

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

*ANÁLISIS DE LOS TÍTULOS PROVENIENTES DE DONACIÓN Y DACIÓN EN PAGO(\*) (184)*

ALBERTO F. JULIANO y LUIS ROGELIO LLORENS

**SUMARIO**

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

I. De donación. 1. Introducción. 2. Acción de colación y reducción. Concepto y diferencias. 3. Validez del título proveniente de donación. Donación inoficiosa. 4. Alcance de la acción del heredero forzoso en defensa de su legítima. 5. Conclusiones. II. De dación en pago. 1. Antes de la reforma de la ley 17711. 2. Reforma al artículo 1051 del Código Civil.

**I. DE DONACIÓN**

**1. INTRODUCCIÓN**

A. A modo de advertencia: Hace ya varios años, en 1976, en la Jornada Notarial Bonaerense que se celebró en San Martín, se trató el tema. Allí redactamos un estudio junto con los colegas Ema Beatriz Ferrari, Claudio A. Solari del Valle y José Osvaldo Carral. Fue el que sirvió de base para el que presentamos el mismo año en la Jornada Notarial Argentina de Mendoza. Luego, una síntesis de este último, fue publicada en el tomo 78 de la revista El Derecho, pág. 843(1)(185).

Hoy el tema vuelve a ser tratado en la "XII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal", y en este aporte tratamos de volcar argumentos que son producto de la decantación de algunas ideas. Sin embargo, para facilitar la lectura a aquellos colegas que por primera vez conocen nuestra opinión, partimos en la redacción del presente comentario del que fue publicado en la revista El Derecho.

B. La inquietud sobre el tema surgió previamente a la mencionada Jornada Notarial Bonaerense entre un grupo de escribanos, entonces nuevos en la profesión, que advertíamos que el legislador había previsto la forma escritura pública para las donaciones de inmuebles, y que, sin embargo, como instituto era resistido, al parecer, víctima de un malquistamiento gremial no muy razonable.

A poco que se avanza en el estudio de la materia se advierte que esa prevención del notariado frente a la donación proviene de la interpretación dada por una vieja jurisprudencia a un artículo del Código Civil -el 3955- y de la misma interpretación que efectúan algunas asesorías jurídicas bancarias, por lo general oficiales, más proclives a evitar dificultades que a buscar la verdad objetiva.

Nosotros partimos de la experiencia cotidiana, y, a veces, dolorosa, de algunos colegas que aceptaron se simulara como compraventa alguna donación, y se encontraron, entre otros con estos inconvenientes: a) que se transformaron en bienes gananciales los que eran propios; b) que no existía posibilidad de revocar la donación en caso de ingratitud (art. 1858, Cód. Civil ); c) que el adquirente no podía, fiscalmente, justificar el origen del dinero con el que había efectuado la compra.

Buscamos desde el principio, y seguimos buscando, que la doctrina notarial, y jurídica en general, proceda a un replanteo del problema, acorde o no con nuestra posición, pero que, en definitiva, profundice el estudio de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

un punto de singular trascendencia en nuestro ordenamiento civil, y que fue largamente olvidado.

Sin embargo, luego de siete años, poca es la tinta que ha corrido sobre este tema. Sólo podemos decir que un dictamen del doctor Miguel Norberto Falbo, como presidente del Instituto Argentino de Cultura Notarial, ha venido a ser un importantísimo sostén de nuestra posición.

La objeción planteada añejamente sobre la bondad de los títulos emanados de donación, proviene de la naturaleza jurídica real que, a nuestro entender, erróneamente se ha adjudicado a la acción de reducción. Por ese motivo iniciamos el estudio conceptual de dicha acción y su diferenciación con la acción de colación.

## **2. ACCIÓN DE COLACIÓN Y REDUCCIÓN. CONCEPTO Y DIFERENCIAS**

Con frecuencia se las confunde. "La colación es la obligación que incumbe al heredero forzoso, que concurre con otros herederos, de computar en la masa partible el valor de las donaciones que el causante le hubiese hecho en vida e imputable a su propia porción"(2)(186). La acción de colación, pues, es la que compete al heredero forzoso contra sus coherederos a efectos de igualar las porciones(3)(187). Dicho derecho puede ejercerse en dos formas: a) trayendo a la masa en especie los bienes que se recibieron por donaciones hechas por el causante; es el sistema llamado de la colación real; b) computando los valores de las donaciones hechas, como anticipo de herencia. Este es el sistema adoptado por nuestro Código Civil, denominado de colación ficta (art. 3477)(4)(188).

La característica que distingue al heredero forzoso o legitimario, es la de tener asignada por la ley una porción, que no puede serle quitada, ni aún por la voluntad del causante, sea por acto entre vivos (donación), o mortis causa (institución de herederos o legados). Este concepto debe distinguirse claramente del de heredero legítimo, que es el que es llamado por la ley a la sucesión del causante. O sea, todos los herederos forzosos son legítimos, pero no todos los legítimos son forzosos, o legitimarios.

La porción que la ley le asigna al legitimario, se denomina "legítima". A su vez, la acción de complemento o reducción es la que compete al heredero forzoso para defender su legítima(5)(189).

De lo expuesto surgen dos claras distinciones: 1) en cuanto a su finalidad: la de colación tiene por objeto igualar las porciones, en tanto la de reducción apunta a la intangibilidad de la legítima; 2) en cuanto a la imperatividad: la acción de colación puede ser dispensada por testamento del causante(6)(190), no así la de reducción, atento el carácter de orden público de la legítima.

Advertimos pues, las diferencias conceptuales y prácticas entre ambas acciones. Debemos destacar un aspecto que, aunque aparentemente obvio, no ha sido siempre debidamente valorado por la doctrina: ambas acciones son independientes. Esto es, quien las detenta puede ejercitar una u otra, o ambas en forma simultánea o sucesiva; de ahí que, como veremos, nos parece desacertada la opinión de quienes, siguiendo a Salvat, estiman

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

que entre coherederos se da la acción de colación, sin advertir que también puede ejercitarse la de reducción. Y en algunos casos (v.gr. dispensa de colación), será imprescindible ejercitar la acción de reducción, pues será la única acción subsistente(7)(191).

### **3. VALIDEZ DEL TÍTULO PROVENIENTE DE DONACIÓN. DONACIÓN INOFICIOSA**

El tema constituye el núcleo del problema planteado. Su dilucidación apunta a responder el siguiente interrogante: ¿La acción de reducción que compete al legitimario por haberse afectado su legítima por una donación inoficiosa es de carácter real o personal? ¿Tiende a la obtención de un valor o apunta a la restitución del inmueble objeto de la donación al acervo hereditario?

Si la acción es restitutoria, los títulos transmisivos de dominio cuyo marco formal esté constituido por una donación no serán perfectos, dado el alto margen de inseguridad que acarrearían; si, en cambio, es personal, el título será inobjetable, válidos por ende los derechos de los terceros que contraten con el titular de dominio (donatario o su sucesor a título universal o singular), sin perjuicio de los alcances de la acción personal, que veremos más adelante.

