

# Donación a terceros. Testamento

Dictamen elaborado por el escribano ÁNGEL F. CERÁVOLO, aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 14/9/2012.

## 1. Antecedentes

El escribano C., jubilado, solicita se dictamine respecto de la observabilidad del título de propiedad según surge de lo instrumentado en la escritura 815, del 6/10/2009, ante el escribano [...], por la que su hermana M. C. le donó la nuda propiedad del inmueble designado como unidad funcional 41 del décimo piso del edificio sito en esta ciudad, con frente a [...].

Expresa el consultante que el 27/10/2009 su expresada hermana otorgó un testamento ológrafo, en el que manifestó ser soltera, sin ascendientes ni descendientes vivos, instituyendo al consultante como único y universal heredero; declaró en el mismo testamento ser propietaria de otro departamento sito en el mismo edificio (UF 24).

Producido el deceso de su hermana el 28/4/2011, tramitó su sucesorio testamentario ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 33, declarándose válido el testamento en cuanto a sus formas.

Expresa que hipotéticos compradores habrían manifestado que el título es observable, sin expresar el consultante el motivo de la supuesta observación. Consulta, en fin, respecto de la bondad del título y su eventual forma de subsanación. Expresa su opinión en el sentido de la perfección de su título.

## 2. Consideraciones

### 2.1. *La observabilidad del título*

La doctrina y jurisprudencia predominantes<sup>1</sup> sostienen la imperfección de los títulos entre cuyos antecedentes obra una donación a terceros (quienes no revisten el carácter de herederos

1. Ver nota extendida en p. 268.

legitimarios), en función de las normas contenidas en los artículos 1830 y 1831 de nuestro Código Civil.

Conforme a tales preceptos, se reputa inoficiosa toda donación cuyo valor exceda la parte que el donante podía disponer, debiendo procederse al respecto con arreglo a lo determinado en el Libro IV del ordenamiento, que acuerda a los herederos necesarios del donante el derecho de demandar la reducción de esas donaciones “hasta que queden cubiertas sus legítimas”. Tal acción sólo se confiere a los herederos forzosos que existan al fallecimiento del donante y hubieran existido al tiempo de la donación, y a los descendientes nacidos después de la donación si hubieran existido otros que tuviesen derecho a ejercerla al momento de formalizada la liberalidad. A los fines de la determinación de la porción legítima, se atenderá al valor de los bienes que quedaran a la muerte del donante, a cuyo valor líquido se sumará el que tenían las donaciones computadas al momento de la apertura de la sucesión, acorde con lo previsto por los artículos 3602 y 3477.

Dichos preceptos, junto con la acción reipersecutoria consagrada por el artículo 3955, integran las previsiones establecidas por el Codificador en protección de la legítima, que reputa inviolable e irrenunciable (arts. 3598 y 3599).

En virtud del régimen adoptado por nuestro Código, en las donaciones a quienes no son herederos legitimarios del donante se halla implícita una condición resolutoria o revocatoria de fuente legal (*ex lege*), que operará en el supuesto de que el acto a título gratuito se reputa inoficioso a la muerte del donante por afectar la porción legítima, de la que sus herederos forzosos no pueden ser privados. Si tal dominio se reputa resoluble o revocable en virtud de una condición de fuente legal, no podrá ampararse el tercero en lo dispuesto por el artículo 1051 del ordenamiento civil, que presupone un acto nulo o anulable y no un dominio resoluble o revocable, obstandose, además, su buena fe en razón de que tal circunstancia surgirá del estudio de títulos antecedentes.

## 2.2. *La posibilidad de considerar saneada la observación mediando testamento declarado válido en cuanto a sus formas*

Podrían existir diferentes criterios en torno a considerar la subsistencia de la observación apuntada, luego de haberse declara-

do válido en cuanto a sus formas el testamento que la donante hizo a favor del mismo donatario. Así, podría sostenerse: a) que el acto de disposición de un inmueble a título oneroso por el donatario, devenido además en heredero, goza de la protección dispuesta por el artículo 3430 del Código Civil; o b) que el título de adquisición es la donación; por lo tanto, dispone como donatario. No podría heredar el inmueble, puesto que éste ya no integraba el patrimonio del donante al momento de su fallecimiento; no formaba parte de su acervo hereditario; en tal virtud, cuando dispone no lo hace como heredero aparente sino como donatario, esto es, como titular de un dominio revocable. Se podría en esta postura invocar, asimismo, la norma contenida en el artículo 2509 del Código y que el artículo 3430 es una norma de excepción al principio del artículo 3270, por lo que corresponde interpretarla en forma restrictiva.

