

Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación

Ponencia: “La circulación de los valores debe ser todo un postulado de la ley”

Autor: Gastón R. di Castelnuovo

Asesoría del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

Al sólo efecto de evitar la reiteración de conceptos, hago aquí mios los que preceden al aporte efectuado por el Notariado Nacional, representado por el Consejo Federal del Notariado Argentino.

TÍTULO IV. CONTRATOS EN PARTICULAR: DONACIÓN

1. EL CONTRATO DE DONACIÓN EN EL NUEVO PROYECTO

1. 1. Formación del consentimiento en general

En cuanto a la formación del consentimiento, el nuevo proyecto adhiere a la teoría de la recepción. Así resulta del art. 975 que dice que los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo. El siguiente artículo indica que la oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación. El que aceptó la oferta ignorando la muerte o incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación.

1. 2. En materia de donaciones

Texto proyectado:

Art. 1545: **Aceptación.** La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario.

El texto innova radicalmente pues indica que la aceptación debe producirse en vida del donante. Comencemos por decir que, en rigor, no era necesario que lo dijera, pues ante la ausencia de una norma de excepción (como la que hoy rige), se aplicarán las normas generales sobre formación del consentimiento.

La norma velezana (art. 1795), acercando las ofertas de donación a los testamentos, hizo una aplicación extensiva del instituto de la conversión, partiendo del supuesto de que quien en vida quiso donar, *a fortiori* quiso legar. Es decir que aquello que –según los principios generales– no debiera valer como oferta, vale como legado. No quiere esto decir que la aproximación sea hoy absoluta, pues la oferta sigue siendo tal, pero sujeta a un régimen excepcional. Es decir que, en primer lugar, no es necesario que la misma tenga la forma exigida para los testamentos; en segundo, que el tiempo para aceptarla sigue regulado por las reglas generales, lo que lleva a esta conclusión: la oferta de donación que por excepción no caducará por la muerte del ofertante, puede haber ya caducado por el transcurso del tiempo útil para aceptarla o caducar luego por esa causa, y, por último, que el fallecimiento del donante no hará caducar su oferta siempre y cuando este hecho se produzca luego de que la haya remitido al donatario (consecuencia de la adopción de la teoría de la expedición para la formación del consentimiento).

Sólo podría explicar este cambio una particular “alergia” a las donaciones, que puede deberse a distintas causas, que no son del caso analizar aquí, pero debemos expresar que no podemos imaginar que un ordenamiento que debe dotar de herramientas útiles y posibilitar distintos caminos para regular del mejor modo posible el aspecto patrimonial de la vida del ciudadano común, atienda otros intereses que no sean aquellos que conducirán al bien de todos, objetivo que, teniendo en cuenta los antecedentes académicos y, más importante aún, la calidad personal de los responsables de este proyecto, damos por asegurado. Por otra parte se trata de Derecho Civil que es aquél que más “cerca” del ciudadano está, pues regula su hacer diario, siendo en este aspecto más importante que la Constitución misma.

Creemos que debe continuar la regulación actual, quitando del artículo la última frase y agregar al mismo lo que actualmente dispone el art. 1795. Entendemos entonces que el texto debe quedar redactado así:

Texto que sugerimos:

Art. 1545: **Aceptación.** La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones. **Si el donante muere antes de que el donatario haya aceptado, puede este, sin embargo, aceptarla, y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa dada.**

1. 3. Donaciones condicionales

Texto proyectado:

Art. 1546. **Donación bajo condición.** Están prohibidas las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante.

Esta es la única referencia a las donaciones condicionales. Advertimos que se ha dejado de lado toda la particular regulación que Vélez dedicó a la donación condicional, no sólo en los casos de donaciones por causa de muerte (aquellas en la que la muerte del donante es integrativa de la condición; así los supuestos previstos en el art. 1803: supervivencia del donante a un lance previsto y a la vida del donatario), sino también la prohibición de que el donante subordine la donación a una condición suspensiva o resolutoria que deje directa o indirectamente en sus manos la posibilidad de revocarla, de neutralizar o de restringir sus efectos (art. 1802).

Así están hoy prohibidas en materia de donaciones no sólo las condiciones puramente potestativas (“si quiero”) sino también las simplemente potestativas (“si hago tal cosa”) y las mixtas si sólo basta la voluntad del donante para que quede afectada la donación (las posibilidades son muchas y debe tenerse en cuenta si combinan lo potestativo para el donante con lo casual, si la condición es suspensiva o resolutoria y si ha sido postulada positiva o negativamente, pero como no es del caso examinarlas aquí, sólo pondremos un ejemplo, donde la condición resulta prohibida en el caso de las donaciones: “si el donante concluye tal contrato con fulano”).