La concepción que califica la acción como real, produjo la práctica de reemplazar la donación por la venta, buscando la conciliación entre una realidad cotidiana (las transmisiones de dominio de padre a hijo) y su divorcio con la interpretación tradicional.

La interpretación del art. 3955 del Cód. Civil, destaca cuatro corrientes: a) la que entiende que la acción es personal o real según se la ejerza contra coherederos o terceros; b) la que sostiene que la acción es real; c) la que estima que se trataría de una especie de acción mixta; d) la que afirma que la acción es siempre personal.

Veámoslas:

#### **a) Posición que distingue el alcance de la acción según se trate de donación a herederos forzosos o a terceros**

La idea central que aglutina a los autores que sustentan esta posición es la siguiente: a) la acción de reducción es reivindicatoria por aplicación del art. 3955 del Cód. Civil; b) la acción de colación es personal por aplicación del art. 3477 del Cód. Civil; c) cuando la donación es a terceros, compete al legitimario una acción reivindicatoria (acción de reducción del art. 3955); en cambio, si la donación es a herederos forzosos, la acción a ejercerse será la de colación, que tiene carácter personal; d) implícitamente, surge de lo antedicho que no hay acción de reducción entre coherederos.

En este sentido se manifiesta Salvat(8)(192), quien argumenta: 1) Si la donación fue hecha a terceros, procede la reivindicación: a) porque el código, al darle a los legitimarios el ejercicio de la acción, no establece limitación alguna en los derechos; cita en apoyo el art. 1831; b) porque si bien en materia de colación, ésta recae sobre "valores dados" por el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

difunto, debe observarse que ésta es la única forma de hacer efectiva, según afirma, la integridad de la legítima; c) porque está expresamente reconocida en el art. 3955.

2) Si la donación fue hecha a herederos forzosos es improcedente la reivindicación, pues, el código otorga al legitimario la acción de colación que recae sobre valores dados. Agrega: "los bienes donados en las relaciones con los herederos del donante, no están ya en el patrimonio de éste, al tiempo de su muerte, y no será posible reconocerles por consiguiente la acción de reivindicación contra los terceros poseedores de ellos". Destacamos este párrafo, pues advierte el eximio maestro la dificultad que plantearía la reivindicación de una cosa que ya no está en el patrimonio del reivindicante; y nos preguntamos: ¿por qué entonces será posible ejercer la acción en el primer supuesto (donación a extraños)? ¿Acaso aquel inmueble no ha salido también en el segundo supuesto del patrimonio del donante?

Fornieles(9)(193) apoya la opinión de Salvat argumentando: "si el monto de la donación no excede de la porción disponible, se colaciona, pero si la sobrepasa se reduce".

Crítica: Creemos que los argumentos sustentados se reducen al del art. 3955. En efecto, el art. 1831 sólo enuncia la posibilidad de pedir la reducción, sin caracterizar de qué tipo de acción se trata. El argumento segundo carece de peso, pues creemos que lo importante no es en última instancia asegurar los derechos de los legitimarios, sino la certeza del tráfico inmobiliario, y que aún cuando no se comparta nuestra opinión, es de advertir que se trata de una cuestión que no hace a la estricta interpretación de los textos legales.

La distinción que hace respecto al alcance de la acción según que la donación se hubiere hecho a herederos forzosos o a terceros, carece de sustento legal pues no hay norma alguna que establezca que no puede ejercerse la acción de reducción entre coherederos; más aún, en ciertos casos como el del art. 3604, y en el supuesto de partición por donación, puede carecer el heredero de acción de colación, pero en cambio nunca puede ser privado, ni aún renunciar a la de reducción por estar comprometido el orden público en la protección de la legítima.

La opinión de la que nos ocupamos está avalada por un fallo de las Cámaras en pleno de la Capital Federal, recaído en autos "Escary c/Pietranera, s/escrituración"(10)(194). El caso planteado fue el siguiente: el actor demandó por escrituración al comprador, quien se negó a hacerlo en virtud de entender que el título de aquél no era perfecto pues provenía de una donación que le había hecho un tercero, sujeta, a su entender a reivindicación.

La Cámara resolvió, por cinco votos contra cuatro, que cabía razón al demandado. El voto de la mayoría (doctores Giménez Zapiola, Zapiola, Pico, de la Torre y Basualdo) se fundamentó en el art. 3955; la minoría (doctores Helguera, Williams, Juárez Celman y Arana) se pronunció en favor de la actora atento el carácter personal de la acción, en base al art. 3477 y

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

particularmente su nota.

Es conveniente notar ciertos detalles del caso, dado que quienes adhieren a esta posición, suelen traerlo como el argumento final de la discusión. Sin desconocer la trascendencia que en nuestro ordenamiento jurídico tienen los fallos plenarios, observamos que el Juez, al aplicar la doctrina de ellos, no lo hace en forma automática, sino previa verificación de que los presupuestos fácticos y legales del caso son coincidentes.

Por tanto es importante tener en cuenta: a) Que no fue el caso tratar sino incidentalmente la acción de reivindicación. Si se hubiese planteado la cuestión en forma directa, tal vez pudo haber sido otro el criterio de los jueces, atento el conflicto normativo que plantea el art. 3955 y el 3270(11)(195). b) Que del propio título surgía la preterición de un legitimario (en el caso, una hija del donante), lo que, en cualquier posición que se sustente, es suficiente para otorgar razón al comprador en su negativa a escriturar. Esta circunstancia curiosamente se destaca en el voto del doctor Basualdo, que es quien define la votación. Creemos que pudo haber sido distinta la resolución si en el caso no hubiesen existido detalles fácticos que, como el destacado deben haber inclinado el parecer del juzgador, incluso por razones obvias de un estricto sentido de equidad. c) que el propio fallo no agota los argumentos, según lo veremos y que debe tenerse en cuenta que posteriormente ha habido una reforma de nuestra ley civil que trae consecuencias en el tema que nos ocupa.

No queremos finiquitar el tema sin hacer referencia a la interpretación dada a la cuestión por el Banco Hipotecario Nacional. En primera instancia, por dictamen del asesor doctor Cirven, el banco se pronunció en favor de la posición comentada, por análogos razonamientos a los ya criticados; muchos años después, el criterio se modificó por nuevo dictamen de fecha 18 de junio de 1974, que aceptó la bondad de los títulos instrumentados por donación, sea a herederos forzosos o a extraños, por entender que la acción de reducción es personal. Recientemente, en base al dictamen del doctor Falbo como Presidente del Instituto Argentino de Cultura Notarial, que ya mencionamos, el Banco Hipotecario Nacional ha ratificado su aceptación de los títulos emanados de donación.

