

INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL

LOS ANTICIPOS DE HERENCIA POR VÍA JUDICIAL

OPINIÓN DE FRANCISCO MARTINEZ SEGOVIA

1. La calificación corriente de "anticipo de herencia" encubre, en realidad, la verdadera naturaleza jurídica del contrato que se celebra entre padres e hijos, o sea la donación. Los elementos esenciales consignados en el art. 1789 del Código Civil, para saber cuándo hay donación, son los siguientes:

a) Un acto entre vivos; b) La transferencia de la propiedad de una cosa; c) gratuitamente, se hallan en los llamados anticipos de herencia.

La designación común de estas donaciones, tomada de sus efectos y no de su naturaleza, proviene seguramente de la expresión del art. 3476, Cód. Civil, relacionado con la colación que reputa como "anticipación de su porción hereditaria" la "donación entre vivos hecha a un heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante". Y la imputación de lo recibido por el hijo está determinada en el art. 1805, Cód. Civil, cuando dice: "Entiéndese que es hecho como un adelanto de la legítima", concepto de adelanto que también coadyuva a la denominación de "anticipo"

Pero, en concreto, estamos frente a un contrato de donación sujeto a las normas del título VIII, libro II, sec. III del Código Civil.

2. Esta precisión es fundamental para encarar el tema en cuyo enunciado se hace referencia a la "forma" de realizar tal anticipo de herencia (donación), de parte del donante a uno o todos sus herederos forzosos.

El interrogante, por tanto, es: si una donación puede cumplirse por vía judicial.

3. Para responder a él, nuestra ley de fondo es, también, muy precisa, más aún después de la reforma del art. 1810 del Cód. Civil por la ley 17711.

En materia de forma de las donaciones, debe distinguirse según el contenido de ese acto de liberalidad, a saber: si se trata de inmuebles, cosas muebles o derechos.

I. Exigen la escritura pública, como forma de ser, las donaciones de bienes inmuebles, ya que el art. 1810, inciso 1º, en su nueva redacción, así lo prescribe: "en la forma ordinaria de los contratos y bajo pena de nulidad", según el mismo artículo.

Está claro que no puede adoptarse, para estas donaciones, la forma judicial. "Las donaciones designadas, no se juzgarán probadas sin la exhibición de la correspondiente escritura en que se hubiesen hecho", reafirma el art. 1812, Cód. Civil.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

II . "La donación de cosas muebles o de títulos al portador - dice el art. 1815, Cód. Civil - puede ser hecha sin un acto escrito, por la sola entrega de la cosa o del título".

Solamente en caso de que la entrega de los bienes donados hubiera sido diferida para un momento ulterior a la donación misma, el Código exige una prueba escrita "en todos los otros casos", con excepción de los inmuebles, "por instrumento público o privado" o por confesión judicial del donante (art. 1813. Cód. Civil).

III. Las cosas muebles registrables, por razones obvias, requerirán el acto escrito de donación, por instrumento público o privado.

IV. Es de notar que para estos dos casos (II y III) la ley es más amplia al no limitar la forma a la "escritura pública", sino al admitir el instrumento público, como género, o el privado.

V. La forma judicial para estas donaciones (II y III) es, por tanto, admisible aun cuando superabundante.

Se plantea la duda, sin embargo, de la competencia del juez para recoger en actuaciones judiciales expresiones de voluntad contractual. Aquí debe analizarse la problemática de la extensión de la llamada "jurisdicción voluntaria" y, al respecto estimo de interés recoger la opinión del consejero doctor José Carlos Carminio Castagno, quien tiene criterio acerca de la limitación de esa competencia a los casos que enumere el respectivo Código Procesal. Desde ya, por conocer ese criterio, participo de su punto de vista al respecto.

VI. En cuanto a las donaciones de derechos, puede separarse:

a) Las cesiones de créditos que están cuidadosamente legisladas en el Código Civil y a cuya transferencia gratuita se aplican las normas de las donaciones conforme al art. 1437, Cód. Civil, pero que, además, exigen la notificación o aceptación bajo la forma de "acto público" (art. 1467, Cód. Civil, última parte).

b) En cuanto a las cesiones de derechos, no tratadas en especial en el Código Civil, las pocas normas que se encuentran en él son relativas, precisamente, a la forma, y así:

El artículo 1184 inciso 6º exige la escritura pública para las cesiones de derechos hereditarios, por lo que, cuando fueren cedidos gratuitamente, se aplicaría esta disposición legal.

El artículo 1184 inciso 9º también requiere la escritura pública para las "cesiones de acciones y derechos procedentes de actos consignados en escritura pública".

Pese a lo prescrito en el artículo 1185, Cód. Civil, acerca de la conversión de los contratos que, debiendo ser hechos en escritura pública, fueren hechos en instrumento particular (norma no aplicable a las donaciones de inmuebles, art. 1810) y, no obstante la supresión, por la ley 17711 de la sanción de nulidad consideramos que ateniéndonos al artículo 1183. Cód. Civil que expresa: "Cuando la forma instrumental fuere exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento (en nuestro caso la escritura pública, art. 1184) el contrato no valdrá si se hiciese en otra forma".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Y, más aún por aplicación del artículo 1182, Cód. Civil, acerca de que "Lo dispuesto en cuanto a las formas de los actos jurídicos debe observarse en los contratos" debemos llegar a la conclusión de que la falta de escritura pública en las donaciones de créditos y derechos los afecta de nulidad en el mismo plano del artículo 1810 inciso 1°, porque "Cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente" (art. 977, Cód. Civil).