De comenzar a regir este nuevo régimen, sólo quedarían a nuestro juicio prohibidas las condiciones puramente potestativas, de acuerdo con lo que el anteproyecto regula al tratar de las obligaciones condicionales en general en el art. 344 (“**Condiciones prohibidas.** Es inválido el acto sujeto a un hecho imposible, contrario a la moral y a las buenas costumbres, prohibido por el ordenamiento jurídico o **que depende exclusivamente de la voluntad del obligado.** La condición de no hacer una cosa imposible no perjudica la validez de la obligación, si ella fuera pactada bajo modalidad suspensiva”), norma en parte equivalente a nuestros actuales arts. 530 y 542.

Nos parece que la regulación actual y la frondosa interpretación que de ella ha efectuado la doctrina y la jurisprudencia (que tiene que ver con la evolución de la regla *donner et retenir ne vaut*) resulta más conveniente tratándose de un contrato tan particular como el de donación, quizá el más complejo e interesante de los contratos, en

el que si bien el que más debe ser protegido es el donante, no podemos olvidar a quienes también debe protegerse, tal como hoy lo están: el donatario (acepto si quiero y si no, no, y, además, la regla mencionada evita que se sienta presionado: “portate bien porque si no te quito”), la familia del donante (protección de la legítima en caso de exceso en lo donado), los acreedores de este último (facilitación del ejercicio de la acción de fraude), y la sociedad toda (no es cuestión de que si el donante dona todos sus bienes, termine siendo la sociedad la que deba ocuparse de él). De aprobarse estos textos, obvio resulta decir que el donatario puede quedar en una posición incómoda y hasta inmoral. Por lo tanto entendemos que debería regularse de manera equivalente al actual art. 1802, agregando su texto a continuación del transcripto o en un artículo separado.

No podemos opinar acerca del porqué se prohíben únicamente las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante, pues nada encontramos en los fundamentos del proyecto. De todos modos, no quedarían prohibidas aquellas en las que ese hecho sea previsto como condición resolutoria.

La cuestión es muy compleja y tiene que ver, especialmente, con el tratamiento que se dé a las donaciones por causa de muerte. Resulta a nuestro modo de ver un desacierto que el proyecto no dé una directiva clara acerca de este tema, de modo tal que la doctrina, de convertirse en ley, pueda luego dar una definición de ellas. Teniendo en cuenta esta circunstancia, no podemos sino decir que sería conveniente que la regulación en este aspecto no cambiara o se explicaran los motivos de una modificación que no alcanzamos a comprender. Sin perjuicio de ello, creemos firmemente en que, cuando menos, no puede faltar en la regulación de la donación una norma como la ya mencionada del actual art. 1802.

Texto que sugerimos:

Art. 1546. **Donación bajo condición. El donante no podrá, bajo pena de nulidad de la donación, subordinarla a una condición suspensiva o resolutoria, que le deje directa o indirectamente el poder de revocarla, de neutralizar o de restringir sus efectos.**

1. 4. Capacidad para aceptar donaciones

Texto proyectado:

Art. 1549. **Capacidad para aceptar donaciones.** Para aceptar donaciones se requiere ser capaz. Si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal; si el donante fuese el representante legal, se designa un tutor especial. Si la donación es con cargo, se requiere autorización judicial.

Encontramos aquí una modificación que entendemos sólo complica la aceptación de la donación que hoy, de acuerdo con la amplísima doctrina, pueden efectuar los padres de un menor (conf. art. 1805), exigiendo la designación de un tutor oficial. Escuchamos de los autores y de la Presidente de la Nación el propósito de este nuevo anteproyecto de “desjudicializar” temas que no requieren de la intervención del Poder Judicial. La donación que hoy efectúan el padre o la madre o ambos a sus hijos menores, sin el nombramiento de un tutor especial, no ha ofrecido inconveniente alguno y no se ve, entonces, el motivo que explique esta modificación.

En cuanto al supuesto de imposición de un cargo o de una condición-cargo, si bien la cuestión puede causar alguna duda, resulta claro que –como no podría en buen Derecho ser de otro modo–, sea el beneficiario incapaz o no, la obligación queda limitada, ya que no responde sino con la cosa donada, es decir que no queda obligado con sus bienes (conf. art. 1563 proyectado, tal como así también lo dispone el actual 1854).

Por otra parte, no alcanzamos a comprender el porqué si la donación la efectúa al incapaz cualquier otra persona que no sea su representante legal, no se requiere la intervención de un tutor especial. Si se desconfía de aquél –seguramente pensando en que puede tener intereses contrapuestos con los de su representado– también debería exigirse la designación de un tutor en el primer caso.

Texto que sugerimos:

Art. 1549. **Capacidad para aceptar donaciones.** Para aceptar donaciones se requiere ser capaz. Si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal. [\(Aquí se quitó el resto del artículo proyectado\)](#)

1. 5. Donaciones al Estado

Texto proyectado:

Art. 1553. **Donaciones al Estado.** Las donaciones al Estado pueden ser acreditadas con las actuaciones administrativas.