**b) Posición que sostiene que la acción de reducción es real**

Es la sustentada por el doctor Borda(12)(196). Entiende que la acción de reducción se ejerce siempre en especie; por tanto es real, rei persecutoria, sea que la donación se haya hecho a herederos forzosos o a terceros. Niega incluso la posibilidad sostenida por otros autores(13)(197) de que el donatario pueda pagar en dinero lo que falta para completar la legítima, por entender que se desvirtúa el sistema legal que quiere que la división del acervo se haga en especie. Cita en apoyo los arts. 1831, 3955 y 3601, que dispone: "las donaciones que mengüen la legítima de los herederos forzosos, se reducirán a solicitud de éstos, a los términos debidos".

Acota que, de la norma del art. 3536, que autoriza a pedir la rescisión de la partición hecha por el causante, cuando ella afecta la legítima, surge que, ejercida la acción, se produce la nulidad de la partición, quedando los

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

bienes en estado de indivisión, y debiendo procederse a una nueva partición. Que por tanto, si aquí la acción es ejercida en especie, ¿por qué pensar que tendría que ser distinto en otros casos?

Agrega que no se ve por qué distinguir el alcance de la acción según que el demandado sea un heredero o un tercero.

Finalmente destaca que de la norma del art. 3602, luego de la reforma de la ley 17711 (por la que los valores de las donaciones se fijan al momento de la apertura de la sucesión), surge que el problema, en virtud de su escaso interés económico, ha perdido trascendencia.

Crítica: Pensamos que este jurista trae una correcta reflexión que compartimos plenamente: no se ve por qué motivo legal o extrajurídico debe distinguirse el alcance de la acción, según se la ejerza contra un heredero forzoso o un tercero.

No compartimos, en cambio, los aspectos sustanciales de la posición por los siguientes motivos:

a) La reflexión del autor sobre la reforma del art. 3602 trae un acierto: en tiempos de hiperinflación(14)(198) la ausencia de esta norma traería apareada una total desprotección de los legitimarios. Pero el verdadero problema no radica allí, sino en la determinación del alcance de la acción. En efecto, de nada vale establecer una acción que por su capacidad destructiva potencial, produce como efecto que la donación se haya dejado de utilizar como título transmisivo del dominio, siendo reemplazada por la venta simulada, con lo que el legitimario ha quedado privado de toda defensa y en cambio, el donatario (comprador) ha debido adquirir el inmueble como bien ganancial (si era casado) con todas las secuelas que esto implica.

b) La referencia al art. 3601 no resulta del todo feliz, pues la reducción "a los términos debidos" parece referirse más al valor de la cosa que a la cosa misma. A su vez, el art. 3600, reafirma lo expuesto, al referirse al "complemento" de la legítima. No se ve cuál sería el interés del legitimario que recibiera la diferencia en dinero efectivo u otros valores de conformidad, de insistir en su acción reivindicatoria. El interés es la medida de la acción. Cese el interés y deténgase la acción.

Se podría argumentar que este artículo, el 3601, alude al referirse a reducción, no a la acción en su concepción técnica, sino simplemente a la merma que debe sufrir el donatario en favor del legitimario preterido; que, por tanto, no debe tomárselo en su interpretación literal. Creemos que el argumento carece de validez, pues no hay razón para pensar que el codificador se haya equivocado en estos artículos (que curiosamente se conjugan armoniosamente con todo el sistema), y no en el 3955 (que, en cambio, aparece como un cuerpo extraño al mismo) . Y nótese que aún quienes no comparten nuestra posición, destacan que "lamentablemente" el art. 3955 no da lugar para otra interpretación que la que sustentan, lo que implica el reconocimiento tácito de que este artículo es el que no se compatibiliza con el resto del ordenamiento legal (por lo menos, en la posición interpretativa que asumen).

c) En lo relativo al aserto que hace el autor acerca del art. 3536, tampoco

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

nos parece válido, pues es nuestra opinión que la nulidad de la partición no produce la nulidad de la donación(15)(199). Por tanto, no se retorna a un estado de indivisión, sino que se produce una redistribución de valores por ejercicio de la acción de reducción.

d) Nos queda finalmente la crítica a la interpretación que da al art. 3955, que la haremos al fundamentar nuestra opinión.

**c) Posición que sostiene que la acción es mixta**

Tiene su origen en la doctrina francesa. Allí Laurent(16)(200) sostiene que la acción de reducción es real, y considera que la donación inoficiosa es nula, pues se ha dispuesto de lo que no se podía, dado que la legítima es un derecho que nace de la ley y no de la voluntad del causante; otro sector de la doctrina francesa afirma que la acción tiene en principio carácter personal, pero si el inmueble hubiese sido enajenado por el donatario, el legitimario tiene una acción real para perseguir al tercero(17(201)). En nuestro derecho se manifiesta en igual sentido Ovsegevich(18)(202), quien destaca: "Por ello coincidimos con los autores que siguiendo la doctrina predominante en el derecho francés, sostienen que en nuestra legislación la acción de reducción es una acción personal de la que puede provenir una acción real."

Comparte su opinión Maffía (19)(203), quien siguiendo a Guastavino hace el siguiente razonamiento: a) La reducción implica una aglutinación de acciones; b) toda donación lleva implícita la condición resolutoria de resolverse el dominio si aquella resulta inoficiosa; c) la acción del legitimario es personal; pero triunfante su pretensión, se abre para él una acción real que le permite recuperar los bienes de cualquier mano en que se hallen; d) de allí que Vélez Sársfield en la nota al art. 4023 ubique la acción entre las personales.

Crítica: Conforme lo sostiene Vélez Sársfield, no existen en nuestro código acciones mixtas(20)(204). Por tanto, carecería de operatoria, por falta de previsión legal, cualquier acción que se intentara en tal sentido.

Creemos que esta acción no se compadece, así tipificada, con los arts. 3600 al 3602, ni con el art. 3955, que en ningún momento presuponen la resolubilidad del dominio, ni con el art. 4023 y siguientes que se refieren a los términos de la prescripción.

Tampoco estimamos acertada la posición al caracterizar el dominio originado en una donación como resoluble, por lo siguiente:

a) En nuestro ordenamiento legal la resolubilidad debe surgir directa o indirectamente del título o de la ley. En efecto, pueden las partes pactar la transferencia del dominio sujeta a condición (art. 528) y en tanto no se trate de condiciones prohibidas (arts. 530, 531). En materia de condiciones legales(21)(205), éstas deben resultar expresas de la ley, sea que las establezca en forma directa o indirectamente. Del primer caso, tenemos un ejemplo en el art. 2924 que manda la pérdida del usufructo por el no uso durante diez años; o sea, todo usufructo lleva la condición implícitamente impuesta por la ley de resolverse si no es usado el fundo durante diez años por el usufructuario(22)(206). Del segundo, el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

código trae innumerables ejemplos. De ellos veremos los atinentes a las donaciones.

En esta materia la ley utiliza el segundo sistema a través del art. 1848 que dispone que "la donación aceptada sólo puede revocarse en los casos de los artículos siguientes". Luego explicita los casos en que puede ejercerse la revocación. En todos ellos regula los efectos que indirectamente producen la resolución del dominio.

b) En materia de donaciones no sólo no existe condición implícita (que insistimos no existe en todo nuestro código), sino que la propia ley determina expresamente en qué casos procede (arts. 1849/50). Y en particular, en materia de inmuebles, determina específicamente que las cargas deben surgir del título para que la revocación por incumplimiento afecte a terceros (art. 1855), no produciendo ese efecto la revocación por ingratitud (art. 1858).

