

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***PROBLEMAS DE LA DONACIÓN. COLACIONAR. REDUCIR.
REIVINDICAR(*) (94)***

CARLOS N. GATTARI

SUMARIO

67. La donación y la legítima. 68. Relaciones entre donante y donatarios 69. Colación. 70. Críticas a las normas sobre reducción. 71. Fernando López de Zavallá. 72. José Osvaldo Carral y otros. 73. Más argumentos en contra del art. 3955. 74. Nuevos argumentos contra la reivindicación. 75. Argumentos contra los argumentos anteriores. 76. Simulación. 77. Libre disponibilidad. 78. Buena y mala fe. 79. Estudio de títulos. 80. Tráfico jurídico y familia. 81. Un ejemplo y su contra. 82. Transición. Bibliografía.

El Código Civil nos enseña que las personas de existencia ideal o de existencia visible pueden adquirir derechos o contraer obligaciones en los casos, por el modo y en la forma que él determina (31).

Uno de los casos es aquel en que una persona se obliga a transferir gratuitamente la propiedad de un inmueble, entregando la posesión y constituyendo el título en la escritura de donación.

67. LA DONACIÓN Y LA LEGÍTIMA

La donación es un acto entre vivos, cuyo destinatario puede ser un heredero forzoso o un tercero. Si fuera heredero forzoso que concurre a la sucesión del donante, la donación sólo importa un anticipo de la herencia, es decir a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la legítima, que es el derecho de sucesión limitado a determinada porción de aquélla (3476 - 3591).

¿Y cuál es v.gr. la porción legítima de los hijos legítimos? Dicha porción alcanza a cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte de una persona; además comprende los que han sido donados en vida del causante a sus hijos, puesto que constituyeron anticipos de herencia (fueron dados antes, con cargo a los cuatro quintos que deben integrar - 3593 -).

¿Y qué pasa con el otro quinto que se encontraría fuera de la legítima? Constituye la porción de que puede disponer libremente una persona para darla a uno de sus herederos, o de sus parientes, amigos, instituciones, terceros. Como primer punto retengamos que si hubo alguna donación entre vivos, podría imputarse al quinto disponible que es totalmente libre y no ofrece problemas.

Cuando ese quinto disponible se encuentra cancelado, nos encontramos con los restantes cuatro quintos que constituyen la legítima. Si hay otra donación que no puede imputarse a la porción disponible, ¿ qué consecuencias tenemos? Porque los herederos por algo se llaman forzosos; además la doctrina habla de la intangibilidad de la legítima.

68. RELACIONES ENTRE DONANTE Y DONATARIOS

Por empezar hay distintos caracteres y posiciones derivados de la relación entre donante y donatarios. Una persona jurídica podrá donar. Una persona física puede donar: a) a sus herederos; b) a un tercero, con herederos forzosos; c) a un tercero, sin herederos forzosos.

Las personas de existencia ideal, de carácter público y privado, cuyos estatutos lo permitan, podrían donar sin problemas, porque no tienen ninguna clase de herederos, ni hay cuestiones acerca de legítimas. En cuanto a quien carece de herederos forzosos (pero no lo podemos saber por ahora), está en la misma situación: no hay legítima.

La discusión recae, pues, en los otros dos casos: donación a herederos forzosos y donación a tercero habiendo herederos forzosos. En cuanto a la relación entre los herederos forzosos, cuando se abre la herencia, el que de ellos fue donatario del causante debe reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto, computándolos al tiempo de la apertura de la sucesión (3477).

Al donatario que no sea heredero forzoso no se le puede exigir la colación que sólo es debida por el coheredero a su coheredero (3478 y nota). Y entonces si Marcus tiene acción de colación contra su hermana Cecilia, donataria de Titus, el padre común, Sertorius, donatario del mismo Titus, pero tercero respecto de todos, ¿se ha liberado de toda obligación, siendo así que ha disminuido la legítima de Marcus y Cecilia?

Parecería que no; como la donación hecha a Sertorius excede la cuota disponible, la ley acuerda a Marcus y Cecilia, en su calidad de herederos legítimos del donante, una acción de reivindicación, tendiente a reducir o disminuir la donación, hasta complementar la legítima de ellos dos por ser

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

herederos forzosos de Titus (3955).

Tenemos aquí dos acciones: la acción de colación que sólo actúa entre los herederos forzosos, ¿cuándo se interpone? Sólo cuando son herederos, esto es, una vez fallecido el donante. Para ese momento, los herederos vivos, o quienes han entrado en la herencia por derecho de representación, colacionarán los valores entre ellos, porque siguen teniendo la relación originaria de parentesco con el causante y entre sí.

En cuanto a la acción de reducción, se interpone también entre los coherederos, quienes pueden pedir el complemento de la legítima (3600). El donatario que no es heredero legítimo, pero sigue siendo actual titular del inmueble, se halla sujeto también a la acción de reducción, por vía de reivindicación.