Las características del proceso sucesorio testamentario en esta demarcación, en tanto no exigen la publicación de edictos llamando a herederos, no colaboran con la primera postura; dicha publicidad, si bien ficta, colaboraría a sostener los dichos de la causante respecto de la carencia de herederos legitimarios.

### 2.3. *Jurisprudencia en torno a la posibilidad de apertura del sucesorio del donante*

Por cierto, y en probable abono de la segunda postura, existe jurisprudencia contradictoria en relación a la posibilidad de la apertura del sucesorio del donante a efectos de sanear el título o, según los supuestos, reducir en gran medida la probabilidad de la procedencia de una eventual acción reivindicatoria.

Así, se ha denegado la apertura de la sucesión del donante pretendida por personas carentes de vocación hereditaria a los fines de bonificar título proveniente de donación o se ha rechazado la petición de declaración judicial a iguales efectos. Se expresaron, entre otros, estos conceptos:

... el inmueble podría ser objeto de eventuales acciones de reducción promovidas por los hipotéticos herederos legitimarios [...] Sin embargo, no existe acción idónea para obtener el perfeccionamiento del título, ya que, de conformidad con lo dispuesto por la ley sustancial, tal extremo sólo se configurará ante el vencimiento del plazo de prescripción de la acción mencionada, cuyo cómputo se inicia a partir del fallecimiento del donante...<sup>2</sup>

2. CNCiv., Sala H., 20/11/1996, "Soncín, Zulema A."

La vía intentada para sanear el título [...] carece de normatividad en nuestro derecho. Ante normas claras como las que consagran la acción reipersecutoria no se puede desnaturalizar [...] la misma, obligando al legitimario –si lo hubiere– a un proceder que de ninguna disposición emana.<sup>3</sup>

En fallo dictado el 23/3/2006, la Sala J de la Cámara Nacional en lo Civil se expresó:

En cuanto concierne a la cuestión traída a conocimiento de esta sala, es menester destacar, en primer término, que asiste razón a los apelantes cuando afirman que el beneficiario de una donación efectuada por el causante posee sobre el inmueble un dominio imperfecto, pues su derecho puede ser resuelto por el heredero perjudicado (conf. LLAMBÍAS-ALTERINI, *Código Civil anotado*, t. IV-A, págs. 486-487), en la medida que el inmueble pueda ser objeto de eventuales acciones de reducción promovidas por hipotéticos herederos legítimos del causante (con. art. 1830 y conc., Cód. Civil) (CNCiv, Sala H, *in re* “Soncin, Zulema Ángela s/ suc. ab-intestato”, expte. n° 204.872, del 20 de noviembre de 1996). De tal manera, en tanto el inmueble adquirido por donación revistió el carácter de revocable *ab initio* (conf. art. 2663, Cód. Civil), no existe acción idónea para obtener el perfeccionamiento del título, pues tal extremo sólo se configurará ante el vencimiento del plazo de prescripción de la acción mencionada, cuyo cómputo se inicia a partir del fallecimiento de la donante (art. 3955, Cód. Civil). Ahora bien, no obstante lo hasta aquí expuesto, dado que los recurrentes han justificado interés legítimo para promover la apertura del proceso sucesorio de doña S. A. S. –acreditando al efecto los vínculos correspondientes–, de tener en cuenta que la declaratoria de herederos es una sentencia de características particulares que implica el reconocimiento judicial de la calidad de heredero e importa el otorgamiento de la posesión de la herencia a quienes no la tuviesen de pleno derecho (tal el caso de los peticionarios), corresponde, a tales efectos, atender las quejas que esbozan y revocar lo decidido en la instancia de grado. En su mérito [...] se resuelve [...] disponer que se dicte el auto de apertura del sucesorio del causante...

#### 2.4. *Dictámenes de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas*

La Comisión Asesora ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular y, sin que existiera unanimidad de criterio respecto del punto, ha expresado en dictamen elaborado por el

3. CNCiv., Sala M., 11/8/1997, “Estamatti, Mirta R. s/ sucesión”, Expte. 21273/97.

escribano Armando Verni, aprobado el 1/9/1999 por mayoría de sus integrantes, que

La transmisión del dominio formalizada por un donatario que reviste a su vez el carácter de heredero testamentario –en los términos del artículo 3430 del Código Civil– de quien fuera su donante es un acto de disposición eficaz respecto del heredero con mejor derecho [...] la presentación futura de heredero legitimario no afectará las transmisiones de dominio que se hubieren instrumentado, en tanto el adquirente de mejor derecho fuera a título oneroso y de buena fe por ignorar la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos.<sup>4</sup>