Justamente opuesto es lo establecido por el Código Civil francés, del que esta corriente toma la idea<sup>(23)</sup>(207).

c) Esta posición no puede superar el obstáculo común a la que sostiene que la acción es reipersecutoria de explicar cómo se operaría la resolución parcial en los casos de los arts. 1825 y 1827 (donaciones con cargo y remuneratorias). Nos remitimos a la crítica ya expuesta.

d) No se concibe que Vélez señale en la nota al art. 3477 que la donación fue un contrato que transfirió el dominio de las cosas, haciendo expresa mención de la diferencia de nuestro sistema con el francés, y que, contrariamente, legislara la transmisión de dominio por donación como sujeta a condición.

e) El art. 3516 establece que el dominio se transmite irrevocablemente en la partición por donación. Empero los legitimarios mantienen incólume la acción de reducción (conf. art. 3536). Por tanto esta acción no puede tener origen en condición implícita alguna; y así es, pues la acción nace de la protección que el código da a la legítima. Como veremos, la única forma de compatibilizar el aparente contrasentido es interpretar que la acción de reducción es de carácter personal.

Y no se diga que basta la mención de la acción en el art. 3955 para que ésta tenga vida, pues para ello el propio artículo tendría que prever todo su régimen, cosa que no sucede.

Obviamente la acción es personal, como lo advierten los autores que sustentan la posición que estamos estudiando, y sus efectos también corresponden a aquella característica. El intento de darle carácter real a los efectos de una acción personal cae por definición.

Creemos que el origen del error estriba en tratar de proteger al legitimario de la aparente indefensión que la falta de una acción reipersecutoria aparearía. Doble error, pues, por un lado, según hemos referido, la realidad ha demostrado que esta concepción ha desprotegido al mismo al reemplazarse, en la práctica, la donación por la venta; y por otro porque, según veremos, el código estructura la defensa del legitimario a través de diversas normas, armonizándola con el interés general y la protección del tráfico inmobiliario.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Finalmente destacamos algunas situaciones que aparecen insolubles (o con soluciones realmente inquietantes) en las posiciones criticadas, las que en cambio, se resuelven adecuadamente en la que sustentamos:

a) Caso del usurpador simple: Si la acción de reducción tiene por objeto que el adquirente del donatario lo restituya a la masa para que los herederos se cobren con él o su producto, bastará que el demandado haya sido desposeído por un simple usurpador (o simule serlo), para que la acción no prospere, atento el texto del art. 3955, que la limita a los adquirentes. En este caso, si seguimos la posición que fundamentaremos, no habrá problemas, pues la suerte del inmueble no afecta al crédito del legitimario.

b) Estudio de títulos: Actualmente se realiza por veinte años (término de prescripción adquisitiva). ¿Quién puede asegurar que en el lapso anterior no exista una donación y que los legitimarios tengan acción de reducción dado que la prescripción de a misma se opera desde la muerte del causante-donante?

c) Si la acción es real, difícilmente se puede asegurar que algún título pueda estar exento de sufrir una acción reivindicatoria, con lo que el tráfico inmobiliario quedaría sumido en la más terrible inseguridad.

Pensamos que solamente a través de darle a la acción carácter personal podremos evitar esa consecuencia.

d) Nuestra posición:

Sostenemos que la acción del art. 3955 no es una acción real, reipersecutoria sobre la cosa, sino una acción personal. Argumentos:

Primer argumento: Concepto de reivindicación:

Vélez Sársfield da el concepto de reivindicación en el art. 2758 que establece: "La acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de las cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica contra aquel que se encuentra en posesión de ella."

Si comparamos los caracteres de la reivindicación con la acción del art. 3955 tenemos que:

a) La acción de reivindicación del art. 2758 es ejercida por el titular de dominio; la acción del art. 3955, en cambio, no es ejercida por el titular de dominio, sino por el heredero legítimo, quien justamente la ejerce contra el titular de dominio.

b) La acción de reivindicación del art. 2758 se ejerce contra aquel que se encuentra en posesión de la cosa; la del art. 3955, en cambio, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación sujeta a reducción, esto es, contra el donatario y sus sucesores.

¿Qué acción "reivindicatoria" es ésta del art. 3955 que se ejerce contra los terceros adquirentes y no contra los que poseen por otro título, p. ej. usucapión?

c) Por otra parte es sustancial diferenciar la acción de reivindicación y la que emerge del dominio resoluble.

La diferencia entre ambas acciones surge de la que hay entre nulidad y resolución. Como enseña Llambías(24)(208) la nulidad de un acto jurídico

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

siempre se produce en virtud de una causa existente en el momento de la celebración. En cambio la resolución se produce por el cumplimiento de la condición o el plazo resolutorios que siempre, por definición, son posteriores a la celebración del acto.

Ante estas dos situaciones el Código Civil confiere diferentes acciones. La acción de reivindicación surge de la nulidad o de la inexistencia de título que se le oponga. Salvat(25)(209) explica al fijar los límites de la acción de reivindicación que la anulación previa del acto originario es uno de sus requisitos. Dice: "a los efectos de poder dirigir la acción de reivindicación contra los terceros adquirentes, es siempre necesario hacer anular el acto originario, es decir, el acto de transmisión de la propiedad viciado de nulidad". Para corroborar ello acotamos que el art. 2778 del Código Civil exige acto nulo o anulado. Sólo habría que agregar el supuesto de falta de título en el reivindicado (arts. 2776 y 2790 del Código Civil).

En el título VII del libro III, Vélez Sársfield trata del dominio imperfecto. Y para los casos de resolución del dominio en el art. 2670 confiere una acción que nada tiene que ver con la de reivindicación. Y observamos que en ningún momento confiere Vélez al "antiguo propietario" acción de reivindicación. Muy especialmente se ocupa de distinguir los dos supuestos en el art. 2664, cuando dice que "el dominio no se juzga revocado cuando el que posee la cosa a título de propietario es condenado a entregarla en virtud de una acción de nulidad, o de rescisión, o por una acción contra un hecho fraudulento, o por restitución del pago indebido" ( que es también un supuesto de nulidad).

Así como no confiere la acción del art. 2670 en los casos de nulidades, rescisión, fraude, o pago de lo no debido, tampoco confiere la acción de reivindicación en los casos de dominio revocable.

Ambas acciones se diferencian también por sus resultados. Veremos, p. ej.:

1) El enajenante que revoca el dominio imperfecto está obligado a respetar los actos de administración del propietario desposeído "como los alquileres o arrendamientos que hubiese hecho" (art. 2670, in fine). No es así en el caso de la restitución de la cosa reivindicada, pues según el art. 2794 "el demandado condenado a restituirlo, satisface la sentencia dejándolo desocupado, y en estado que el reivindicante pueda entrar en su posesión".