69. COLACIÓN

Podríamos conceptualizar la colación como aquella acción personal que pueden promover los herederos forzosos contra el coheredero donatario, reclamando los valores del objeto donado al tiempo de la apertura de la sucesión, para igualar porciones hereditarias (3478, 3477) .

Esquemático los requisitos así:

- a) ejercida por heredero forzoso contra coherederos (3478)
- b) bienes donados en vida del causante (3476)
- c) que se deba la legítima (3483 - 1)
- d) y no haya dispensa con la porción disponible (3484)

Toda la doctrina, casi sin excepción, considera que la colación es una acción de carácter personal y no real. Por ello, cuando aparece alguna rarísima sentencia como la 24575 (24/2/75) publicada en Jurisprudencia Argentina, merece un comentario crítico como el que le hizo en nota al fallo María Josefa Méndez Costa.

Asimismo la acción de colación no conlleva la de nulidad, pues lo que con ella se persigue no es reintegrar a la masa los bienes o cosas que fueron objeto de la donación, sino simplemente valores (3477 y nota). La transferencia de dominio que entraña la donación queda definitivamente consolidada en cabeza del donatario.

Omito más consideraciones, precisamente por la concordancia generalizada de opiniones tanto en ámbito notarial, como en el de la jurisprudencia y doctrina. Las contadas excepciones no alcanzan a mellar la tranquila aceptación de los títulos provenientes de donaciones a herederos forzosos.

70. CRÍTICAS A LAS NORMAS SOBRE REDUCCIÓN

La reducción es aquella acción que puede ser promovida por los herederos forzosos contra la donación inoficiosa para complementar la legítima; si el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

donatario es heredero forzoso, se deberán los valores (1831 - 3600 - 1832). Si fuere tercero, según algunos, deberá reintegrar los bienes (3955) y según otros solamente los valores.

Dejemos de lado la donación inoficiosa hecha al heredero forzoso; también aquí como en la colación la gran mayoría acepta que esta acción es de carácter personal y no llega más allá de reponer los valores suficientes para complementar la legítima disminuida, al momento de la apertura de la sucesión.

El problema se plantea con la donación a terceros por una infortunada expresión de un artículo en el sector relativo a la prescripción. Art. 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."

71. FERNANDO LÓPEZ DE ZAVALÍA

Expresa que la regulación del Código no sólo es insuficiente, sino hecha incluso a través de normas de difícil conciliación; y proporciona los siguientes puntos críticos (págs. 525/29):

1) La acción reivindicatoria nace del dominio sobre las cosas; por ella, el propietario que ha perdido la posesión la reclama y la reivindica contra quien se encuentre en posesión de ella. ¿Dónde está el dominio - perfecto o imperfecto - que el legitimario tendría sobre los bienes donados, si nunca pudo tenerlo? (2758 - 2759 - 2772)

2) El art. 3955 establece que la reivindicación no es prescriptible sino desde la muerte del donante; luego prescribe desde su muerte: está aquí en juego la prescripción liberatoria. Pero ocurre que la acción reivindicatoria no está sujeta a dicha prescripción, aun cuando su ejercicio pueda quedar paralizado por una prescripción adquisitiva cumplida a favor del poseedor; empero las consecuencias no son las mismas.

3) El art. 3955 llama acción de reivindicación a algo que no lo es en el sentido del art. 2758, sino distinto, como es el valor que figura en normas sobre donación; v.gr. anulación por vicio de valor de la cosa, el valor de los bienes fija la legítima, donación inoficiosa es aquella cuyo valor excede la parte disponible (1821 - 3604 - 1830).

4) Si lo tutelado es la legítima ésta no implica un derecho sobre cosas particulares, sino sobre una pars que puede quedar satisfecha por distintos medios. No es un inmueble determinado, sino que se limita a determinada porción de la herencia, siendo la de los hijos legítimos cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del causante y de los colacionables.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

72. JOSÉ OSVALDO CARRAL Y OTROS

Estudian los argumentos de López de Zavalía, cuyas tesis introducen en el ámbito notarial en un magnífico trabajo, y añaden las siguientes contradicciones de las normas del Código (págs. 716/25 y 740).

5) El derecho que corresponde al heredero para pedir la legítima según el art. 3955 consiste en una acción de reivindicación que es real; pero conforme a la nota del art. 4023 resulta ser una acción personal, que prescribe a los diez años, informándose claramente que no es una acción real.

6) Los arts. 2777/79 determinan con claridad y precisión los casos en que procede y contra quién debe dirigirse la acción de reivindicación. Pues bien, en ninguna de esas normas se menciona la acción que el heredero tendría, no siendo imaginable tamaño olvido del codificador.

