

LA RENUNCIA A LA COLACIÓN EN LAS FRECUENTES FORMULAS NOTARIALES ("DESHEREDACIÓN CONSENTIDA")

Por *Gabriel B. Ventura*

(NOTA A FALLO Autos: "Scamperti de Torres, Pascualina Josefina Antonieta c. Scamperti, Silvia Marina y otros"— Fallo del 15 de mayo del 2008. Cámara 4ª Córdoba, integrada por los Dres. Cristina E. González de la Vega de Opl, Raúl E. Fernández y Miguel A. Bustos Argañarás)

I. INTRODUCCIÓN

La autonomía de la voluntad posibilita que las partes hagan y des-hagan sus derechos como mejor les plazca, según lo sienta como principio general de manera expresa el artículo 1197 del Código Civil. La propia ley confiere a dichos pactos el mismo poder de coerción que al mandato legal. Sin embargo dicha atribución de los sujetos sufre importantes limitaciones cuando se hallan en juego disposiciones en las que está interesado el orden público.

La sabia regla de Papiniano *ius publicum privatorum pactis non potest* (las normas de orden público no pueden ser alteradas por pactos particulares), pone así un justo freno a la autonomía de la voluntad, y nuestro codificador la recepta de manera expresa y casi textual en el artículo 21 del Código Civil: "*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres*". Esta norma, al igual que la de los artículos 953 y 1167, relacionados con el objeto de los actos jurídicos y de los contratos respectivamente, aparecen como una lógica sumisión del interés particular a los principios que rigen el bien común.

En la coherente ideología de nuestro Codificador no es raro encontrar normas como éstas que, frente a la libertad que asigna un determinado instituto, aparecen moderando las plenas facultades que un liberalismo a ultranza llevaría a injusticias supremas. Las prerrogativas particulares resultan restringidas en aras del orden público, la moral y las buenas costumbres¹. Viene a cuento a ese respecto la bellísima nota al artículo 2508 del Código Civil en la que VÉLEZ explica que *“Cuando establecemos que el dominio es exclusivo, es con la reserva que no existe con ese carácter, sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual”*.

II- EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE O RESTRICCIÓN A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Lamentablemente no siempre resulta del todo fácil determinar cuándo está en juego el orden público y cuándo no lo está. En algunos casos el legislador toma el recaudo de pronunciarse directamente sobre dicho imperativo. Así pueden leerse en los modernos cuerpos normativos, en alguno de sus artículos: “Esta ley es de orden público”; con lo que el legislador nos alerta respecto a la imposibilidad de la renuncia de las facultades establecidas en ella.

Sin embargo debemos ser cuidadosos tanto al considerar de orden público una determinada institución sólo por el decir legislativo, como de interpretar que no lo es por la inexistencia de norma expresa que así lo indique. El mero pronunciamiento legal no sirve de base para transformar un instituto jurídico cualquiera en algo en lo que esté interesado el orden público; de la misma manera que el legislador no puede contradecir los hechos de la naturaleza, ordenarle al mar que deje de agitar las olas o al viento que deje de soplar, tampoco puede a su antojo determinar que en tal o cual sistema está interesado el orden público. Este puede estar en juego con total independencia de que el legislador lo haya considerado de uno u otro modo.

¹ Edgard A. FERREYRA, *Principales efectos de la contratación civil*, Ábaco, Buenos Aires, 1978, p. 132.

No puede negarse sin embargo que, ante la duda, la determinación de orden público por parte del Congreso Nacional o las Legislaturas Provinciales, será un importante elemento dirimente frente a un conflicto motivado por dicho carácter.

En el caso de la renuncia a la colación, varias normas concretas prohíben dicho pacto, negando eficacia al mismo en caso de concretarse. Obviamente en estos supuestos, el motivo de la ley es el orden público, aun cuando no surgiera de manifestación expresa.

