

## DONACIÓN. VALIDEZ DE LOS CONTRATOS. REDUCCIÓN DE DONACIONES

### Resumen

*Donación dentro del proceso dominial y estudio de factibilidad sobre un eventual accionamiento contra terceros adquirentes por lesión en las legítimas.*

Informe: Civil

### Consulta

#### **RELACIÓN DE HECHOS**

**2017.** AA dona a BB, quien acepta en el mismo documento, dos unidades de propiedad horizontal, según escritura pública de 12.1.2017.

BB es única hija de AA —este último, de 80 años de edad— conocida hasta el momento, según declaración de la consultante.

Hoy se pretende otorgar contrato preliminar para la futura compraventa de una de las unidades mencionadas, y dos escribanos ya han rechazado la titulación por encontrarse una donación dentro del proceso dominial, precisamente el último título de 2017. Agrega la consultante que su cliente ofreció afianzar a favor del adquirente al abrigo de la eventual acción de reducción de donaciones.

#### **CONSULTA**

Solicita dictamen de la Asociación de Escribanos del Uruguay sobre la posibilidad de firmar contrato preliminar y posterior compraventa, ha-

biendo una donación en el proceso dominial, con todos los asuntos que ello suscita.

### OPINIÓN DE LA CONSULTANTE

Entiende que el caso en estudio no supone riesgo para el tercero adquirente del inmueble donado de que se accione por lesión a las legítimas dada la solvencia actual del donante, que superaría en varias veces lo donado, la posibilidad de afianzar ante un eventual reclamo y ser la única hija del donante conocida hasta el momento.

### Informe de la Comisión de Derecho Civil

La donación y su posibilidad de afectar a los terceros adquirentes a la luz de lo establecido en el artículo 1112 del Código Civil, a través de la acción de reducción de donaciones inoficiosas de inmuebles por el exceso y con determinados requisitos, es una temática que ha mantenido en vilo a la comunidad jurídica nacional.

En derecho comparado, encontramos en Argentina el artículo 2459 del Código Civil y Comercial: «*Prescripción adquisitiva*. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901». Esta última consideración permite la unión de posesiones, conforme lo regulado por dicho artículo, ubicado en las disposiciones generales de los derechos reales.<sup>202</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos frente a una acción personal con la especial característica de ser *propter rem* con respecto al tercero poseedor. VAZ FERREIRA, en su *Tratado de las sucesiones*, define estas obligaciones como aquellas cuyo sujeto pasivo se determina por la posesión de un fundo, o como obligaciones ligadas a un derecho real sobre una cosa individualizada.<sup>203</sup>

La cantera que debemos excavar es la determinación de cuál es la finalidad del estudio de títulos, entendida como lo hace RUBBO,<sup>204</sup> en la constatación de que el derecho de propiedad radica en el pretense enajenante y de que esa propiedad, así demostrada, esté exenta de vicios, es decir,

202 Russo, Martín, *La inobservabilidad del título proveniente de cesión de herencia a título gratuito a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, trabajo presentado en la 42.ª Convención Notarial (Buenos Aires: 6-8 set. 2017).

203 VÁZQUEZ DE LEÓN, María Beatriz (informante), ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL, «Donación. Sucesiones. Legítima», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 97, n.º 7-12 (jul.-dic. 2011), pp. 529-533.

204 RUBBO, Horacio, *Estudio de títulos*, Montevideo: AEU, 7.ª ed., 2010, p. 17.

que no se encuentre en los títulos la posibilidad de acciones que terceros puedan intentar de forma útil, con posibilidades previsibles de éxito, para turbar la posesión pacífica del futuro comprador, o que lo expongan a pagar sumas de dinero por ser el poseedor actual del inmueble.

Por su lado, expresa LARRAUD<sup>205</sup> que el notario se adelanta a prevenir y precaver los riesgos que la incertidumbre jurídica pudiera acarrear a sus clientes.

En el Análisis Económico del Derecho (New Law and Economics)<sup>206</sup> encontramos la oposición eficiencia *versus* justicia, donde se percibe una visión global de los problemas y de las consecuencias probables de cualquier tipo de elección, en previsión de los efectos de las normas.

Se avizora en el caso concreto consultado que la escribana actuante en la donación, en virtud de los datos aportados por ella misma, habría realizado un adecuado estudio del plano fáctico a la hora de realizar dicho contrato, teniendo en cuenta la edad del donante (80 años), la presunción de que a dicha edad es muy poco probable tenga más hijos, la existencia de una sola legitimaria conocida y el cuántum del patrimonio del donante con relación a lo donado, así como previsiones como dispensa de colacionar, entre otras. Asimismo, se percibe que el accionar de la colega ha sido acertado al emplear la figura jurídica correspondiente y no incurrir en el fomento de la simulación de negocios.

Señala GAMARRA<sup>207</sup> que no hay dudas acerca de la naturaleza contractual del contrato donación, dada su enunciación —«la donación entre vivos es un contrato»— y su ubicación en el Código Civil —libro cuarto, segunda parte, «De las obligaciones que nacen de los contratos»—, ante el precedente del modelo francés, que lo calificaba como un acto. Agrega el tratadista:

Según el concepto plasmado por el legislador, la donación entraña un acto de liberalidad («un contrato por el cual el donante [...] [ejerce] un acto de liberalidad») y es un contrato gratuito porque «el donante se desprende [...] del objeto donado a favor del donatario».