7) El art. 1832,2, establece que la reducción puede recaer sobre la parte gratuita de las donaciones remuneratorias o con cargo. Esto es una prueba más de la imposibilidad de la reducción en especie; en efecto, ¿cómo sería una reducción parcial si el inmueble donado no es divisible? ¿Cómo se hace la revocación del art. 1863?

73. MÁS ARGUMENTOS EN CONTRA DEL ART. 3955

8) Como la legítima se fija con la muerte del causante, sólo a partir de dicho momento se acuerda la acción de reivindicación, porque sólo en ese momento existe legítima. Esto quiere decir que si los cuatro hijos de Rufino Santiago Rearte saben y conocen que su padre ha donado un inmueble hace quince días, se encuentran totalmente inermes frente a tal hecho, porque todavía no son herederos: su padre vive.

Cuál es la eficacia de una acción de este tipo, si a Rearte padre se le ocurre perdurar durante varios años? ¿Qué defensa efectiva se ha dado en tal caso a los posibles herederos forzosos, quienes por ahora asisten cruzados de brazos? ¿Qué significa esa posibilidad, próxima o remota, que la ley les da, frente al hecho consumado de una donación que conocen y se les presenta como roca invencible?

¿Es lógico concluir que esa acción se encuentra totalmente diluida por las diversas transmisiones? o ¿no debemos considerar los derechos del actual titular? o, al contrario, ¿pensaremos que es más conveniente inmovilizar una propiedad porque puede estar sujeta a un riesgo de reivindicación que no debe alcanzar a un mínimo por ciento?

En la época de Vélez no había demasiados propietarios, tampoco cambiaban las propiedades tantas veces de mano. El tercer donatario, que no era heredero legítimo, conservaba el inmueble en su poder y entonces podría tener sentido la acción que acuerda el art. 3955 al heredero forzoso,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuya legítima había sido afectada. Pero, ¿y ahora con la rapidez fabulosa con que la propiedad cambia de titular?

9) El heredero forzoso, cuya legítima fijada por el valor de los bienes ha venido a menos, sólo podrá pedir su complemento (3602 - 3600 - 1831). La expresión valor y la de complemento choca con la reivindicación real. Los valores no son cosas, sino apreciaciones, inclusive numerarias y no se confunden con ellas; en efecto, hay cosas de mucho valor y de poco valor y otras que carecen de valor; es un agregado.

En cuanto al concepto complemento, dice relación con algo que se complementa que, en el caso, es el valor. Ahora bien, el valor precisamente por ello, tiene un tope, si no sería invalorable. Y todo lo que sobrepasa ese valor no es complementario sino excedente, esto es, no está comprendido para nada en el valor, p. ej. fijado para la legítima.

Si el inmueble que intenta reivindicarse, debido a las mejoras hechas por el donatario, o los sucesivos propietarios, excede la legítima, ¿cómo compaginar los derechos de uno y otro? ¿El heredero pagará el exceso del valor al titular, a mérito de la reducción que intenta y que se vuelve también contra él? ¿O pensamos que la reducción incluye todas las mejoras que se han incorporado a la propiedad ajena que, para colmo, nunca fue dominio del reivindicante?

10) Otro argumento contra la reivindicación - mencionado en el parágrafo 50 - es la desactualización que significa el art. 3955 al acordarla contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero. El codificador no pudo prever el futuro, se limitó a consignar los bienes de mayor valor de su época, los inmuebles, cuyo dominio - cabe notarlo bien - no se inscribían entonces.

Pero, ¿y qué significan en estos tiempos como integrantes de una fortuna? ¿Un automóvil no vale tanto o más que un departamento? ¿Y qué decir de un colectivo, de camiones, o de flotas de rodados? ¿Qué valor pueden alcanzar paquetes accionarios que controlan grandes o pequeñas empresas? Y las regalías por derechos intelectuales: libros, discos, películas, inventos, ¿cuánto producen?, ¿y las fortunas en cuadros?, ¡ para qué seguir !

¡Y todo eso queda libre de reivindicación! ¿No sería tiempo de adecuar las normas legales al respecto? ¿No sería conveniente tomar el toro por las astas y revisar a fondo para aclarar en definitiva cuál es la situación de los herederos forzosos, frente a disposiciones del patrimonio que, en algunas épocas, se ha conocido como "familiar", porque los hijos - menores y sin producir nada - muchas veces han sido el aliento de sus padres, la razón de sus afanes y la motivación de su fortuna?