Podríamos decir que el orden público está constituido por todos los valores, políticos, sociales, jurídicos y económicos que se consideran en un momento y lugar determinados, como esenciales o fundamentales para toda la comunidad. Como puede advertirse, hay algo de coyuntural en nuestro concepto y algo de ideológico. Por ejemplo en los regímenes totalitarios, en donde el Estado y su Gobierno resulta ser el principal protagonista de la historia, lo de interés público involucrará necesariamente todo lo que sea de provecho político o económico para el Gobierno de ese momento; mientras que si el régimen es más participativo, se atenderá para considerarlo tal, a la conveniencia social y colectiva de los administrados. Pero siempre estarán involucrados intereses que se consideren fundamentales, a veces incluidos en una palabra sofisticada que lo hace aparecer ficticiamente como necesidad imperiosa frente a un conflicto en concreto. El problema de la vivienda, el problema de la desocupación o el problema de la corrupción generalizada, pueden ser buenos ejemplos de lo que venimos exponiendo.

Salvat define el orden público como el “conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida”².

III- EL CASO

En el caso que nos proponemos analizar, un padre donó un inmueble a sus hijos del segundo matrimonio. Al fallecimiento del donante, los hijos del primer matrimonio de éste iniciaron acción de colación

² Raymundo M. SALVAT, *Tratado de derecho Civil Argentino. Parte general*, t. I, Tea, Buenos Aires, 1958, (actualizado por Víctor N. ROMERO DEL PRADO) Nº 247, p. 148.

contra sus medio hermanos, para que, por efecto de la citada acción, sean ingresados al acervo hereditario los valores de los bienes donados. Los demandados se defendieron exigiendo el rechazo de la acción dado que los demandantes habían concurrido al acto de donación y habían suscripto “de conformidad” una cláusula en la que se determinaba “[...] *que han recibido de parte de su padre igual monto que el donado a sus hermanos, por lo que están de acuerdo con la presente, renunciando por tanto al derecho de colación que pudiera corresponderles, firmando la presente en prueba de conformidad*”.

En primera instancia el tribunal *a quo* no hace lugar a la acción, y basa su pronunciamiento en la teoría de los propios actos, pues los herederos manifiestan conformidad y luego se contradicen; en la norma del artículo 1047 del Código Civil que impide alegar la nulidad a quien “[...] ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”; y en la inexistencia de la violencia o presión supuestamente generada por el padre contra sus hijos para obligarlos a suscribir la escritura de donación con la aludida cláusula.

Apelado el pronunciamiento, la Cámara en impecable fallo revierte la suerte del reclamo y hace lugar a la acción de colación, con abundante doctrina y una perfecta aplicación de las reglas que imperan en materia de orden público.

Si bien es cierto que las partes han pactado, supuestamente en libertad, una cláusula escrituraria renunciando a un derecho, es del caso que tal prerrogativa, es decir el derecho a la porción legítima de los herederos forzosos, no es susceptible de tal dimisión (art. 3599, CC). En un pronunciamiento impecable, lógico y respetuoso del orden jurídico, frente a la apelación planteada por los herederos preteridos, la Cámara hace justicia en contra de una costumbre arraigada en el mundo notarial.

IV- EL ORDEN PÚBLICO Y EL *VETUM MORTIS*

Como podemos advertir, todas las lucubraciones en torno al orden público y la necesidad de su tutela, tienen una importancia suma en el caso que analizamos.

El legislador en varios dispositivos ha determinado expresamente la irrenunciabilidad de la porción legítima, así como la prohibición de contratar sobre la misma. El fundamento legal de tal determinación radica en la necesidad de dejar a cubierto toda especulación con la muerte de las

personas. Ese, sin dudas, es el motivo fundamental de la consideración legal. Pero no puede dejar de tenerse también en cuenta, aun cuando no surja de dispositivo alguno, la eventualidad de los derechos hereditarios, sobre todo cuando los relacionamos con bienes en concreto.

Dan cuenta de lo que venimos exponiendo las normas de los artículos 1175, 3311 y 3599 del Código Civil, para citar sólo los dispositivos más expresivos. En el artículo 1175 del Código se expresa que *“No puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares”*.