2) El titular del dominio que se revoca tiene derecho a los frutos no ya en su carácter de poseedor de buena fe, sino como dueño, conforme con Borda(26)(210). Por lo tanto, este autor le confiere también derecho a los frutos devengados y no percibidos. En cambio, en caso de reivindicación habrá que estar a la buena o mala fe del reivindicado, para ser tratado como poseedor de buena o de mala fe.

Esta distinción la formulamos con el siguiente fin: los autores que estudian el tema y afirman que del art. 3955 surge una acción reipersecutoria tropiezan con este inconveniente: el art. 3955 utiliza la palabra "reivindicación", y como vimos en los argumentos anteriores esta acción no se adapta a la reducción. Pero agregamos aquí: no se adapta a la reducción, sustancialmente, porque es insostenible que la donación inoficiosa sea un

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

acto que entre dentro del terreno de las nulidades, toda vez que la inoficiosidad no puede surgir con el propio acto como se exige para las nulidades. Si la donación es o no inoficiosa resultará del valor que adquiera la cosa donada al tiempo del fallecimiento del causante (arts. 3602 y 3477) y del valor del acervo hereditario (art. 3602).

Por eso, estos autores, como Borda, prefieren hablar de dominio resoluble(27)(211).

Al tratar la posición de los que sostienen que la acción de reducción es mixta (punto "C") ya hemos dado los argumentos por los que creemos que de la donación no surge un dominio revocable. El fundamental de ellos es que en ningún momento la ley establece la resolución para el caso de la donación inoficiosa y menos aún cuando establece los casos en que sí procede (arts. 1849/50)(28)(212).

En esta línea argumental, estos autores pasan de la reivindicación a la resolución sin ningún miramiento, y aún optando por la resolución, como en el caso de Borda(29)(213), siguen pasando una y otra vez de una acción a la otra. Este maestro al tratar de los frutos(30)(214), dice que el donatario es más que poseedor de buena fe, y lo trata de dueño, lo que sería acorde con el régimen de dominio revocable. Sin embargo, poco más adelante(31)(215), sostiene que el tercer adquirente puede ser de buena o mala fe, según que la donación haya sido o no encubierta, para tratar luego del choque normativo entre la acción emergente del art. 3955 del Código Civil y el art. 1051, que se refiere a nulidades. Si fuera coherente con su posición de sostener que el dominio es resoluble no existe colisión posible con el art. 1051, pues el caso está resuelto en el título VII del libro III(32)(216): si la condición surge del título, ésta es oponible a terceros; y si no surge del título no lo es. Entonces Borda no podría nunca llegar a la conclusión a la que arriba(33)(217) de que la donación encubierta es también oponible al tercer adquirente de buena fe (si la donación es encubierta) y a título oneroso(34)(218).

Quienes afirman que la acción del art. 3955 es reivindicatoria, sostienen que ello es necesario, porque si no la legítima no sería ya inviolable. Obsérvese que si se tratase de una típica acción reivindicatoria quedaría desprotegido el donatario cuando la donación fuese de otros bienes que no sean cosas, por ejemplo, derechos hipotecarios, dado que el art. 2762 establece: "no son reivindicables los bienes que no sean cosas..."

De lo expuesto concluimos que la acción del art. 3955 del Código Civil no reúne los caracteres de la acción reivindicatoria.

Segundo argumento: Procedencia de la acción reivindicatoria.

Los arts. 2777 al 2779 determinan con precisión en qué casos procede y contra quién la acción de reivindicación del art. 2758. Veamos dichos artículos:

El art. 2777 establece que compete la acción contra el actual poseedor de buena fe por título oneroso que la hubiese obtenido de un enajenante de mala fe (es decir, enajenante de mala fe más poseedor de buena fe más título oneroso).

Por el art. 2778, la reivindicación compete contra el actual poseedor aunque

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

fuera de buena fe que la hubiese obtenido del reivindicante, por un acto nulo o anulable (es decir: poseedor de buena fe, más acto nulo o anulable) y contra el actual poseedor, aunque de buena fe, que la hubiese de un enajenante de buena fe si la hubo por un título gratuito (es decir: poseedor de buena fe más enajenante de buena fe más título gratuito).

Fornieles(35)(219) tomando este último supuesto razona a contrario sensu. Si la acción compete contra el actual poseedor de buena fe y a título gratuito, no compete contra el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso.

Guillermo Allende(36)(220) llega a la misma conclusión, pero por otra vía: sostiene que en los artículos en estudio están previstos los casos en que la acción de reivindicación procede: por lo tanto, en los demás supuestos no previstos, la acción no procede. Si así no fuese, los artículos que analizamos estarían de más.

Por otra parte el art. 2779 corrobora tal interpretación, cuando establece: "En los casos en que según los artículos anteriores corresponde la acción de reivindicación contra el nuevo poseedor..." Por tanto, si el enajenante es de buena fe, el adquirente es de buena fe y el acto jurídico es oneroso, no corresponde la acción reivindicatoria. Y no corresponde, no por la interpretación a contrario, sino por la más sencilla de que tal supuesto no está previsto entre los que compete la acción(37)(221).

Continuando con la misma línea argumental es conveniente hacer notar lo dispuesto por el art. 2789 del Código Civil: "Si el título del reivindicante que probase su derecho a poseer la cosa, fuese posterior a la posesión que tiene el demandado, aunque éste no presente título alguno, no es suficiente para fundar la demanda." Evidentemente el que demanda por reducción, tiene un título conferido por la ley, al momento de la muerte del causante, que es posterior a la posesión que ejerce el donatario, o los terceros adquirentes del bien, que reciben la posesión de este último. Si se tratara de una verdadera acción de reivindicación, como afirman los que pretenden una interpretación literal del art. 3955 del Código Civil, para ser coherentes, ellos deben interpretar también literalmente el art. 2789, y verán entonces que nunca es procedente esa reivindicación.

A este último razonamiento se podría objetar que si la transmisión de dominio del donatario al tercero se formalizó luego de la muerte del causante, el tercer adquirente es poseedor desde fecha posterior al título del heredero preterido. Este argumento tendría fundamento en la nota de Vélez Sársfield al art. 2354 que dice: "La posesión que ha comenzado en su persona le es propia y no la continuación de su autor." Sin embargo, continúa el codificador: "Es verdad que el sucesor singular puede unir a su posesión la de su autor (en este caso, el donatario), y cuando la une, no puede hacerlo sino con sus cualidades y sus defectos; pero como sólo es una facultad, puede o no hacer uso de ella." Para rebatir este argumento, entonces, al tercer adquirente le bastaría con ejercer esta posibilidad y "unir a su posesión la de su autor" (el donatario-enajenante).

La seguridad jurídica de los terceros requiere que la enumeración de los casos en los cuales la reivindicación procede sea taxativa. Obsérvese que

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

en ningún caso se menciona la acción que nos ocupa entre las posibles acciones reivindicatorias. No es imaginable tamaño olvido en nuestro legislador.

Tercer argumento: Artículo 3538.