74. NUEVOS ARGUMENTOS CONTRA LA REIVINDICACIÓN

Además de los que emanan de la crítica del plexo normativo acerca de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reducción, José Osvaldo Carral y otros (págs. 718/729), Miguel N. Falbo (págs. 811/813), Alberto F. Juliano y Luis Rogelio Llorens (págs. 352/361) y Eduardo R. Mundet (págs. 81/84) presentan otro tipo de argumentos contra la reivindicación que parecerían fundarse en el summum ius, summa iniuria, oposición de valores, abuso del derecho, etcétera. Podríamos establecer el siguiente clímax:

1) Tráfico jurídico. El principio de la intangibilidad de la legítima consta en varias normas civiles (3591, 3598 y sigtes). Sin embargo, lo importante no es en última instancia asegurar los derechos de los legitimarios, sino la certeza del tráfico jurídico; en tanto se sostenga que los legitimarios tienen acción reivindicatoria el problema no será resuelto.

La protección del legitimario mira indudablemente un interés exclusivamente individual. Por el contrario, la protección del tercero de buena fe, no importa tanto la de sus derechos particulares que pueden verse afectados por la reducción, como el interés general que la sociedad tiene en dar seguridad al tráfico jurídico.

Puédese convenir en esta conclusión: protegiendo al tercero subadquirente contemplamos un interés general, superior al interés individual del heredero perjudicado por la donación.

2) Buena y mala fe: ligado con el argumento anterior, se invoca el art. 1051 que parte de la doctrina parece empeñada en desconocer. ¿Puede prevalecer la legítima sobre el derecho del tercer adquirente a título oneroso y de buena fe, ajeno a la donación que constituye uno de los antecedentes verificables sólo en un estudio de títulos?

El legitimario - se contesta - tendrá acción personal contra el donatario y sus sucesores; pero dicha acción debe detenerse frente al tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, que habiendo obrado con debida diligencia, no pudo advertir que la donación obrante en los antecedentes del título era susceptible de violar la legítima del demandante.

A tal efecto, será de gran importancia el estudio de títulos y, en particular, el de la escritura de donación.

3) Libre disponibilidad. El art. 14 de la Constitución Nacional - norma de jerarquía superior - ampara la libertad de disposición del titular del dominio, conforme a un ejercicio regular (2513). El propietario ha adquirido los bienes sin contar con la colaboración de sus posibles sucesores universales.

Lo natural, lo corriente es que, cuando la familia está bien constituida, el titular de los derechos (por lo general, diríamos el padre), de ninguna manera va a perjudicar a sus posibles sucesores universales (por lo general, sus hijos y también su cónyuge).

Pero si en algún caso lo hiciera, mediante donaciones a terceros, no deja de disponer de su patrimonio y no de un patrimonio ajeno y esto es así porque es dueño de disponerlo en vida como le plazca. En cuanto al argumento que supone indefenso al legitimario si pierde la acción de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reivindicación conviene recordar que nada se quita a quien nada tiene.

4) Posibilidad de simulación. Después del fallo Escary c/Pietranera, la donación al heredero forzoso fue reemplazada en la práctica notarial por la compraventa. En consecuencia, si el donatario es casado el bien ingresa en el patrimonio con carácter ganancial, con las consecuencias que esto trae aparejado en caso de disidencia de los cónyuges.

Respecto de los terceros, la donación será simulada por contratos onerosos que no son tales, frente a los cuales el fisco se beneficia con la percepción de tributos, tales como el impuesto de sellos, beneficios eventuales. En vez, de ser donación simple no deberían pagarse.

En cuanto a la reducción, ¿de qué sirve tener una acción que la práctica de más de sesenta años ha demostrado inútil y sólo ha generado la inutilización del contrato de donación?

5) Banco Hipotecario Nacional. En el expediente BHN. 752 - 00 - 00413 negó una hipoteca a constituirse sobre inmueble habido por título gratuito. Los argumentos dados por la subgerencia, las posiciones de la doctrina: Zannoni, López de Zavalía, Mustápic, Carral y otros, y la doctrina notarial argentina son informados por Falbo en el trabajo que se cita en bibliografía (RdN. 805/83).

En el capítulo V, "Consideraciones sobre el tema", argumenta sobre la libertad de disposición (art. 14, Constitución Nacional), la seguridad del tráfico jurídico, la simulación de los actos gratuitos por otros onerosos, y termina reiterando la aspiración de la XVI Jornada Notarial Argentina, en el sentido de auspiciar una enmienda legislativa. El trabajo de Mundet y otros concluye con el texto de una reforma que proponen.

Una nota de la redacción de Revista Notarial informa que - como consecuencia de la gestión realizada en el trabajo de Falbo - se modificó el criterio del Banco Hipotecario. Ello significa - dice - que actualmente esa institución no pone reparos a los títulos emanados de una donación y los acepta en garantía de los créditos que otorga.

75. ARGUMENTOS CONTRA LOS ARGUMENTOS ANTERIORES

Se concluyen de una pequeña contribución titulada "Diquimanías atenienses y querellas romanas. La vigencia del artículo 395 y los alcances del 1051 del Código Civil"; su autor, Harry Nicolás Pobiegajlo (RdN. 152/1982). Además hay algunos que surgen de los propios trabajos citados. Aquí vamos a seguir el esquema anterior pero procediendo desde el último al primero, en progresión regresiva. Comenzamos por el Banco Hipotecario.