Copia esta norma lo regulado por el actual art. 1810, última parte, y, por lo tanto, adolece de igual defecto: determinar si estamos frente a un problema de forma o de prueba, o, dicho de otro modo, si se trata de una forma exigida *ad solemnitatem* o *ad probationem* (desde ya que tomamos la clasificación de la doctrina clásica, a sabiendas de que la mejor doctrina efectúa desde hace muchos años una clasificación más apropiada que permite distinguir claramente la forma de la prueba, ya que, en rigor todos los actos son formales en cuanto deben tener necesariamente una “forma” que permita conocerlos, pues si carecieran de ella, tal como decía el Doctor Borda, ni el mismo diablo sabría que piensa el hombre).

La norma actual debería haber simplemente dicho que estas donaciones pueden también concertarse en expedientes administrativos, no siendo entonces necesaria la escritura pública en caso de tratarse de bienes inmuebles o de prestaciones periódicas o vitalicias hechas al Estado. Así no cabría duda alguna acerca del sentido de lo prescripto, que no es otra que la de agregar otra forma para realizar estas donaciones: la escritura pública o la actuación administrativa. Pero al utilizar la palabra “acreditarse” o ahora “acreditadas”, vocablos que se relacionan con la prueba y no con la forma, ha dado para distintas lecturas: las donaciones de inmuebles o de prestaciones periódicas o vitalicias hechas al Estado son formales como las efectuadas a otras personas o no lo son.

Sin perjuicio de entender que la oportunidad puede aprovecharse para poner las cosas en claro, entendemos que no se trata de un tema demasiado importante, pues en caso de aprobarse este anteproyecto con esta norma tal como está redactada, la doctrina la comprenderá como lo ha hecho con la que hoy rige, inclinándose por entender que son formales, y que sólo se ha agregado otra forma. Las razones que han llevado a esta conclusión con la norma vigente son varias, y creemos que además de las históricas, la redacción del encabezamiento del art. 1810 lleva necesariamente a esa conclusión, pues si el legislador hubiera querido decir que no son formales, debió haber agregado al final de ese encabezamiento (“Deben ser hechas ante escribano público...”), una frase tal como “salvo las hechas al Estado”. Además, la referencia a que en los casos contemplados en el artículo no rige el art. 1185, es abarcativo de todos, no habiéndose exceptuado estas donaciones al Estado.

Si bien la norma proyectada no tiene ese encabezamiento, pensamos que aun no modificándose la lectura será la misma, cuando menos por las razones históricas y la interpretación de la norma actual. De todos modos, el texto podría quedar así redactado:

Texto que sugerimos:

Art. 1553. **Donaciones al Estado.** Las donaciones al Estado **pueden ser también efectuadas en las propias actuaciones administrativas.**

2. DISPENSA DE COLACIÓN. DONACIONES INOFICIOSAS. REDUCCIÓN. LA DEBIDA PROTECCIÓN A LOS TERCEROS ADQUIRENTES DE BUENA FE Y A TÍTULO ONEROSO

2. 1. Dispensa de colación

Texto proyectado:

Art. 2385. **Personas obligadas a colacionar.** Los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, **excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento...**

Los fundamentos se refieren a “*la contradicción existente entre los actuales artículos 1805, segunda parte, y 3484*”.

Entendemos que en rigor ella no existe si se interpreta adecuadamente el primero de los artículos, pues una cosa es decir que ante la falta de imputación a la porción disponible la donación se considera un adelanto de herencia, y otra es el “lugar” donde esa dispensa puede ser manifestada, indicada indudablemente por el segundo de los artículos, aunque más no sea por una cuestión metodológica, dada aquí por su ubicación en el código velezano. No es un tema menor, pues el donante debe tener hasta su fallecimiento la posibilidad de disponer de esa dispensa, cambiando –si fuere el caso– cuantas veces quiera su voluntad. Lo contrario constituye un pacto sobre herencia futura (que debe entenderse aquí prohibido), en este caso la del propio donante, pues de interpretarse que en el acto de donación puede realizar la dispensa, quedaría obligado contractualmente a no cambiar de parecer, lo que no parece apropiado tratándose de una donación.

Por lo expuesto, entendemos que, en primer lugar, debería quedar claro que la dispensa o cláusula de mejora deben ser hechas por testamento.

Texto que sugerimos:

Art. 2385. **Personas obligadas a colacionar.** Los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, **excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el testamento...**

2.2. Donaciones inoficiosas. Reducción de las donaciones. Derechos reales constituidos por el donatario. Acción reipersecutoria

Textos proyectados:

Art. 2457. **Derechos reales constituidos por el donatario.** La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores.

Art. 2458. **Acción reipersecutoria.** El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

Art. 2459. **Prescripción adquisitiva.** La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante DIEZ (10) años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901.

En los fundamentos se dice que *“es muy importante la modificación que se propicia en punto a las donaciones inoficiosas”* y agrega que *“se limita a calificar como tales a las donaciones que excedan de la porción disponible del patrimonio del donante, pero remite a la aplicación de los preceptos relativos a la porción legítima”*.