El art. 3538 al referirse a la partición por donación prevé la situación del legitimario al que se le ha adjudicado menos de lo que corresponde por su legítima. Si el legitimario confirma el acto con posterioridad, quedará firme la partición, sin perjuicio de conservar la acción de reducción, que le confiere el art. 3537.

Si interpretamos que la acción de reducción tiene carácter reipersecutorio, llegaríamos al absurdo de que en un mismo artículo Vélez Sársfield da al legitimario cuya legítima se ha visto vulnerada en la partición por donación, la facultad de confirmarla y al mismo tiempo de reivindicar el inmueble.

Si en cambio decimos que la acción de reducción es personal, y no real, nada obsta a que se confirme la partición y que al mismo tiempo se reclame la diferencia de valor de los restantes particionarios.

Cuarto argumento: Artículos 3600 al 3602.

Veamos qué sentido tiene la acción de reducción en estos artículos.

EL art. 3601 nos habla de una reducción a los términos debidos, cuando la legítima de los herederos forzosos se ve menguada por disposiciones testamentarias. Esas palabras "términos debidos" parecen referirse más al "valor de las cosas" que a la cosa misma. El concepto se ve reafirmado por el art. 3600 cuando faculta al heredero forzoso a pedir el "complemento" de su legítima.

Esta acción de reducción o complemento del valor a la cosa, satisface el interés del legitimario que ha visto afectada su legítima y recibe la diferencia en dinero efectivo u otros valores de conformidad; y satisfecho su interés no vemos por qué insistir en una reivindicación.

Por último, el art. 3602 establece que para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios, se agregará el que tenían las donaciones, aplicadas las normas del art. 3477, y este art. 3477 nos habla de valores que deben computarse a la apertura de la sucesión.

Como corolario de lo expresado concluimos que los arts. 3600, 3601 y 3602, en el título de porción legítima de los herederos forzosos, se refieren, los dos primeros, a la reducción, y el complemento de la legítima mediante una restitución del valor de la cosa, y el 3602 al tiempo en que deben computarse esos valores. Por lo tanto, los tres artículos nos hablan de la restitución del valor de la cosa, y no de la cosa misma.

Quinto argumento: Notas a los arts. 3477 y 4023.

Busquemos a través de las citas y notas el pensamiento del legislador.

Se sostiene que la cita de Aubry y Rau en el art. 3955, para los que afirman que la acción es realmente reivindicatoria, aclara el pensamiento de nuestro legislador, confirmando que se trataría de una típica acción real.

Creemos que no es así. Busquemos antes el pensamiento del legislador en sus propias notas, donde lo expone claramente. Así en la nota al art. 3477 expresa: "Decimos valores dados por el difunto y no las cosas mismas,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

como lo dispone el Código francés. La donación fue un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario y éste ha podido disponer de ellas como dueño. . ."

Vemos que para Vélez Sársfield, el dominio de los bienes queda de manera definitiva en cabeza del donatario(38)(222). ¿Cómo podríamos intentar una reivindicación contra el que ha podido disponer de las cosas como dueño?

Nuestra posición es ratificada por la nota al art. 4023, en la que el codificador acota que entre otras, la acción para pedir la legítima que corresponde por ley, no es de carácter real.

Concluimos que el pensamiento del legislador se ve más claro en sus propias notas a los artículos mencionados que en la cita de Aubry y Rau, y que por tanto, la transmisión de dominio es definitiva, y la acción del art. 3955 es personal, por lo que se deben reunir a la masa los valores y no los bienes.

Sexto argumento: Práctica nacida del plenario recaído en autos "Escary c/Pietranera".

La doctrina que hemos criticado, consolidada en el fallo plenario reseñado, produjo por efecto la no utilización de la figura de la donación, que fue reemplazada en la práctica notarial por la compraventa, con el aditamento que en la venta a herederos forzosos se aconsejaba que comparecieran los restantes, a efectos de ratificar el pago del precio cierto en dinero.

Es decir, evitando caer en una renuncia a herencia futura (fulminada por nuestra ley con la nulidad), se preconstituía una prueba para la eventualidad de que alguno de los coherederos planteara la colaboración y se saneaba el título (¿?), pues se entendía que frente a esta manifestación el tercero que contratara con el adquirente, quedaría plenamente amparado.

Realmente no vemos la bondad del camino buscado.

Obsérvese que el bien ingresa en el patrimonio del adquirente (donatario en la realidad, "comprador" en la escritura), por título oneroso, y por lo tanto, si es casado, adquiere carácter ganancial(39)(223), con las consecuencias importantísimas que esto trae aparejado.

¿Cuál es la ventaja que esta operativa otorga a los restantes herederos forzosos? ¿Dónde está el pretendido bastión de la legítima?

No lo vemos, pues una reivindicación no procedería, dado que aún en la interpretación del art. 3955 opuesta a la que propiciamos, sería previo que se intentara la acción de simulación de dudoso resultado (más frente a la comparecencia al acto escriturario del presunto accionante). Y esa acción de simulación podría estar prescripta a la muerte del donante, y nunca alcanzaría al tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, cualquiera sea el alcance que quiera dársele al art. 1051.

Similares conclusiones obtendremos aplicando lo expuesto a la donación a terceros, con el agravante de que la prueba de la simulación será aún más difícil.

¿De qué sirve tener una acción que la práctica de más de setenta años ha demostrado inútil, y que sólo ha generado la inutilización del contrato de donación provocando más daños que soluciones?

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Creemos que mucho más positivo es buscar la armonía de los textos, deslindando claramente y en forma objetiva el alcance de la acción de reducción.

Séptimo argumento: Terminología, ubicación y sentido del art. 3955.

Los autores que sostienen que la acción del art. 3955 es real, reipersecutoria, sobre la cosa, sustentan su posición según lo hemos visto, en que dicho artículo habla de "la acción de reivindicación que compete al heredero legítimo". Tomando el vocablo "reivindicación" en su acepción técnico-jurídica, concluyen que la misma tiene por objeto la restitución en especie de la cosa para que el heredero complemente su legítima con el producto de la misma(40)(224).

El doctor Giménez Zapiola, al fundamentar su voto en el fallo plenario recaído en autos "Escary c/Pietranera", refiriéndose al art. 3955 expresó: "basta este precepto legal para reconocer que la acción existe . . . "(41)(225).

No estamos de acuerdo. No podemos interpretar aisladamente un artículo, y menos aún concluir que por una palabra del mismo, la acción del art. 3955 tenga características que no surgen del resto del cuerpo legal. Se refiere a la acción de reivindicación que compete al heredero contra el tercer adquirente, y establece que no es prescriptible sino desde la muerte del donante; en ninguna otra parte del código se legisla ni se menciona tal acción reivindicatoria, y las referencias que hace el legislador en la nota al art. 3955 aluden a los comentarios de Aubry y Rau del art. 2257 del Código francés que legisla los casos en que no corre la prescripción(42)(226).