Los criterios de esta institución sobre los títulos de donación han variado. Durante ciertos períodos los rechaza y luego los acepta, pero cada vez hay menos distancia temporal. Sólo tres o cuatro meses entre el telex 2072 (8/2/1983) y el informe que se da en la nota sobre el dictamen citado (Revista Notarial 868, mayo - junio, 1983).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Conviene saber que la Carta Instrucción (24/2/83) recuerda el sistema reglamentario del estudio de títulos. "Cuando el antecedente de donación corresponde a una donación anterior, se cae dentro del riesgo general que se entendió asumir por la institución, al suprimirse en estas operaciones el estudio veinteñal para limitarlo al último acto."

En resumen, la situación ha cambiado para el Banco Hipotecario. Si yo pudiera redactar ahora la carta instrucción, diría: "El título actual o el antecedente que corresponden a una donación, cae dentro del riesgo general que se entiende asumir por la institución, al suprimirse la observación a dichos títulos."

¿Mantendrá ese criterio mucho tiempo?

76. SIMULACIÓN

No resulta novedosa. Respecto de los herederos la nota al art. 3604 dice: "Muchos padres con el fin de eludir las leyes fingen para preferir un hijo, contratos onerosos que no son sino donaciones disfrazadas. La ley debe suponer que estos contratos son simulados. Esta presunción es iuris et de iure, contra la cual no se admite prueba."

Por ello - en la época en que había impuesto a la trasmisión gratuita de bienes (que ahora está por reponerse) -, a pesar de que por el temor notarial a la donación, las operaciones de padres a hijos aparecían como compraventa, el fisco cobraba igualmente dicho impuesto y no percibía ni sellos ni eventuales, por no corresponder.

Se critica la titularidad ganancial para el casado al figurar compraventa, siendo así que el título de donación atribuye carácter propio. (Por qué la nota al art. 3604 que servía para presumir de derecho la transmisión gratuita del bien, no podía dar fundamento al carácter propio de ese "contrato oneroso que no es sino donación disfrazada", siendo así que tal presunción es iuris et de iure?)

Respecto de los terceros se marca la simulación de una auténtica donación por una compraventa para escapar por la tangente a la legítima, siendo así que deben abonarse sellos y eventuales. Pues bien, hay algunas auténticas compraventas que se visten con ropaje de donación para no pagar sellos ni eventuales. ¡Qué interesante para los no residentes!

77. LIBRE DISPONIBILIDAD

Recuerda Pobiegajlo que en épocas remotas eran permitidas las donaciones sobre la totalidad del patrimonio y aun se admitía la exclusión de los hijos. Luego se establece la legítima y, para su protección, se concedieron acciones contra los actos de disposición del causante que la afectara.

Había dos querellas: 2 inofficiose donationes e inofficiosi testamenti. Se conferían a los herederos forzosos en calidad de legitimarios contra donaciones o disposiciones testamentarias del causante que favorecieran bien a un heredero en particular, bien a terceros.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Se consideraba que los actos del causante eran indebidos (inofficiosi) y, por ende, infringían un deber (officium). ¿Cuál era este deber? El deber de piedad que se deben entre sí los parientes, siendo propio de él que los parientes no defrauden las esperanzas de la herencia, a menos de cometer delito.

Officium pietatis est quod sibi invicem deben propinqui; cuiusmodi officium proprie est, quod propinqui propinquis non nisi ex sontica causa, spem hereditatis debent intervertere. ¿Qué remedio excogitaron? Eingebant eum, qui propinquos contra officium pietatis sine causa haereditate excluserit, non fuisse sane mentis.

Fingían que quien excluía a sus parientes, contra el deber de piedad y sin causa, no estaba en su sano juicio. En efecto, decía Teófilo que quien odiaba su propia naturaleza sin causa, debía estimarse había enloquecido. Ideo insaniisse existimandum est, quod naturam sine causa odisset.

En consecuencia, ya desde la alta antigüedad, lo natural y corriente es que cuando la familia está bien constituida, el padre no sólo no perjudica, sino que se debe a sus hijos, porque al fin y al cabo es él quien los ha engendrado y no al revés, y precisamente al padre compete el oficio del patrimonio (patris munus), ello en relación a las personas que le hicieron padre.

Si ese padre hiciera donaciones a terceros, por más que disponga de su patrimonio está faltando a "su" oficio de padre (manus patris) y perjudica a sus hijos, aun cuando más no sea con un posible juicio para reclamar tan tardíamente que quizá se encuentren con una hermosa sentencia, vacía de bienes concretos.