Sin duda la modificación en cuanto a las donaciones inoficiosas y su reducción, es muy importante. Sin duda también, no podemos sino decir que se ha tratado de encontrar una solución para que los bienes donados “regresen” al camino de su circulación, transcurridos diez años desde que el donatario tomó posesión, tal como lo expresa el último de los artículos que transcribiremos, ya que luego de ese lapso la acción de reducción no procederá.

Y decimos “regresen”, pues –tal como ocurre hoy debido a una interpretación con la que no concordamos– luego de efectuarse una donación (especialmente si fue a favor de un extraño) los bienes donados quedarán de hecho fuera del comercio hasta el transcurso del plazo mencionado (lo que –como recién dimos a entender– constituye ya un avance), salvo que antes no se lleven a cabo distintos “ensayos” jurídicos, siempre simulados, como el distracto de la donación.

Interesan especialmente los artículos 2458 y 2459. Como vimos, el primero dice que el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables, es decir que se les reconoce, ahora sin duda alguna, la acción reipersecutoria.

Esto implica un lamentable retroceso. No se tienen en cuenta los intereses sociales en cuanto a la circulación de los valores ni los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Noventa años ha, el Doctor Lafaille decía:

“...En cuanto a la acción de reducción, la jurisprudencia ha realizado una obra verdaderamente pretoriana (...) Poco a poco se ha infiltrado en la conciencia de los mismos jueces como de todos los hombres de ley los gravísimos males que irroga nuestro régimen de transmisión basado en el Art. 3270, sistema marcadamente individualista, que no tiene para nada en cuenta los intereses sociales ni el derecho de los terceros adquirentes. Estos inconvenientes se agravan en lo que respecta a la acción de reducción (...) La jurisprudencia, entonces, ha concluido por considerar la acción de reducción como simplemente personal (...) Los últimos fallos han tratado de circunscribir la situación a un amparo legal concedido al heredero damnificado, para ser reintegrado en su legítima por los demás coherederos y no por el tercero”.

Volveremos sobre este punto y con la cita completa.

El segundo de los artículos, que la acción de reducción no procederá contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años contados desde la adquisición de la posesión, aplicándose lo dispuesto en el art. 1901 (unión de posesiones). No haría falta aclarar que se refiere únicamente a la acción de reducción y no a la de colación entre coherederos.

No podemos sino decir que se ha tratado de encontrar una solución para que los bienes donados “regresen” al camino de su circulación, transcurridos diez años desde que el donatario tomó posesión, tal como lo expresa el último de los artículos transcritos, ya que luego de ese lapso la posibilidad de accionar por reducción ya no procederá (para utilizar el lenguaje del texto proyectado), pero el texto no resulta

suficientemente claro pues si la posesión o la unión de posesiones debe ser "de buena fe", no faltará la doctrina que vuelva a entender erradamente que el sólo hecho de conocer –o de deber conocer– que entre los antecedentes del título existe una donación, bastará para que esa buena fe no exista y se entienda que aun transcurrido el lapso fijado la acción procederá y pueda entonces el heredero preterido dirigirse contra el subadquirente.

Como dijimos, no deja de ser una solución, pero nos permitimos criticarla.

Durante años se nos dijo que nuestra opinión iba en contra del derecho de los legitimarios; en definitiva, que estábamos en contra de la legítima. No era así, si bien es cierto que entendíamos que la porción disponible debía aumentarse. Nuestro propósito fue siempre privilegiar la seguridad jurídica y la circulación de los valores. Sólo pretendíamos que los legitimarios no pudieran ir contra el subadquirente de buena fe y a título oneroso (no contra el donatario o los subadquirentes a título gratuito) tal como fue la opinión dominante en la doctrina y jurisprudencia. Ello impediría que quedaran en la práctica fuera del comercio todos aquellos inmuebles cuyo título reconociera entre sus antecedentes una donación a extraño.

Ahora se encuentra una solución no en impedir el ejercicio de esa acción contra el subadquirente a título oneroso, sino en establecer que la acción no procederá transcurridos diez años contados desde que el donatario adquiriera la posesión. No nos parece la solución adecuada.

Diez años no constituyen un plazo demasiado extenso (la mitad del necesario para obtener la propiedad por prescripción adquisitiva) y desprotege a quienes siempre se ha querido proteger: a los herederos legitimarios. Transcurridos diez años de esa posesión, habrán perdido todo derecho. Obvio resulta decir que cuando decimos “habrán perdido todo derecho”, nos referimos a los casos de donaciones a extraños (las hoy más cuestionadas) pues entre coherederos sigue vigente la colación y la reducción.

Nuestra intención no llegaba a tanto. De todos modos, parece indudable que en la práctica las escrituras de donación de inmuebles desaparecerán nuevamente de los protocolos notariales, pues serán pocos los que, debidamente informados, tomen el riesgo. Otra vez nos referimos especialmente a los donantes que quieren beneficiar a personas extrañas a la familia.