Por su parte, en el dictamen del escribano Norberto Cacciari aprobado por la Comisión Asesora en sesión del 12/1/2000 se expresó:

El título proveniente de donación a quien no reúne la condición de legitimario logra su máxima perfección si ha transcurrido el plazo que permite hacer valer la prescripción decenal consagrada en el artículo 4023 del Código Civil, computada desde la muerte del donante. Pero la concurrencia de diversas circunstancias, como la falta de heredero frente a la apertura del sucesorio del donante y el cumplimiento de la publicidad respectiva y la complementaria aprobación de un testamento del que surge como única heredera la misma parte donataria, coadyuvan a un razonable modo de subsanación.<sup>5</sup>

En dictamen elaborado recientemente por la escribana Ana Julia Stern, en el seno de la misma Comisión Asesora se expresó que

La declaración de validez del testamento otorgado por la donante mediante el cual instituye única heredera a la donataria crea la presunción de la inexistencia de legitimarios, coadyuvando a un razonable modo de subsanación del título proveniente de una donación verificada a favor de quien no es heredero forzoso del donante, pese a no haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción ni veinte años del otorgamiento de la escritura de donación.

4. "Artículo 3955 del Código Civil. Renuncia a la acción de reducción. Transmisión dominial formalizada por heredero testamentario", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 858, octubre-diciembre 1999, pp. 179-186.

5. "Título proveniente de donación a heredera no forzosa", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 859, enero-marzo 2000, pp. 241-247.

### 2.5. La apariencia como modo excepcional de legitimación

El concepto de legitimación importa determinar quién y frente a quién puede concluir un negocio jurídico para que éste logre regular la esfera de intereses pretendida, conforme a la intención de las partes. Esta calidad resulta de la específica posición en la que el sujeto se halle o se coloque respecto de los intereses que busca regular.<sup>6</sup> Por ello, mientras *capacidad* es la aptitud intrínseca de la parte para dar vida a negocios jurídicos, *legitimación* es la idoneidad para hacer surgir negocios jurídicos que tengan un determinado objeto en virtud de una relación en que la parte se encuentra o se pone con el objeto del acto.<sup>7</sup>

En principio, y como corolario del principio de la autonomía de la voluntad, sólo se puede disponer de la propia esfera de intereses. Sin embargo, distingue Ladaria Caldentey<sup>8</sup> tres clases de legitimación:

- a) Directa, que consiste en el reconocimiento hecho al titular de una esfera jurídica de la posibilidad de realizar, en nombre y por cuenta propia, un acto determinado.
- b) Indirecta, concebida como el reconocimiento de la posibilidad de realizar, en nombre propio o ajeno, un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica de la que no se es titular, respetando la titularidad.<sup>9</sup>
- c) Extraordinaria, considerada como reconocimiento de la posibilidad de realizar un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica ajena, en nombre propio, en virtud de una apariencia de titularidad (*v. gr.*, art. 3430, C. Civ.), o en nombre ajeno, en virtud de una representación aparente (excesos admitidos por los arts. 1934, 1964, 1967 y concordantes del C. Civ., restricciones inoponibles a los terceros contratantes).<sup>10</sup>

Para Alterini, la legitimación

... es la aptitud atribuida o integrada por la ley o por la voluntad para adquirir derechos, contraer obligaciones o para disponer de objetos concretos, por sí, por medio de otro o por otro.

Agrega que a la capacidad la persona debe sumarle, para actuar sobre los objetos jurídicos, la legitimación en sentido estricto o poder de disposición. En principio, para estar legitimado con relación a un objeto, hay que ser titular, en el momento en que la

6. BENSEÑOR, Norberto R. y CERÁVOLO, Ángel E., "Legitimación contractual de las sociedades constituidas en el extranjero", *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 6/2/2006.

7. Cfr. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, (traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez), (2ª ed.), p. 177, §27-b.

8. LADARIA CALDENTY, J., *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, Bosch, 1952.

9. Ello se entronca con la teoría de la representación, entendida como sustitución de la voluntad ajena en la disposición de la propia esfera de intereses, brillantemente desarrollada en CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956, (trad. Manuel Alvadalejo); y en *I negozi sui patrimonio altrui*, citado en la primera por el mismo autor.