Una de las cosas más importantes del Código - según lo reconocen los autores - es el testamento. Pues bien, la legítima tiene categoría mejor, ya que para fijarla no se llegará a las donaciones, mientras pueda cubrirse aquélla, dejando sin efecto si fuere necesario las disposiciones testamentarias (3602, final).

Aquí viene recordar aquella sentencia casi apodíctica: Nada se le quita a quien nada tiene; esto es, nada se quita al heredero forzoso porque mientras no lo sea, nada tiene. Efectivamente no tiene bienes materiales, ninguno en concreto, que sea de su padre vivo. Pero hay un bien jurídico que merece protección: el ser hijo, cosa que no es el tercero.

78. BUENA Y MALA FE

Pobiegajlo reproduce varios textos que pueden aplicarse al tema y de él los tomo, aceptando sus citas. Me limito a dos porque se pueden coleccionar interesantes reflexiones.

Troplong se refiere a dos situaciones distintas: a) los terceros han podido precaverse; la escritura de donación los ha prevenido; ellos han podido saber todo lo que tiene de aleatoria la operación que se les ofrece; b) por el contrario, los hijos no han podido tomar ninguna precaución. Hay que suponer por hipótesis que no están presentes conformando la donación al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tercero.

Uno de los trabajos que sostienen la protección del adquirente de buena fe y a título oneroso, al estudiar la donación con cargo dice: "El conocimiento de la existencia del cargo, no puede tampoco ser negado, pues surge del propio título de propiedad. Por ello, nos parece imposible que la buena fe pueda ser alegada por el tercer adquirente, salvo que el cargo haya sido impuesto en instrumento separado y éste no fuera conocido por el tercer adquirente."

Siguiendo la idea de Troplong, enfrentada con la reflexión anterior, tendríamos que preguntarnos: ¿no salta a la vista que la donación hecha a un tercero no es una donación hecha a heredero forzoso? Si se defiende la buena fe del comprador, uno de cuyos antecedentes remotos es una donación que puede afectar la legítima, ¿por qué no defenderlo si esa donación fuera con cargo o con derecho de reversión?, ¡a lo mejor nadie reclama!

Machado al hablar de la reducción estima que la acción alcanza a los terceros adquirentes, sin atender a su buena o mala fe. Respecto de la acción de reivindicación que algunos creen injusta cuando se ejerce contra terceros de buena fe, afirma dicho autor que sin esa acción la de reducción sería ilusoria, pues el donatario enajenaría la cosa, con lo cual - a mi parecer - está reconociendo lo contrario de lo que afirma: ¡bueno!, el donatario enajenó la cosa. ¿Qué pasa?

Guastavino asevera que la protección de los subadquirentes del artículo 1051 como la de los legitimarios interesa al orden público, pero advierte que no tiene justificación para proteger el principio del art. 1051 por encima del art. 3955. En definitiva pide respeto de ambos principios. Pero eso sí, existe choque entre normas y falta de soluciones normativas y jurisprudenciales.

79. ESTUDIO DE TÍTULOS

El adquirente oneroso, por más buena fe y diligencia que ponga en el estudio de títulos y en particular en la escritura de donación es imposible advierta la posibilidad de violar la legítima, porque ésta sólo se fija a la muerte del donante (3602), sin contar que no se capta bien cómo puede adivinar la cantidad de bienes, de herederos, etcétera.

Por otra parte, la inutilización del contrato de donación durante más de sesenta años no es la que ha generado la inutilidad de la acción de reducción, pues no hizo falta recurrir a ella. En cuanto comiencen a abundar las donaciones a terceros, y los herederos forzosos puedan enterarse, casi seguro que se intentará. No sé, sin embargo, si útil o inútilmente.

Pero hay otro argumento que hasta ahora no se ha invocado y puede servir para aquellos que se refieren a un remoto antecedente. De ninguna norma civil ni de leyes provinciales surge la obligatoriedad del estudio de títulos; el mismo artículo 156, ley 9020 fue derogado por la ley 9872. ¡Y en buena hora!

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Las mismas expresiones que están poniéndose en artículos de doctrina por profesores y abogados - que por supuesto no ejercen la notaría - y que estamos viendo aparecer en algunas sentencias dictadas por jueces - que no viven lo que es hacer un estudio de títulos -, puede conducir lamentablemente a consecuencias perjudiciales para el notariado y, en particular, para el notario al cual se le lleguen a aplicar en un determinado caso.

Sigamos. Si no es obligatorio el estudio de títulos, ¿cómo llegar a conocer la existencia de una donación, a menos que la copia de escritura que tengo a la vista registre tal contrato? ¿Es posible llegar a conocer ahora la existencia de una donación en los antecedentes, sin hacer estudio de títulos habiéndose perdido la bonísima costumbre de formar el legajo de aquéllos? ¡Bueno! La técnica ha cambiado muchas cosas. Dentro de pocos años no habrá ningún folio real ni matrícula que no registre todos los actos realizados durante veinte años y más. Esto pondrá a la vista las compraventas, las permutas, las declaratorias, las donaciones. ¿Quién entonces podrá ignorar lo que el asiento registral informa?

