un comienzo del plazo de prescripción, es porque se trata de una acción personal. Esto sentado, es indiscutible que el plazo de prescripción es de 10 años*”.

Ahora bien: Constancio otorgó la cesión el 3.4.1987 reservándose el usufructo vitalicio de la finca aquí en venta (folio 103v, renglones 38 a 45). Posteriormente, el testimonio librado el 30.6.1995 en la sucesión de Leiba Bach in-

forma que por auto del 23.11.1994 se dispuso que “*Encontrándose debidamente acreditada con la partida de foja ochenta y seis la defunción de Luciana Emerencina Constancio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo dos mil novecientos veinte del Código Civil se declara extinguido el usufructo efectuado a su favor. Claudio Ramos Feijóo, Juez*”.

Remitiéndonos entonces a la partida de defunción de la cedente, resulta que ésta ocurrió el veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y uno (22.9.1991) anotándose en Tomo 2ºT, número 1591, año 1991, el 23.9.91 de donde deviene comprobado que al día de hoy, y por el transcurso del plazo previsto en el artículo 4023, sin perjuicio de la inexistencia de otros bienes (ver testamento de Leiba Bach, cláusula tercera, folio 122v; de la cesión no surge la existencia de otros bienes, artículo 1831) **ni siquiera los herederos forzosos que aquélla hubiera podido tener, tienen derecho a reclamo que importe la reipersecución** de los derechos donados sobre el inmueble en la cesión de maras. Agrego partida de defunción.

Un último argumento. Si bien con lo ya dicho entiendo que existen razones suficientes para admitir la perfección del título, desde otra fuente totalmente diversa y *sujeta a la comprobación de los hechos* pero con intensa presunción de ellos, ahora que disponemos de estos datos, podemos también concluir que los vendedores podrían resistir cualquier acción de un eventual heredero forzoso –que aun cuando presumimos incluso por las edades de los comprometidos en el asunto que no lo hay, no podemos asegurarlo pues importa la prueba de un hecho negativo–.

El 22.9.1991, el usufructo se extinguió por deceso de la cedente (artículo 2920) y en ese momento los nudos propietarios adquirieron la posesión de la cosa, sin perjuicio de la inscripción en 1995 de su cancelación del usufructo por orden en el sucesorio de Leiba Bach. Los aquí vendedores, a mi pregunta, declaran que desconocían hasta hace unos pocos días las dificultades que sus títulos entrañaban y se sentían muy seguros de ellos por haber sido obtenidos mediante la intervención de notarios, abogados, fiscales, jueces y registro de inscripciones, lo que no les sugirió lugar a dudas de su calidad y perfección (*buena fe adquisitiva*); detentaron la posesión de los locales desde el fallecimiento de su padre (1986), y la de la casa incluida en la finca que se enajena, desde el fallecimiento de Luciana Emerencina Constancio (1991), entonces y hasta ahora en forma pública, ininterrumpida y pacífica pudiendo incluso sumar a sus más de diez años de posesión continua, el justo título (artículo 4010) que requiere el artículo 3999, título del que 10/12 (diez doceavos) les correspondieron por sucesión y los otros 2/12 (dos doceavos), por la cesión de derechos que precisamente constituye ese justo título (*Gattari, op. cit., p. 55; “ALBORNOZ, Ana Cristina c/NEWMAN, Olga s/desalojo por falta de pago”, ED, 194-642, Cám. Nac. Civ. Sala J, 3.5.2001, Internet, www.microjuris.com.ar interno 51.119, por aplicación contrario sensu de los hechos y resolución del caso en tanto la inquilina opuso la adquisición por prescripción veinteñal. “El usufructo se extingue por la muerte del usufructuario... conforme... art. 2920... quedando consolidado*

el dominio en la persona del nudo propietario... tal como lo prescribe el artículo 2929... No resulta posible acumular acciones relativas al dominio o usucapión, no pudiendo discutirse la posesión del bien tampoco, en los juicios de desalojo... La actora ha acreditado la propiedad plena de la unidad y como consecuencia de esa sola condición, ha acreditado su derecho a recuperarla de manos de terceros –salvo que éstos ostenten a su vez un título que les dé derecho a mantenerse en la ocupación–, el que no fue probado en modo alguno por la demandada).

Aun si quisiera oponerse precisamente como aporía el argumento de que si la cedente no tenía herederos la usucapión corta no habría sido oponible puesto que la herencia habría devenido vacante, debe siempre recordarse que **en el caso la trasmisión no lo fue por vía sucesoria, sino que ocurrió previamente y por donación, por acto entre vivos**, antes del fallecimiento de la cedente que eventualmente no tuvo herederos; que fue sobre una porción de la indivisión y que el título a la posesión de la cosa –aún retenido por la cedente el usufructo parcial–, se adquirió antes de su fallecimiento (artículo 4003); que más se comporta como una carga testamentaria que como cesión propiamente dicha, si unimos el contenido del testamento de Leiba Bach, su deseo de reservar la casa a su tercera cónyuge pero aun así, asumiendo los costos de impuestos, tasas, consumos de servicios, contra la norma del 2894, que establece estas cargas como obligaciones del usufructuario, lo que revela su sentido más bien de carga impuesta a los hijos en favor de la viuda, que de típica retención del derecho real de usufructo. Que la trasmisión haya sido por donación, el título a la posesión adquirido antes del fallecimiento de la cedente, la posesión de la cosa indivisa (10/12) recibida al tiempo del fallecimiento de Leiba Bach (artículo 3410), y la restante integrada inmediatamente luego del fallecimiento de Constancio (2/12) por extinción del usufructo (artículo 2920), nos elimina sin hesitación alguna, la eventual duda contraria a las que hasta ahora hemos venido desarrollando: Qué ocurriría si Constancio no hubiera tenido hijo alguno, dándonos la seguridad de que no cabe ningún planteo de herencia vacante, que el estado no ha podido adquirir *ipso jure* (artículos 3588 y 3589) y que la posesión continua, pacífica, pública y con justo título y buena fe, confirman desde el ángulo de la relación fáctica entre los sujetos y la cosa, el justo título. Razones todas por las cuales concluyo que el título es hoy perfecto, y procedo en consecuencia a autorizar esta escritura. LEO esta escritura a los otorgantes, quienes la firman ante mí, doy fe.