10. BENSEÑOR, Norberto R. y CERÁVOLO, Ángel E., ob. cit. (cfr. nota 6).

actuación se realiza, de los derechos de fondo que se pretenden ejercitar, pero esa titularidad puede advenir posteriormente y bonificarla.<sup>11</sup>

Cabe destacar que el artículo 3430 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 17.711, importa una clara excepción al principio contenido en el artículo 3270 del mismo cuerpo. Consagra, como expresamos, la protección de una legitimación extraordinaria, en virtud del reconocimiento que el derecho hace de la apariencia que otorga al poseedor de la herencia, una declaratoria de herederos o la aprobación de un testamento a su favor. Es dable entender que, como excepción a un principio, debe ser interpretado restrictivamente, no pudiendo ser interpretado analógicamente.

Ahora bien, ¿en qué situación se encuentra el donatario que es declarado único heredero del donante? Su acto de disposición del inmueble, ¿está cubierto por el precepto contenido en el artículo 3430 del Código Civil, en tanto se den sus supuestos? Creemos que podría interpretarse que tal situación ha de merecer el resguardo de la norma. Si bien su título de adquisición es la donación y, como tal, su dominio, revocable, el pronunciamiento judicial declarándolo único y universal heredero, previo llamamiento por edictos a otros eventuales herederos, aun cuando es dictado “en cuanto hubiere lugar por derecho”, genera a su favor la presunción de ser el único sucesor de la persona del causante, deviniendo en legitimado aparente para la disposición del acervo, y generaría también la *apariencia*, digna de protección legal, de no existir otro heredero con mejor derecho, al menos frente al tercero adquirente de buena fe y a título oneroso en los términos del artículo 3430 del Código Civil.<sup>12</sup> Sin embargo, es de advertir que la jurisprudencia reciente, en los fallos relacionados, parece denegar esta posibilidad.

## 2.6. Observabilidad del título y el adecuado asesoramiento

Hemos expresado en otra oportunidad<sup>13</sup> que se suele argumentar que la probabilidad de que un tercero adquirente de un inmueble entre cuyos antecedentes obra una donación a quien no era heredero forzoso sea sujeto pasivo de una reivindicación producto de una acción de reducción por haberse afectado la legítima de un heredero forzoso es muy baja. En efecto, para ello debe ocurrir: que al fallecer el donante existan herederos forzo-

11. ALTERINI, Jorge H., “Capacidad y legitimación”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, UBA, 1966, tomo III, pp. 251 y ss.

12. En contra, entre otros, los asesores de este Colegio escribano Francisco Cerávolo y Jaime Giralt Font.

13. CERÁVOLO, Ángel F., “Donaciones inoficiosas y títulos observables. Una reforma necesaria y urgente”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 18/4/2006.

sos en las condiciones previstas en los artículos 1832 y concordantes del Código; que se hubiera afectado su porción legítima; que no pueda oponérsele la usucapión veinteañal; que se ejerza la acción dentro de los plazos legales, etc.

Ahora bien, que el acaecimiento de tal vicisitud sea improbable no quiere decir que el título no sea observable, puesto que difícilmente pueda graduarse adecuadamente tal probabilidad y, en todo caso, tal gradación sólo sirva para ponderar el riesgo de un eventual adquirente del dominio en esas condiciones y, consecuentemente, fijar su justo precio. Y ello porque tales inmuebles no están fuera del comercio, sino que se hallan sujetos a esa más o menos probable vicisitud que provoca la observabilidad de su título. En otras palabras, no cabe hablar de gradación en la imperfección del título. Ello porque el derecho ha de dar certeza en las relaciones humanas; la sola probabilidad del eventual progreso de una acción de alcances reivindicatorios contra el actual titular del dominio torna su título observable.

En el caso en cuestión, la apertura del sucesorio y la aprobación del testamento a favor del donatario ha hecho, cuando menos, bastante más improbable el ejercicio de una acción de carácter reipersecutorio por parte de un heredero legitimario. Sin embargo, resulta controvertido sostener, atento a la jurisprudencia imperante y la disparidad de doctrina anotada, que ello resulte imposible.

En otras palabras, creemos que el adecuado asesoramiento debe diferenciar entre la observabilidad del título en razón de la posible existencia de una acción reivindicatoria y la real incidencia de tal objetiva observación en el caso particular, merituando la probabilidad concreta del eventual ejercicio de una acción de esas características, evaluando el verdadero riesgo ínsito en el mismo y sus consecuencias comerciales o en la circulación del título.

### 3. Conclusiones

En virtud del régimen adoptado por nuestro Código, en las donaciones a quienes no son herederos legitimarios del donante se halla implícita una condición resolutoria o revocatoria de fuente legal (*ex lege*), que operará en el supuesto de que el acto a título gratuito se repunte inoficioso a la muerte del donante por afectar



la porción legítima de la que sus herederos forzosos no pueden ser privados.