Por ello, en los casos tratados en este apartado VI - b, por la sanción de nulidad, como en los casos del apartado I, debe considerarse, como lo dice el segundo párrafo del artículo 1810, texto actual, que "respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el artículo 1185"

La forma judicial, para estas donaciones, es, por consiguiente, inadmisibles .

4. La forma judicial para los anticipos de herencia (donaciones) usada viciosamente en aquellos casos que no admiten tal forma, como lo hemos visto antes, tiene su origen en la pretendida confusión introducida al realizarse "particiones en vida" utilizando esa vía judicial.

El tema tiene una larga trayectoria y, por lo que conocemos en Entre Ríos, ha tenido esporádica cuanto perjudicial experiencia.

En orden cronológicos, por el interés y las consecuencias advertidas en el ámbito local de Entre Ríos, más precisa y exclusivamente en Paraná, podemos aludir como complemento del tema las siguientes colaboraciones publicadas en la Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos:

Gonsebatt Uranga, Luis, "Partición anticipada de bienes", 1964, págs. 479 a 487 (trabajo presentado a la III J.N.A. de Mendoza).

Martínez Segovia, Francisco, "Partición anticipada de bienes. Forma. Menores interesados", 1947, págs. 571 a 578.

Colomar, Antonio F., "Carácter de la acción de nulidad de la división hecha por el padre y la madre y demás ascendientes entre sus descendientes, por donación entre vivos" (1948, págs. 79 a 88) .

Partición por ascendiente, resolución de la Federación Argentina de Colegios de Escribanos, nota del escribano Adolfo F. Landó, opinión del doctor Eduardo Busso (1951, págs. 85 a 90).

Partición por ascendiente. Resolución 4 de la II J.N.A. (1952, pág - 195).

Además, el Colegio de Escribanos de Entre Ríos publicó un opúsculo compilado y ordenado por el escribano Manuel V. Arrías y el suscrito, titulado: "Partición por donación o partición por ascendiente y anticipo de herencia. Nulidad por defecto de forma. Necesidad de la escritura pública. Ineficacia de la actuación judicial", que consta de cuarenta páginas y pie de imprenta de 1953.

En este trabajo se asienta la doctrina: "La reiterada utilización del trámite judicial por el ascendiente, y, por ende, en vida de éste, y la prescindencia de la escritura pública, habiendo inmuebles, está viciando de nulidad numerosos títulos de dominio en nuestra provincia". En él se transcriben, en lo pertinente, las colaboraciones y resoluciones antes enumeradas y, además, las opiniones coincidentes de los doctores Eduardo B. Busso, Alberto J. Molinas y Enrique V. Galli.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En el opúsculo referido se hace una comparación, en un cuadro entre la partición por herencia (muerto el causante) y la partición por donación (en vida del donante).

Por último, el doctor Elías Guastavino, en su obra Pactos sobre herencias futuras, Ediar, 1968, sostiene que la forma debe ser la de escritura pública, por la remisión que hace el art. 3523 a las normas generales de las donaciones, lo que hace aplicable el artículo 1810 inciso 19 (pág. 313) y recoge el debate antes mencionado en el párrafo 262: "Discusión acerca de la partición por donación realizada mediante trámite judicial" (págs. 314 a 316).

Resumiendo:

1° La donación a los herederos forzosos o anticipo de herencia no puede ser hecha por actuación judicial cuando se trata de inmuebles, derechos o créditos.

2° Tratándose de muebles no registrables o títulos o acciones, puede ser manual, sin documentación alguna, pero la prueba para reclamar la entrega de la cosa donada debe constar en instrumento público o privado.

3° La donación o anticipo de herencia de bienes registrables muebles debe ser hecha por escrito, por razones de la misma necesidad de registración.

OPINIÓN DE FRANCISCO FERRARI CERETTI

I. Participo en todo de la minuciosa argumentación expresada por el preopinante consejero Martínez Segovia.

Los calificados "anticipos de herencia" son en esencia y naturaleza verdaderos contratos de "donación", sujetos a las disposiciones del Libro II, Sección III, Título VIII del Código Civil.

II. La reforma introducida por la ley 17711 al art. 1810 del Cód. Civil elimina definitivamente las discrepancias de los autores y de los fallos de los magistrados, en cuanto a si la exigencia de la escritura lo es ad probationem o ad solennitatem.

Como sostuvo la Cám. Civ. 26 Cap., el 11/5/31 (J.A. XXXV950) y la Suprema Corte de Buenos Aires, el 3/7/51 (L.L. 63-799), el Código Civil exige que las donaciones de bienes inmuebles sean hechas ante escribano público, bajo pena de nulidad.