No desaparecerán, claro está, las donaciones en sí, las que, como ocurrió durante muchos años, se seguirán celebrando pero simuladas bajo el ropaje de contratos onerosos, como el de compraventa. Así podemos verificarlo en los protocolos notariales

anteriores a 1976. Todas las transmisiones de dominio de padres a hijos se hacían a título de compraventa. Resultaba curioso porque ni el propio Estado lo creía, ya que era obligatoria la consulta para comprobar si pagaban o no Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes, gravamen que fue eliminado por sugerencia del Dr. Martínez de Hoz. Al respecto se criticó la oportunidad, ya que se comentó que estaba en trámite judicial la sucesión de su abuelo.

Desde otro punto de vista, esta normativa implica nuevamente desandar el camino, pues la donación volverá a constituirse en un contrato pensado para que no tenga lugar, lo cual no puede ser lo que quiere el legislador. Ello va contra el sentir de la gente y contra el sentido común. No podemos pensar en otras razones, pues creemos que el legislador ha querido atender la necesidad y los reclamos de la gente. Sin embargo, en esta materia no lo ha hecho.

Nos parece preferible que el nuevo proyecto hubiera adoptado la solución que trae el que fuera presentado por los Diputados Luis Cigogna y Alberto Ballestrini, que, referido a los actuales arts. 1831 y 3955 del Código Civil, dice:

Artículo lero.- Incorpórase como párrafo final del artículo 1831 del Código Civil el siguiente párrafo: “La reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes inmuebles constituidos o transmitidos por el donatario, a favor de terceros de buena fe y a título oneroso. La mala fe del tercero no podrá presumirse, y consistirá en el conocimiento por su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido.

Artículo 2do.- Modifícase el artículo 3955 del Código Civil, que quedará redactado de la siguiente forma: “La acción contemplada por los artículos 1831 y 1832 de este Código, no es prescriptible sino desde la muerte del donante.”

Artículo 3o.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

No transcribiremos sus fundamentos para no repetirnos, pero pueden encontrarse fácilmente.

En cuanto al agregado acerca de la mala fe del tercero, sabemos bien que ella no puede presumirse; su propósito tiene que ver con la historia de la interpretación del artículo y con la pésima lectura que se ha hecho de la doctrina sentada por el plenario “*Escary vs. Pietranera*” de 1912. Nos guía así un espíritu docente, presente en tantas otras normas que así se redactan.

Este proyecto fue sancionado desde 2003 en cuatro oportunidades por la Honorable Cámara de Diputados y su tratamiento en el Senado fue consensuado en

varias reuniones llevadas a cabo en la Comisión de Legislación con la presencia de en cada oportunidad de varios Senadores.

Lamentablemente no fue sancionado por el Senado (el día en que nos aseguraron que se convertiría en ley) pues debido a una injustificada intervención a través del Ministerio de Justicia fue quitado del Orden del Día, minutos antes de su tratamiento, circunstancia de la cual la señora Presidenta seguramente no ha tenido conocimiento, pues no la hubiera permitido.

El texto propuesto –creemos– no sólo traería una solución al problema de interpretación que hoy tenemos, sino que atiende el sentir y querer de la gente común, a la que el Derecho debe dirigirse, tomando así la interpretación que entendemos correcta del art. 3955 y la que los propios jueces que fallaron en el famoso plenario, entendieron luego como el correcto alcance de la doctrina por él sentada. Desde otro punto de vista, nos permitimos decir que nos parece que el subtítulo “Prescripción adquisitiva” no es jurídicamente correcto, ya que la causa de la adquisición para el donatario o el subadquirente, transcurrido el plazo, continuará siendo el contrato de donación para el primero y el de compraventa, permuta, donación, dación en pago, etc., para los demás. Tampoco podría hablarse de “extinción” o de “caducidad” de la acción, pues aun transcurrido ese plazo, ella podría no haber nacido, ya sea porque el donante continúa vivo o porque la donación no afectó la porción legítima de sus herederos forzosos. Creemos que será la doctrina la que podrá ocuparse de este tema, ya que se trata de encontrar el concepto jurídicamente correcto y no de la cuestión de fondo a la que el legislador ha querido encontrar una solución.

Textos que sugerimos:

Art. 2457. Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. Sin embargo, la reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes inmuebles constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso. La mala fe del tercero no podrá presumirse, y consistirá en el conocimiento por su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido.

Art. 2458. Acción reipersecutoria. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El

donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima-

Art. 2459. **Acción de reducción.** En cualquier caso, la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante DIEZ (10) años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901.

El fin principal de esta sugerencia no es otro que advertir al legislador que no debe perder de vista que la circulación de los valores debe ser todo un postulado de la ley, y que cualquier norma que la restrinja o la encarezca no es de buen Derecho. Ese es el interés social que debe protegerse en aras de la grandeza y prosperidad del pueblo de la Nación.

La donación no puede constituirse en un contrato al que el ciudadano común deje de recurrir y deba obtener el fin deseado disfrazando con un ropaje oneroso su ánimo de liberalidad. Y así procederá porque de otorgar esa donación derechamente, el título que le entregarían a su donatario no sería aceptado en el mercado inmobiliario y, menos aún, en el financiero, quedando así el bien fuera del comercio hasta que transcurra el plazo de diez años y todavía queda por ver cuál será la interpretación doctrinaria primero y la judicial después del requisito de la buena fe.