Por otra parte, si nos atamos estrictamente al texto del artículo, sin adentrarnos al espíritu del cuerpo legal que rige la figura, concluiremos que la acción del art. 3955 no va contra el donatario y sus sucesores, dado que la norma establece: "la acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes . . ." No olvidemos además, que el artículo que nos ocupa, se ubica en el título de la prescripción de las cosas y de las acciones en general, y no en los que específicamente rigen las donaciones.

El doctor Helguera, al fundamentar su voto en el plenario que hemos reseñado, expresa: "sólo por error se pudo hacer referencia con el art. 3955 a la acción reivindicatoria, pues lo que surge del mismo artículo, concordante con otras disposiciones de la ley, es que se trata de la acción de reducción de las donaciones por afectarse la legítima del heredero"(43)(227).

En fin, creemos que si la acción fuera real y reipersecutoria, el sentido del art. 3955 sería absurdo: una de las características del derecho real de dominio es el de ser perpetuo. Nadie pierde el dominio de una cosa por falta de ejercicio de ese derecho. Sólo se pierde el dominio en el caso de que otro ejercite las facultades del propietario (poseedor animus domini) por un plazo determinado que marca la ley, lo que es cosa muy distinta.

En efecto, para perder el dominio la ley exige que otro ejerza los derechos (prescripción adquisitiva), pero no sanciona con la pérdida de los derechos (análogo a la prescripción liberatoria) por el mero no uso (como en el caso

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

del usufructo, art. 2924).

Obsérvese entonces, cuán absurdo resulta el art. 3955 tomado literalmente al indicar el momento en que comienza a prescribir una acción que no prescribe(44)(228).

Octavo argumento: Artículo 1832, inc. 2º.

Este artículo establece: "la reducción de las donaciones sólo puede ser demandada... 2º Si las donaciones fueren gratuitas, y no cuando fuesen remuneratorias o con cargo, salvo en la parte en que sean gratuitas . . . "

Si sostuviéramos que la reivindicación es en especie: ¿cómo sería posible una reducción parcial, si el bien donado no es divisible?

Si sostenemos en cambio, que la reducción es de valores, puede restituirse el valor correspondiente en los casos que prevé el artículo.

#### **4. ALCANCE DE LA ACCIÓN DEL HEREDERO FORZOSO EN DEFENSA DE SU LEGÍTIMA**

Hemos demostrado, según creemos, que la acción de reducción es siempre personal. En otra oportunidad, o sea el trabajo al que ya hicimos referencia, y que fue publicado en la revista El Derecho, al llegar a este punto hacíamos referencia a la nueva redacción del art. 1051 del Código Civil.

Pero ahora nos parece apropiado tratar de delimitar la acción del heredero preterido en defensa de su legítima frente a los terceros adquirentes de los bienes donados, en base a la normativa que surge de los arts. 961 y siguientes del Código Civil. Nos referimos a la acción de fraude o pauliana. Reconocemos que algunos aspectos de esta acción sólo se adaptan en forma un tanto forzada al caso que nos ocupa. Sin embargo, esas dificultades son inmensamente menores que las que surgen de la aplicación de la acción de reivindicación o de la acción de resolución.

La referencia a la acción pauliana surge como contestación a una pregunta obvia: ¿A qué acción se refiere el art. 3955 del Código Civil cuando habla de accionar contra terceros adquirentes si no se refiere a la acción de reivindicación o a la acción de resolución? No es a la acción de reducción, porque en su operatoria no se ve que pueda ser ejercida contra terceros adquirentes, sino contra los donatarios(45)(229), y además porque el mismo art. 3955 habla de la acción de reducción. No sería correcta la redacción del artículo si sustituyéramos la palabra "reivindicación" por "reducción".

Sostenemos que una interpretación armónica del art. 3955 llevaría a hacernos pensar que Vélez Sársfield en ese artículo nos indica que cuando la donación se ha hecho en fraude de los derechos de los herederos forzosos, la acción contra el donatario y los terceros adquirentes, en la forma y modo establecidos por los arts. 961 y siguientes, no prescribe sino desde la muerte del donante.

En apoyo de la tesis decimos:

- a) Que el art. 961 del Código Civil no efectúa una enumeración taxativa de los casos en los que es aplicable. Todo lo contrario, la nota aclara que

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

la acción se refiere a "todo acto fraudulento en perjuicio de los acreedores". Inclusive protege a los acreedores eventuales(46)(230).

b) Que la acción "es siempre personal"(47)(231) cuya operatoria es aplicable al caso del heredero preterido, y puede ser ejercida aun contra terceros adquirentes gratuitos (art. 967) y onerosos (art. 968) sin perder su naturaleza personal. Ello explicaría la referencia a los terceros adquirentes en el art. 3955.

c) La acción pauliana no tiene por objeto obtener la nulidad de las enajenaciones o la resolución de ellas, sino sólo la declaración de su falta de oponibilidad al acreedor (art. 965). Ello explica que Vélez Sársfield hable en el art. 3516 y en la nota al art. 3477 de una verdadera y completa transmisión del dominio (48)(232).

d) Se explica que el art. 3955 se refiera a una acción contra los terceros adquirentes. Esta acción procederá en los casos en que procede la acción de fraude. Y esta última requiere: existencia de ánimo de defraudar en el enajenante, que se presume por su insolvencia; perjuicio a los acreedores y crédito anterior al acto (49)(233).

Para el caso de que el tercer adquirente lo sea a título gratuito, no se requiere, para la procedencia de la acción, que éste conozca la insolvencia(50)(234).

A estos puntos era a los que nos referíamos cuando decíamos que la acción en algunos preceptos se adapta sólo en forma un tanto forzada. Pero veamos cómo sería: La primera objeción sería que el crédito del heredero preterido sería posterior al acto de enajenación, con lo que no se cumpliría el precepto del art. 962, inc. 3°.

Sin embargo, ya el art. 963 trae una excepción a esa norma. Y además hemos visto que la acción de fraude protege también a los acreedores eventuales. Si bien el heredero preterido antes del fallecimiento del causante no es acreedor eventual, porque creemos que ningún derecho tiene, evidentemente existe un derecho en expectativa. La donación inoficiosa es indudablemente perjudicial a los derechos que le serán devengados, y a ellos tiende a proteger el art. 3955 por medio de la acción pauliana.

La segunda objeción estaría referida al requisito de la insolvencia pues para que la donación resulte inoficiosa no es necesario que el donante llegue técnicamente a la insolvencia.

Como contestación a esta objeción es necesario contestar que este requisito de la insolvencia hay que considerarlo con especial referencia a los derechos protegidos. Esto es: la insolvencia a que se refiere el art. 962, inc. 10, sería la apariencia ostensible de que la donación afecta los derechos a la legítima de los presuntos herederos.

El conocimiento de este extremo en el nuevo adquirente sería lo que haría procedente la acción contra él si su título fuese oneroso(51)(235).