Tal cual fuera mencionado, la acción de reducción de donaciones por afectar la legítimas de los herederos establecida en el artículo 1639 del Código Civil, con su alcance a terceros cuando lo donado es un inmueble y cumplidos ciertos requisitos del artículo 1112 *eiusdem*, ha convertido a la donación en la némesis del tráfico jurídico; encontramos impías consideraciones de un gran número de colegas relativas a este contrato. Este

205 LARRAUD, Rufino, «Anotaciones y concordancias en relación al derecho positivo argentino por el Instituto Argentino de Cultura Notarial», *Curso de derecho notarial*, Buenos Aires: Depalma, 1966, pp. 138-139.

206 MOLLA CAMACHO, Roque, *Obligaciones y contratos* (curso), Facultad de Derecho, Universidad de la República.

207 GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo: FCU, tomo VI, 3.ª ed., 2004, pp. 9-10.

punto es destacado por GAMARRA:<sup>208</sup> «En la jerga notarial, para marcar esa inestabilidad de la documentación se habla de un título *sucio* cuando hay una donación en los antecedentes dominiales». En esa misma línea de razonamiento añade el referido civilista que la doctrina aconseja estudiar si existen más legitimarios y estar a la edad del donante —presumir que ya no podrá tener hijos— para que el peligro de la reducción contra el tercero adquirente sea remoto.

El tópico abordado ha ocupado las horas de prestigios autores patrios como GAMARRA,<sup>209</sup> MOLLA,<sup>210</sup> y AREZO,<sup>211</sup> entre otros, y ha sido objeto de múltiples informes de esta comisión.<sup>212</sup> Este informante entiende que sería un ejercicio poco proficuo reiterar los lineamientos a adoptar al encontrarnos con una donación, tan claramente desarrollados por dichos doctrinarios y en numerosos informes de nuestra comisión. Tan solo destacar lo expresado por AREZO, que se cita textualmente:

El adquirente del donatario debe examinar el contexto familiar y la solvencia de la masa (si se ha abierto la sucesión) o del patrimonio del donante y estimar, grosso modo, el riesgo que puede correr —se reitera, eventualmente— el adquirente, y para ello debe actuar con un criterio más comercial que jurídico. Nada obsta, por otra parte, a que el donatario enajenante pueda caucionar de alguna manera las eventuales resultas de dicha reducción (aunque es improbable que si es solvente, el donatario alcance por el exceso al tercero, ya que es necesario discutir, previamente, el patrimonio del donatario).

Estaríamos en condiciones de aseverar que uno de los posibles remedios en esta espinosa materia sería el otorgamiento de fianza por terceros, que, según las enseñanzas de MOLLA,<sup>213</sup> es válida y no constituye renunciar a la acción de reducción de la donación inoficiosa; además, el derecho a la legítima lo tiene el heredero forzoso en el momento de producirse la devolución sucesoria (art. 1039 CC) y no cuando otorga la fianza.

Otro posible antídoto para este perjudicial pero vigente artículo 1112 del Código Civil sería su derogación, pero eso ya es terreno de aspiraciones *lege ferenda* de nuestra comisión más que solución al día de la fecha.

208 GAMARRA, Jorge, o. cit., pp. 115-116.

209 GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, Montevideo: FCU, tomo VI, 3.<sup>a</sup> ed., 2004, pp. 115-116.

210 MOLLA CAMACHO, Roque (informante), ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL, «Donación», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 74, n.º 7-12 (jul.-dic. 1988), pp. 356-358.

211 AREZO PÍRIZ, Enrique (informante), ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL, «Donación. Colación», *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 78, n.º 7-12 (jul.-dic. 1992), pp. 365-370.

212 *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomos 69, 74, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 97, 100.

213 MOLLA CAMACHO, Roque, «Validez de la fianza otorgada por los futuros legitimarios», *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXX, 2000, pp. 841-843.

## CONCLUSIÓN

En virtud de lo desarrollado con anterioridad, se concluye que la donación es un título válido, previsto en nuestro ordenamiento jurídico, y el eventual perjuicio al tercero adquirente, a la luz de lo dispuesto en nuestra normativa nacional, será objeto de análisis del profesional interviniente, teniendo en cuenta los parámetros planteados por la doctrina a la que refiriéramos en el presente informe; se ve con buenos ojos la posibilidad de fianza otorgada por terceros.

Esc. Nicolás García Rodríguez  
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Juan Pablo Alonso, Jorge Carneiro, M.<sup>a</sup> Inés Casatroja, Nicolás García Rodríguez, Mariana González Bonaudi, Carlos Groisman, M.<sup>a</sup> del Rosario Marchese, Ana Lía Méndez, Roque Molla, Laura Parnás, Margarita Puertollano, Ana Lucía Realini, Diego Séré, Adriana Silva y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Nicolás García Rodríguez, con el siguiente agregado. Con carácter general, no corresponde rechazar una titulación que contenga un antecedente dominial donación por ese solo hecho. Corresponde, sí, analizar caso a caso, y en la medida en que se garantice de manera suficiente que ante la eventualidad del ejercicio de una acción de reducción de la donación el tercero poseedor no sufrirá ninguna consecuencia patrimonial, no existe justificación para observar la documentación. La garantía suficiente deberá analizarse en cada situación concreta, ya sea personal o real.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar  
Coordinadores

*Informe aprobado por la Comisión Directiva Nacional  
de la AEU el 20.12.2018, expediente 2000/2018.*