Se me dirá que un estudio de títulos no se hace con asientos registrales y que inclusive éstos pueden ser erróneos. Y entonces, ¿qué trascendencia damos a los asientos? Con ese mismo criterio podríamos concluir que las hipotecas, embargos, inhibiciones, etcétera, pueden ser erróneos. Además, si tengo mis dudas, ¿qué me impide investigar cuál es la verdad comprobada en los documentos originales?

80. TRÁFICO JURÍDICO Y FAMILIA

Pobiegajlo pretende que previamente se establezca qué significa la defendida protección al tráfico jurídico, argumento alegado por la mayoría de los disidentes del sistema protector del patrimonio familiar. Advierte que algunos autores han querido señalar de manera confusa una supremacía jurídica del tráfico comercial inmobiliario por sobre la institución milenaria de la legítima.

Señalan dichos autores que la protección del legitimario mira indudablemente un interés exclusivamente individual, en tanto entienden que el tercer adquirente de un bien sustraído al acervo familiar goza de la protección social, si cumple las consabidas condiciones del art. 1051.

No compartimos esa posición y, a nuestro entender, la protección de la familia es esencia del derecho como tal, por ser ella, según Vélez, una institución social y es anterior al estado y prevalente a él. A tal punto que, si desapareciera la familia, dejaría de existir el Estado, pero no a la inversa (hasta aquí ideas de Pobiegajlo).

Tiene razón. El entusiasmo por el famoso tráfico jurídico y su contexto social se opone indebidamente al legitimario como individuo que enfrenta en forma singular. Hasta - siguiendo el símil - sería demasiado discutible que el tráfico, por más apurado que vaya - en su contexto social y masivo - tenga derecho de arrollar a ningún particular, porque éste tiene algún derecho para traficar él también, y forma parte de ese mismo contexto social.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La oposición que, consciente o inconscientemente se elude, lanzando el tráfico jurídico contra el legitimario como individuo aislado, no alcanza a tapar con ninguna cortina de humo el apoyo en que éste se basa. La legítima es un derecho de sucesión de los herederos forzosos y éstos son tales por pertenecer a una familia, que también resulta ser una institución social.

Aquí está la verdadera oposición: ¿qué preferir?, ¿el tráfico jurídico o la familia?, ¿o aquél ha atropellado ya lo suficiente a ésta como para eliminar su carácter de célula de aquella misma sociedad en la cual precisamente se desarrolla el tráfico jurídico?

Una última reflexión: no es posible utilizar argumentos contradictorios para el mismo tema. Si el argumento contra el legitimario como individuo es el carácter social del tráfico jurídico, no es posible olvidar este carácter social y exaltar el individualismo del propietario, cuya libertad no quiere ser afectada para disponer cuándo y cómo se le ocurra.

81. UN EJEMPLO Y SU CONTRA

Carral y otros presentan un ejemplo tremendista que impacta. Juan dona a Pedro un terreno; Pedro edifica en él un edificio de sesenta unidades que afecta a propiedad horizontal y vende. Los subadquirentes, a su vez, realizan actos diversos: venta, hipoteca, usufructo, bien de familia, locación. Treinta años después fallece Juan y 19 años luego de la muerte de Juan, un heredero forzoso de éste inicia acción de reivindicación por haberse violado su legítima.

¿No es injusta la situación? ¿No resulta obvio que debe hallarse un medio más armónico de solución del conflicto?

Creo que el ejemplo no es válido por irreal.

Pero me permite poner otro más doliente aún, que tiene visos de mayor realidad. Juan, divorciado de su esposa, con la cual quedaron cinco hijos menores de ambos, convive durante cierto tiempo con Coca y otro período con Marcela. Tan desprendido está de su familia que, por turno, a cada una de sus simpatías les dona un departamento.

Juan fallece siendo menores los cinco hijos que no tienen necesidad de abrir la sucesión del padre, porque nada les transmite. Por otro lado, Coca y Marcela han enajenado las unidades a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe.

¿ No es injusta la situación?, ¿No resulta obvio que debe hallarse un medio más armónico de solucionar el conflicto? ¿Cuál?

82. TRANSICIÓN

Al día de hoy, no parece que el sistema del Código sea de mucha utilidad para el heredero cuya legítima ha sido disminuida. Ello deriva no sólo de las contradicciones entre las normas, sino sobre todo de la vida real actual, por cuya razón "es anhelo del notariado argentino, que una futura reforma

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

legislativa defina la cuestión" (XVI Jornada Notarial Argentina, Mendoza, 1976).