## **5. CONCLUSIONES**

a) La acción de reducción es siempre personal, y el art. 3955 del Código

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Civil se refiere a aquellos casos en que la acción de reducción importa un fraude a los derechos del heredero preterido, en los términos del art. 961 del Código Civil. Esta interpretación surge del juego armónico del articulado de nuestro Código Civil, y puede sustentar seriamente la protección de la legítima, corrigiendo desviaciones que la práctica de largos años ha demostrado que han causado más daños que beneficios, incluso al presuntamente protegido legitimario.

b) Por tanto, son perfectos los títulos de propiedad que tengan su origen en una donación.

c) El legitimario al que se haya vulnerado en su porción legítima por medio de una donación inoficiosa, podrá demandar la restitución del valor en que aquélla se ha visto menguada. Su acción podrá ser ejercida contra el donatario, sus sucesores universales, los singulares a título gratuito (art. 967) y aun aquellos a título oneroso si se probare su mala fe, esto es, la intención del donante de defraudar a sus herederos y que el tercero haya sido cómplice en el fraude (art. 968). Todos son solidariamente responsables al pago de dicho valor, el que deberá ser establecido en forma actualizada a la fecha de la apertura de la sucesión.

Surge de las conclusiones dadas, la tesis que fuimos anticipando en nuestro desarrollo expositivo, que no es otra que la búsqueda de las soluciones armoniosas del conflicto de intereses que se plantea al intentar la defensa de la legítima, compatibilizándola con el interés general de dar certeza al tráfico inmobiliario.

## **II. DE DACIÓN EN PAGO**

### **1. ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY 17711**

La objeción planteada a los títulos derivados de una dación en pago surgía, antes de la reforma al Código Civil, con bastante claridad.

El art. 787 del Código Civil, aún hoy, confiere acción de reivindicación en el caso de que el bien raíz hubiese sido dado en pago por error de hecho o de derecho, aun cuando el tercer adquirente fuere de buena fe y a título oneroso.

Se trata aquí de una verdadera reivindicación, pues la dación en pago se torna, en base al error, en un acto anulable.

Vélez Sársfield hace aquí una aplicación muy estricta de la regla nemo plus iuris, inclusive contra el principio de que el error de derecho no es excusable (art. 20 del Código Civil).

Se aparta de la tradición española<sup>(51)(236)</sup>, y con toda precisión estructura una acción cuya última causa dikelógica no se ve con claridad: siembra inseguridad en el tráfico inmobiliario para proteger al que ha actuado con torpeza.

El codificador parte del principio de la anulabilidad del pago de lo que no se debe, y coherentemente con la regla de que nadie puede transmitir mejor

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

derecho que el que tiene, confiere, en su sistema, acción de reivindicación contra los terceros adquirentes del bien raíz, aun de buena fe (arts. 787 y 788 a contrario), que desconocían la improcedencia de la dación en pago.

Creemos, sin embargo, que los inconvenientes que trajo esta legislación no fueron tan graves como en el caso de los que provocó la errónea interpretación del art. 3955. Trajo sí el desuso de la dación en pago como título para transmitir inmuebles.

En su reemplazo, habitualmente, se lo instrumentó como un pago en dinero efectivo, dinero que servía para efectuar la compra que se instrumentaba simultáneamente.

Este procedimiento no trae inconvenientes en cuanto al régimen de bienes de la sociedad conyugal, y tampoco los trae notorios de carácter fiscal. Sin embargo, como toda acción cuyos efectos son excesivos, la del art. 787 produjo la total indefensión del solvens. Perdió su carácter de tal y apareció como "vendedor", con lo cual sus derechos se debilitan con toda claridad.

## **2. REFORMA AL ART. 1051 DEL CÓDIGO CIVIL**

Como explica Llambías(52)(237), existe una "antinomia categórica" entre la nueva redacción del art. 1051 del Código Civil y lo establecido en el art. 787 del mismo Código.

Esa antinomia no puede ser solucionada por vía de las reglas generales de interpretación de la ley.

Veamos:

a) Se podría sostener que el nuevo art. 1051 del Código Civil, por ser norma posterior derogó el art. 787 del mismo Código, que se le opone, toda vez que siendo la ley 17711 modificatoria de dicho cuerpo, nada hubiera impedido al legislador de 1968, si esa hubiese sido su intención, derogar el art. 787.

b) Se podría sostener que siendo el art. 787 de carácter más específico que el 1051, debe prevalecer. Sin embargo, la solución no parece buena pues se enfrenta con la ratio legis de la reforma al art. 1051, que ha querido proteger a los terceros adquirentes de inmuebles de buena fe y a título oneroso, contra nulidades ostensibles. Y verdaderamente, en el caso del pago de lo no debido, la nulidad difícilmente es ostensible: si pagó, hay que suponer que lo debía, pues nadie, por regla general se desprende de bienes sin tener una causa para ello.

Siguiendo siempre a Llambías, creemos que la solución debe buscarse en la prevalencia del art. 1051 sobre el 787, inclinando la balanza por la bondad del título, por los siguientes motivos:

1) La ausencia de razonabilidad en la protección al torpe que da en pago lo que no debe, frente a un tercer adquirente de buena fe y a título oneroso a quien ninguna torpeza se le debe imputar.

2) El resultado de la interpretación está avalado por todos los proyectos de reforma al Código Civil y tiende a proteger la seguridad del tráfico inmobiliario. Inclusive, no va en desmedro de la protección del solvens, toda vez que es sabido que el art. 787 trajo aparejado que la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

dación en pago se simulara como compraventa, y por consiguiente se desvanecieran totalmente los derechos de quien pagó lo que no debía.

Finalmente cabe esta pregunta: ¿es renunciable la acción del art. 787 del Código Civil en el propio título, de la dación en pago?

La pregunta parece no tener mucha importancia atento que hemos sostenido que el art. 1051 prevalece sobre el 787. Pero no debemos olvidar que es una interpretación basada sólo en criterios finalistas y dikelógicos, y no en el propio texto de la normativa legal.

Por eso sería útil verificar si es aconsejable que en la redacción de escrituras de dación en pago de inmuebles, se diga que el solvens renuncia a la acción derivada del art. 787 del Código Civil.

No vemos objeción a ello. Nada lo prohíbe.

Por otra parte encontramos que el art. 3538 permite la confirmación expresa o tácita por el descendiente de la partición por donación o testamento, y su renuncia a la rescisión que le cabe cuando la partición afecta su legítima.

Si puede confirmar el descendiente, y renunciar así a la acción, no se ve por que razón el solvens no puede renunciar a la acción contra los terceros adquirentes por el pago indebido. Creemos que ninguna razón de orden público se opone.

En resumen:

a) Ante la redacción del nuevo art. 1051 del Código Civil, la dación en pago es ahora un título perfecto.

b) Sin perjuicio de ello, parece aconsejable agregar una cláusula que instrumente la renuncia del solvens a la acción contra los terceros adquirentes, que emana del art. 787 del Código Civil.

c) También es recomendable que el colega especifique claramente la causa que motiva el pago, o sea la obligación que lo sustenta, así como la liquidación a la que se llega para dar un monto a la adquisición, y dejar así menos vías abiertas a la acción de repetición.