La situación actual

Quizá resulte útil recordar el porqué se ha llegado a la situación actual (esa en la que se encuentran los titulares de dominio de inmuebles cuyos títulos emanaron de una donación o que entre sus antecedentes haya habido una) y dejar en claro algunas ideas.

A esta situación, que continuará de aprobarse estas normas proyectadas, se llegó por la redacción que nuestro codificador dio al artículo 3955 del Código Civil, que al referirse al heredero legítimo, comienza diciendo: “La acción de reivindicación...”. Se discutió, entonces, si el heredero preterido tenía o no una acción de carácter real para defender su legítima, que le permitiera reivindicar el bien donado, o si se trataba de una acción de carácter personal que podía dirigirse contra el tercer adquirente o si éste estaba al margen de cualquier acción. Se trata, pues, de una cuestión de interpretación.

El problema ha hecho correr mucha tinta a la doctrina civilista, que en su mayoría se inclina por adjudicar a la acción de reducción un verdadero carácter reipersecutorio, no ya como “reivindicación”, propiamente dicha, sino entendiendo que toda donación

lleva implícita la condición resolutoria de que no afecte la legítima. De tal manera, al resultar inoficiosa una donación, el heredero perjudicado tendría la posibilidad de pedir del actual tercer adquirente la revocación del dominio con efecto retroactivo... libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que lo hubiese gravado el propietario desposeído, o el tercer poseedor..., conforme con el artículo 2670 del Código Civil. Es la posición, por ejemplo, de Maffía, Méndez Costa, Zannoni, etc.

Sin embargo, dentro de la misma doctrina civilista, se han manifestado otras opiniones, como las de López de Zavalía, Guaglianone, Cafferata y Spota. Así, para el Maestro Tucumano, la acción en cuestión es una *“acción personal que pertenece al género de las acciones de inoponibilidad, de entre las cuales, el ejemplo más relevante está dado por la acción pauliana”*.

En el ámbito notarial tres son las posiciones que pueden encontrarse en la doctrina: a) la que entiende que el art. 3955 del Código Civil no puede ser interpretado literalmente y que, por lo tanto, no puede deducirse de él la existencia de una verdadera acción reipersecutoria (en el ámbito notarial es esta la postura del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires); b) la que sostiene que debe distinguirse si la donación fue efectuada a favor de un heredero forzoso, en cuyo caso no cabe la acción reipersecutoria, o si, en cambio, fue a favor de un tercero (extraño, en rigor), donde sí cabe la reipersecución (en el mismo ámbito, es la postura del Colegio de Escribanos de la Capital Federal); c) la que afirma que en cualquier caso el heredero preterido tiene una acción de carácter reipersecutorio.

Como en otros tantos asuntos, por un lado va el sentido común, la impresión inmediata que cualquier persona tiene acerca de un contrato que, con razón, entiende lícito y que satisface plenamente su voluntad e íntimo querer, y por otro, los conceptos, las teorías e interpretaciones que contrarían todo y que suelen no estar a su alcance.

Esto nos llevaría a hablar de la importancia de la “apariencia jurídica”, en aras de la imprescindible seguridad jurídica, pero aunque la tentación nos invade, de vencernos, estas sugerencias excederían el formato exigido. Dejaremos entonces a *Barbarius Philippus* para otra ocasión.

Tengamos en cuenta que cuando hoy se desestima el título de un vendedor por provenir o reconocer una donación entre sus antecedentes, especialmente si ha sido efectuada a favor de extraños, nada se prueba, no sólo la existencia de herederos en condiciones de ejercer la acción, sino ni siquiera el fallecimiento del donante. Se habla así, sin propiedad alguna y con una total ignorancia, de “donaciones inoficiosas”. Y

¿qué se le recomienda a la gente?, pues sencillamente que otorgue con el donante o con sus herederos, un tan simulado como legalmente inviable distracto de la donación. Luego aparece entonces vendiendo la propiedad quien la donó hace años y de nada se arrepintió, y llevándose el precio el donatario. ¿Puede ser esto de buen Derecho? No seguiremos con la cuestión por no ser este el lugar apropiado. Ya lo hemos hecho en otros.

Algunas opiniones esclarecedoras

Como la ley proyectada habla ahora claramente de la existencia de esa acción reipersecutoria, entendemos conducente transcribir algunas opiniones acerca de la interpretación de la legislación que hoy nos rige y de la debida protección que merecen los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, que constituyen, en definitiva, los intereses de toda la sociedad:

-La primera: “Por lo demás no hay en el Código Civil ni un sólo texto, ni en el mismo art. 787, que autorice la acción reivindicatoria contra un adquirente a título oneroso y de buena fe, como el del caso (se refiere a uno en el que el comprador se negaba a abonar al vendedor el precio de la operación porque su título tenía entre sus antecedentes una donación efectuada a un extraño, es decir a un no heredero forzoso del donante). Todo transmite en él la protección que para la ley merecen terceros así, que representan el interés general, la firmeza y seguridad de las relaciones jurídicas (...) Por ello, preceptos como el del art. 3955 deben ser entendidos con relación a los casos en que la reivindicación es efectivamente posible, ya por mala fe en la última adquisición, ya porque la adquisición de referencia es gratuita (...) De otra suerte la circulación de los valores, que es todo un postulado de la ley, se encarece y se restringe, lo que no puede ser de buen derecho.”