A diez años, no hay ninguna perspectiva de que el legislador se esté preocupando por estos problemas. Y salvo el caso esporádico de algún trabajo que clama en el desierto - como puede ser éste - no se ofrece una solución auténtica a los planteamientos que surgen de las tesis sustentadas. Más de setenta años han transcurrido desde el plenario suscitado en el caso Escary c/Pietranera (1912). El ambiente perduró tranquilo y sin mayores preocupaciones, durante unas décadas. Pero desde hace dos lustros comienza a agitarse, al menos en ámbito notarial, la preocupación en torno de las dos viejas tesis: la tradicional que estima que la acción es real, y la que sostiene es personal.

Lo lamentable es que las normas no compaginan correctamente entre sí y que toda la confusión deriva de una frase incidental del art. 3955: "acción de reivindicación", luego desfigurada al describirla.

Por otro lado, la misma normativa que da defensas al heredero contra su coheredero, lo deja inerme contra los terceros donatarios.

Remitir el nacimiento de la acción del heredero al momento de la muerte del donante me hace recordar el aforismo que se dijo siempre de otro de los contextos justamente ligados con el derecho de familia: el de la sociedad conyugal. Cuando el marido defraudaba tranquilamente a la mujer, sus acciones nacían recién con la disolución de la sociedad conyugal, que comenzaba a vivir recién al disolverse. Y entonces, quizá, no había nada...

Se dijo durante siglos que la cónyuge no era socia pero se esperaba lo fuera cuando se disolvía la sociedad. El aforismo expresaba "non est socia, sed speratur fore". Con esta acción que se le da al heredero tan tardíamente, podríamos construir un aforismo paralelo: "Non est haeredes, sed speratur fore"; no es heredero, pero se espera lo sea, porque "viventis nulla est hereditas".

La sociedad conyugal tiene ahora cierta vida en acto, a través del consentimiento conyugal; ante su omisión, quienes sostenemos que se produce una nulidad relativa, damos la acción al cónyuge omitido; ahora, en cuanto se dio cuenta, sin esperar a la disolución de la sociedad conyugal, a la que se remiten, sin haber avanzado prácticamente, quienes sostienen la tesis de la inoponibilidad que da una acción futura, según el aforismo antes mentado.

Pues bien, hace falta que se produzca una reforma para hacer operante la legítima. Hasta que eso no se logre, se seguirá discutiendo y apilando argumento tras argumento en pos de la doble vía: ¿acción real?, ¿acción personal? Mientras tanto, la vida palpitante recorre las calles con un contexto jurídico arcaico. La acción real está mal apoyada en una pobre frase que introduce una gran incoherencia, y no resulta ser una solución significativa.

BIBLIOGRAFÍA

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1. López de Zavalía, Fernando. Teoría de los contratos - Parte especial, tomo I, Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1976.
2. Carral, José Osvaldo y otros, "Hacia una revitalización de las donaciones", Revista Notarial 699/1976.
3. Falbo, Miguel N., "Inmuebles adquiridos por donación. Negativa del Banco Hipotecario Nacional de admitir títulos", Revista Notarial 803/1983.
4. Juliano, Alberto F. y Llorens, Luis Rogelio, "Análisis de los títulos provenientes de donación y dación en pago", Revista del Notariado 341/1984.
5. - - "La naturaleza jurídica de la acción que emana del art. 3955 del Código Civil y los títulos derivados de donación", Revista Notarial 1395/1984.
6. Mundet, Eduardo R. y otros, "Acciones de colación y de reducción" Revista Notarial, Córdoba, 69/1976.
7. Pobiegajlo, Harry Nicolás, "Diquimanías atenienses y querellas romanas", Revista del Notariado 152/1982.

FINANCIACIÓN HABITACIONAL(*) (95)

ENRIQUE O. SOLER y RAÚL R. GARCÍA CONI

LA VIVIENDA PROPIA ... [Pulse aquí](#)

Las constituciones nacionales de los estados democráticos consagran el derecho de propiedad y algunas de ellas, las más evolucionadas, se refieren también al "acceso a una vivienda digna" (v.gr. art. 14 bis, Constitución Argentina).

A la vivienda decorosa se accede por dos vías: mediante un buen régimen locativo que respete la libertad contractual y las condiciones de mercado o, lo que es mejor, creando condiciones fluidas para que el crédito territorial nos permita adquirir la casa - habitación.

Una combinación entre ambos sistemas (inquilino hoy, propietario mañana) se logra por medio del leasing, tal como fue estudiado por el Instituto Jurídico en su V Convención (Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 1982). El alquiler con opción de compra encuentra un serio escollo en la continua desvalorización monetaria, la que dificulta que una parte del monto locativo se compute como amortización del precio prefijado.

Precisamente el abandono del nominalismo (previsto en el art. 619 del Cód. Civil argentino y en muchos otros códigos civiles), por imperio de un indeseado pero forzoso valorismo consecuente al proceso inflacionario en