Al ser exigida la escritura pública bajo pena de nulidad, es decir ad solennitatem, no otorgándose ella, es indudable que la donación no ha existido.

Así piensa Llerena (t. 6, pág. 43, n° 2): la especialidad del contrato de donación hace que su existencia dependa especialmente de la forma en que se constituye y que se acepta.

La forma de la donación es impuesta en el mismo carácter de la forma de los testamentos, es decir, como condición esencial de su existencia.

Contrariamente, Segovia (t. 1, pág. 513, art. 1812, nota 50) y Machado (t. 5, pág. 61) sostienen que es de aplicación el art. 1185 y, por tanto, el donante puede ser obligado a otorgar la escritura, porque el codificador se ha

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

apartado de Freitas (art. 2150), criterio que ha sido sostenido por la Cám. Civ. 1ª el 7/11/33 (J.A. 44 - 123, con nota de Arturo Acuña Anzorena: "La naturaleza de los requisitos formales en materia de donaciones").

Pero este criterio no puede prevalecer en la actualidad, ante la clara redacción de la reforma: "Respecto de los casos previstos en este artículo (1810 incs 1º y 2º) no regirá el art. 1185". Así lo ha interpretado el Instituto Argentino de Cultura Notarial, en el estudio "Ley 17711, reformas al Cód. Civil y leyes complementarias. Aplicación en la práctica notarial" Buenos Aires, 1968, pág. 124, nº 7.

III. La supresión de los términos "y a falta de éste, ante el juez del lugar y dos testigos" también elimina la posibilidad de utilizar la vía Judicial para documentar las donaciones de inmuebles.

La intervención judicial sólo es admisible en el caso de la existencia de menores o incapaces, a los efectos de la aprobación previa del proyecto de partición y la designación del representante de esas personas, como lo declaró la V Jornada Notarial Argentina, realizada en Rosario el 23 - 29/10/49, tema II (Congresos y Jornadas. Doctrina Notarial, La Plata 1969 Partición de bienes por donación). Resoluciones (pág. 270):

"Art. 4º - Que no puede admitirse sino la forma solemne de la escritura pública para las particiones por donación que el ascendiente hace entre sus descendientes o herederos. La ausencia de la escritura pública en este caso vicia de nulidad insanable al acto. La presencia de menores, incapaces o ausentes, no autoriza a prescindir del requisito de la escritura pública. La intervención judicial en este supuesto debe limitarse a la designación del representante de esas personas para aceptar el acto y a la aprobación previa del proyecto de partición. Si todos los herederos son mayores y están presentes, la forma judicial es inadmisibile".

IV. En lo que hace a la donación de inmuebles al Estado, la doctrina y la jurisprudencia se habían pronunciado por la aplicación de las normas del "derecho administrativo" y no del "derecho civil".

Declarando en forma concluyente que no es necesaria la escritura pública para perfeccionar la donación de inmuebles hecha al Estado, por la Suprema Corte Nacional, el 16/9/19 (J.A. 3 - 792) y la Cámara Civil 1ª el 18/4/28 (J.A. XXVII - 489; 1946 - V - 683 y el 14/7/52, L.L. 68 - 468); la Cámara Civil 2ª, el 20/10/50 (L.L. 63 - 44) y la Suprema Corte de Tucumán, el 27/3/41 (J.A. 74 - 764).

El Procurador General de la Nación, en la vista (Fallos, t. 102 - 77) manifestó: "que si el donante no otorgo escritura de propiedad al Gobierno, «esa circunstancia o condición necesaria en derecho respecto de los actos privados», no era indispensable cuando la transferencia se hace y consta por actos oficiales, por derecho público, y que la aceptan, por inscripciones y publicaciones en el Registro Nacional".

También se ha determinado la constitucionalidad de las ordenanzas que facultan a la Municipalidad para no conceder permiso para vender un inmueble dividido en lotes, si el propietario no transfiere gratuitamente los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

terrenos destinados a las calles requeridas por el fraccionamiento, por la Corte Suprema de la Nación, con fecha 23/12/42, con nota de Alberto CT. Spota, "Dominio público de las calles resultante del «loteo» de inmuebles" (J.A. 1943 - I - 657); L.L. 11 - 815; 15 - 924; 21 - 844; Fallos 130 - 91; 102 - 77).

Conceptos que han sido convertidos en preceptos de la ley, por la reforma de 1968, al último párrafo del art. 1810: "Las donaciones al Estado podrán acreditarse con las constancias de actuaciones administrativas".

Como dijo el Instituto Argentino de Cultura Notarial (ley 17711, ob. cit., pág. 125, n° 8): "La reforma ha incorporado al texto de la ley lo que la jurisprudencia había impuesto".

OPINIÓN DE JORGE A. BOLLINI

Coincido con las valiosas argumentaciones del consejero Francisco Martínez Segovia. Son tan convincentes sus argumentaciones que poco es lo que yo podría agregar.

Por ser coincidentes, comparto en la misma forma el dictamen del consejero Francisco Ferrari Ceretti.

OPINIÓN DE LAUREANO A. MOREIRA

Participo de las conclusiones de los dictámenes de Francisco Martínez Segovia y Francisco Ferrari Ceretti.