No son palabras de un improvisado; fueron dichas por Don Alfredo Colmo –para colmo, como ya hemos dicho–, en una sentencia que con posterioridad al plenario citado, resolvió, en forma concordante con todas las resoluciones de entonces, el caso de un adquirente que se negaba a pagar el saldo de precio de la compra de un inmueble invocando que entre los antecedentes del título del vendedor existía una donación efectuada a un extraño del donante y esgrimiendo en apoyo de su razón aquel plenario.¹

¹ “Viero v. Bonahora”, Cámara Civil 1era. de la Capital, del 12/08/1927. J.A., XXV, 926 a 931.

Nótese que Colmo menciona el art. 787 de nuestro código. Aun quienes sostienen la existencia de una verdadera acción reivindicatoria, todos están de acuerdo en que el art. 3955, cuando menos, tiene una redacción que no “encaja” perfectamente en el mecanismo de rejería de nuestro código y que contradice otras normas y la clara nota del Codificador al art. 3477. De allí, las distintas interpretaciones que ha recibido. El art. 787, en cambio, no parece ofrecer lugar a interpretaciones dispares. Es muy claro: “Si el que de buena fe recibió en pago una cosa raíz, la hubiese enajenado por título oneroso por título lucrativo, el que hizo el pago puede reivindicarla de quien la tuviese”. Pues bien, el eminente jurista ejemplifica con este supuesto para afirmar que no existe ni un solo texto (ni siquiera este) que autorice la acción reivindicatoria contra un adquirente a título oneroso y de buena fe. Ocurre que nuestro Código Civil (nótese: cuando aún el art. 1051 no existía tal como ahora se encuentra redactado) protegió siempre así al tercer adquirente de buena fe y a título oneroso. La doctrina era unánime y los jueces lo entendían del mismo modo y así dictaban sus sentencias. Y cuando decimos que los jueces así fallaban, lo hacemos refiriéndonos a ya antes y, desde luego, después, de ese tan famoso como mal leído plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal de 1912, al que también nos referiremos.

La segunda:

Volvemos aquí a la opinión del Doctor Lafaille, a quien citan una y otra vez quienes distinguen erróneamente entre donatarios herederos forzosos y donatarios extraños. Esta es la cita completa: “...*En cuanto a la acción de reducción, la jurisprudencia ha realizado una obra verdaderamente pretoriana, a modo de lo que ha ocurrido con otras acciones persecutorias. Poco a poco se ha infiltrado en la conciencia de los mismos jueces como de todos los hombres de ley los gravísimos males que irroga nuestro régimen de transmisión basado en el Art. 3270, sistema marcadamente individualista, que no tiene para nada en cuenta los intereses sociales ni el derecho de los terceros adquirentes. Estos inconvenientes se agravan en lo que respecta a la acción de reducción, entre otras razones, por las derivadas del plazo durante el cual puede ser entablada. La jurisprudencia, entonces, ha concluido por considerar la acción de reducción como simplemente personal. Los últimos fallos han tratado de circunscribir la situación a un amparo legal concedido al heredero damnificado, para ser reintegrado en su legítima por los demás coherederos y no por el tercero. Son casos en que las acciones reipersecutorias de nuestro Código, tan*

peligrosas e incómodas para la seguridad de los bienes y para la valorización de la tierra, han venido paulatinamente a quedar limitadas en su alcance y hasta en su naturaleza, como sucede en el presente, por obra de la interpretación jurisdiccional... Verdad es que se evita –y ésto es lo importante– la persecución contra los terceros”².

Que quede esto en claro: **No es cierto que el plenario haya sentado una doctrina de carácter general con respecto al alcance de la acción de reducción.** Muy por el contrario. El fallo se refiere a un caso particularísimo, pues **se trataba de una donación inoficiosa con la circunstancia agravante de que existía una heredera reconocida en la misma escritura.** Cabe aclarar que estas no son palabras nuestras sino del Doctor Gigena, quien juzgó en primera instancia y que motivó el tribunal pleno de ambas Cámaras Civiles de 1912, decisión que debe interpretarse debidamente y no tratar de encontrar en ella lo que en modo alguno dice.

Cuando se cuestionan estos títulos no se hace referencia alguna a la sucesión del donante, por lo que debemos suponer que o bien continúa él en este mundo al modo usado o, de haber fallecido, nadie investigó si existen herederos forzosos en condiciones de ejercer la acción de reducción, es decir si en definitiva realmente la donación resultó inoficiosa.