Podrían existir diferentes criterios en torno a considerar la subsistencia de la observación apuntada luego de haberse declarado válido el testamento de la donante a favor del propio donatario, tales como: a) sostener que el acto de disposición de un inmueble a título oneroso por el donatario, devenido además en heredero, goza de la protección dispuesta por el artículo 3430 del Código Civil; b) que el título de adquisición es la donación; por lo tanto, dispone como donatario. No podría heredar el inmueble, puesto que éste ya no integraba el patrimonio del donante al momento de su fallecimiento; no formaba parte de su acervo hereditario. En tal virtud, cuando dispone no lo hace como heredero aparente sino como donatario, esto es, como titular de un dominio revocable. Se invoca, asimismo, la norma contenida en el artículo 2509 del Código y que el artículo 3430 es una norma de excepción al principio del artículo 3270, por lo que corresponde interpretarla en forma restrictiva.

Aun para quienes sostienen que la declaratoria de herederos o la aprobación, en cuanto a sus formas, de un testamento a favor de los donatarios no sana el título, es claro que la apertura del sucesorio y el dictado de declaratoria de herederos a favor de los mismos donatarios o la aprobación del testamento en el que se instituye herederos a los donatarios hace más improbable el ejercicio de una acción de carácter reipersecutorio por parte de un heredero legitimario. Sin embargo, las características del proceso sucesorio testamentario en esta demarcación, en tanto no exigen la publicación de edictos llamando a herederos, no colaboran con la primera postura; dicha publicidad, si bien ficta, colaboraría a sostener los dichos de la causante respecto de la carencia de herederos legitimarios.

Podría interpretarse que la situación en la que se halla el donatario que ha sido con posterioridad declarado heredero del donante ha de merecer el resguardo de la norma contenida en el artículo 3430 del Código Civil. Si bien su título de adquisición es la donación y, como tal, su dominio, revocable, el pronunciamiento judicial declarándolo único y universal heredero, previo llamamiento por edictos a otros eventuales herederos, aun cuando es dictado “en cuanto hubiere lugar por derecho”, genera a su favor la presunción de ser el único sucesor de la persona del causante, deviniendo en legitimado aparente para la disposición del acervo, y generaría también la *apariencia*, digna de protec-

ción legal, de no existir otro heredero con mejor derecho, al menos frente al tercero adquirente de buena fe y a título oneroso, en los términos del artículo 3430 del Código Civil. Sin embargo, es de advertir que la jurisprudencia reciente, en los fallos relacionados, parece denegar esta posibilidad. Por lo demás, como expresamos, la carencia de llamamiento edictal a otros herederos en el proceso testamentario quita algo de asidero a esta interpretación.

El adecuado asesoramiento debe hacer saber al adquirente las distintas posiciones de la doctrina y la jurisprudencia imperante. También ha de diferenciar entre la observabilidad del título en razón de la posible existencia de una acción reivindicatoria y la real incidencia de tal objetiva observación en el caso particular, merituando la probabilidad concreta del eventual ejercicio de una acción de esas características, evaluando el verdadero *riesgo* ínsito en el mismo y sus consecuencias comerciales o en la circulación del título.

#### Nota extendida

1. En este sentido véase: 1) CNCiv., Sala E, 9/12/1988, “U. C., M. y otro c/ R. Z., C. S.”, *Jurisprudencia Argentina*, 1989-II, p. 176, con nota de Jorge Mosset Iturraspe; 2) CNCiv., Sala K, 29/10/2002, “Biondo, Alfonso c/ Savy, Claudio N.”, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 13/11/2002, fallo 104714; 3) CNCiv., Sala D, 16/6/2005, “Llarín, Pablo Aníbal c/ Millán, Jorge Antonio s/ cobro de sumas de dinero”, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 18/4/2006, con nota de Ángel Francisco Cerávolo; 4) CNCiv., Sala H, 20/11/1996, “Soncin, Zulema A.”, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1998-B, p. 742.; 5) CNCiv., Sala M., 11/8/1997, “Estamatti, Mirta R. s/ sucesión”, Expte. 21273/97, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 854, octubre-diciembre 1998, p. 217, con nota de Ángel Francisco Cerávolo; 6) CNCiv., Sala J, 23/3/2006, “S., S. A. M. s/ sucesión ab intestato”, *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 10/5/2006; 7) CNCiv., Sala D, 31/10/2005, “Portillo, Mariana c/ Queglas, Alberto J. y otro s/ rescisión de contrato”. En suma, las Salas D, E, H, J, K y M de la Cámara Nacional en lo Civil.