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

La nota al art. 3477 del C.C. (“La donación fue un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario y éste **ha podido disponer de ellas (...)** Ese dominio **no se revoca por la muerte del donante...**”) ya debería ayudarnos mucho a poner el pie en el correcto camino.

Para interpretar correctamente el art. 3955, nada mejor que reiterar estas palabras de Renard que no hacen –entendemos– sino darnos la razón a nuestro modo de ver las cosas: *“El jurista tiene dos misiones que cumplir. Primeramente habrá de preguntarse si la solución es justa, por lo mismo que el sabio se pregunta en primer lugar si es verdadera. Después de esto tiene la facultad y aún el deber de buscarle un lugar, y si no*

² LAFAILLE, Héctor. *Curso de contratos* (compilado por Argello (h) y Frutos), III, 65, 55. Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, Bs. As., 1928.

lo encuentra, lejos de incriminar a la solución, incriminará a la anaquelería y la enmendará”.

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

¿Y qué ocurre si queremos interpretar el art. 3955? Pues simplemente que debemos “mirar” el Código todo, su estructura y, especialmente, su continua, constante y permanente protección a “*terceros así, que representan el interés general, la firmeza y seguridad de las relaciones jurídicas...*”. Pero no. **Se trata de una deformación deliberada. Se prescinde de lo que el Código transmite, para encontrar lo que se desea, o lo que se teme.** Se hace decir al Código lo que este no dice, o dice acompañado de otras cosas que es menester tener en cuenta. Y hablo del Código de 1869, esto es del aprobado a libro cerrado y no de lo que hoy tenemos, después de la fructífera labor doctrinaria y jurisprudencial y de la reforma de 1968.

En cuanto al plenario de 1912, agreguemos que no se lee ni siquiera la opinión completa de los que han juzgado un caso particular (particularísimo, ya dije). No se presta atención –o de propósito se la desvía– en lo que ellos mismos advierten: “*...Tanto en el caso de ‘Gómez Pucio con Borio’, fallado por mí como juez de Primera Instancia, cuanto en otros que he intervenido como miembro del Tribunal (...) no me he pronunciado ni era necesario que lo hiciera (...) Me eximía de ello la circunstancia – que no ocurre al presente– de no haberse invocado ni probado en aquellas causas la existencia de herederos en condiciones de ejercitar la acción de reducción...*”.

En lo que respecta al proyecto, entendemos que se ha optado por una regulación que es contraria a la circulación de los valores, si bien –como ya adelantamos– esta circulación se retomará transcurridos diez años desde la posesión, aunque queda pendiente la interpretación que podría dar la doctrina a la cuestión de la buena fe de esa posesión, cuestión a la que también nos hemos referido.

Hacemos notar que de entrar en vigencia estos textos, quizá en menor grado, de todos modos tenderán a desaparecer nuevamente de los protocolos notariales las donaciones. Pero ello sólo ocurrirá formalmente pues continuarán efectuándose bajo el ropaje de contratos onerosos o encubiertas tras institutos que no deberían

ser utilizados para, simplemente, cumplir con un legítimo deseo: el ánimo de liberalidad.

Gastón di Castelnuovo

Consideración final

Ni esta consideración ni yo somos “políticos”, pero aún con ese riesgo –que no es menor– nos permitimos, con el debido respeto, formular esta consideración final.

Desde antiguo se ha dicho que el cambio de la ley sólo se justifica si el bien que se espera que ella traerá al pueblo es mayor que el mal que la que hoy rige ocasiona.

Con relación a nuestro Código Civil, decía el Maestro Guillermo A. Borda:

“Aunque admitimos que la cuestión es delicada, pensamos que la reforma integral sería gravemente dañosa. En sus cien años de vida, el Código ha dado lugar a un muy valioso aporte doctrinario y a una no menos importante jurisprudencia. Todas sus disposiciones han sido sopesadas, analizadas, coordinadas y valoradas. La vida del derecho, el funcionamiento del Código –si se nos permite el término– ha puesto de manifiesto sus defectos y cualidades. Y aquéllos han sido subsanados en lo más importante, unas veces mediante una inteligente elaboración jurisprudencial. Toda esa enorme labor, todo ese ponderable esfuerzo, quedaría en buena medida inutilizado. El nuevo Código, mientras no haya sido sometido a una labor de crítica similar a la provocada por el actual, dará lugar a incertidumbres y a no pocos trastornos”.

Decidida la reforma integral, tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo, deben obrar con la mayor prudencia.

El pueblo todo confía en que el debate en el Congreso esté a la altura de la circunstancia y no se lleve a cabo como un mero trámite administrativo.

Si por algo se recordará a la señora Presidenta será por sus aciertos y, en esta especialísima circunstancia, por su mesura cuando de cuestiones tan delicadas como la de cambiar la legislación civil se trata, ya que ella está mucho más cerca del hombre común –a quien se dirige y cuya vida en la sociedad regula– que la propia Constitución.