Se hace menester aclarar aquí, aun cuando signifique un ligero apartamiento del tema central de nuestro estudio, que la última parte de la norma del 1175 del Código Civil, referido a los contratos, no alude en realidad a la prohibición de contratar sobre herencia futura, sino a herencia actual aún no partida ni liquidada. En las llamadas “cesiones de derechos hereditarios” pues, no podrán incluirse cosas o bienes concretas de la herencia. Esa es la correcta lectura que corresponde hacer de la norma.

Si bien la doctrina ha venido eludiendo referirse a la prohibición de la segunda parte del 1175, para fundar la nulidad de las cesiones sobre cosas determinadas, de nuestra parte resultó todo un hallazgo el dispositivo. En efecto, como sabemos la doctrina entiende que no pueden efectuarse cesiones de derechos hereditarios sobre bienes determinados, pero ningún autor funda su postura en norma expresa. Así, por ej. ZINNY, resulta de una claridad extraordinaria, pero omite fundar su posición en la incuestionable disposición a la que aludimos que, en nuestra opinión, elimina toda duda al respecto³.

Estimamos que el artículo 1175 del Código Civil, en su última par-

³ Mario A. ZINNY, “Cesión de derechos hereditarios”, Cuaderno N° 3 del Instituto de Derecho Notarial, Colegio de Escribanos de Santa Fe (2ª Circ.). Véanse también sobre el punto Raymundo M. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino – Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., Tea, actualizada por ACUÑA ANZORENA, t. 1, p. 469; Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los Contratos*, t. 2, Parte especial (1), Zavalía, Buenos Aires, p. 642; Gabriel B. VENTURA, “Tracto abreviado registral”, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 226, nota 39. En nuestro *La cesión de derechos posesorios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, fascículo de Agosto de 2008, p. 843, decíamos: “Las prohibiciones de contratar sobre herencias futuras contenidas en los arts. 1175 y 3599, CC, por efecto del *vetum mortis*, serán también nítidos ejemplos de bienes no cesibles”.

te: “[...] *ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares*” torna inopinable la cuestión; la eventualidad que menciona la última parte no se refiere ya a herencia futura, sino a herencia actual aún no partida ni adjudicada. Justamente la eventualidad referida alude a la posibilidad de que no quede nada en el acervo luego de practicado el inventario; pueden resultar compensados créditos y débitos. El legislador, en esta segunda parte, no dice “herencia futura”, sino que directamente, luego de un punto y coma, habla de “derechos hereditarios”; y esta diferente referencia es lo que también nos permite distinguir los supuestos: la primera parte de la norma se refiere a la herencia futura, y la segunda a objetos eventuales en derechos hereditarios actuales. Si se estuviese refiriendo también en la segunda parte a los bienes que podrían conformar una herencia futura, no hubiese distinguido el objeto tan claramente como lo hace. Creemos que la norma ha pasado desapercibida en general para la doctrina, por la importancia de la primera parte que alude al *vetum mortis*⁴.

Volviendo a la renuncia a la colación, también el artículo 3311 del Código Civil es atinente al asunto al establecer que “*Las herencias futuras no pueden aceptarse ni repudiarse. La aceptación y la renuncia no pueden hacerse sino después de la apertura de la sucesión*”.

Igualmente el artículo 3599 determina que “*Toda renuncia o pacto sobre la legítima futura entre aquellos que la declaran y los coherederos forzosos, es de ningún valor. Los herederos pueden reclamar su respectiva legítima; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por el contrato o renuncia*”.

V- NULIDAD DE LA RENUNCIA A LA COLACIÓN – VALIDEZ DEL TÍTULO DE DONACIÓN

Es frecuente en las costumbres notariales el uso de la fórmula que aparece en el caso que comentamos. Cuando los padres desean favorecer a uno de sus hijos en desmedro de otros, el notario suele patrocinar su requerimiento haciendo insertar la conformidad del resto de los hijos. En algunos casos la cláusula ni siquiera aparece con la expresión

⁴ Gabriel B. VENTURA, *Ley 17.801. Registro de la propiedad inmueble, Comentada. Anotada*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, nota al art. 2º, p. 96.

concreta “renuncian a la acción de colación”, como en el analizado. Ello chocaría demasiado abiertamente contra la interdicción legal, sino que en el título sólo se consigna la afirmación de haber recibido bienes por valores equivalentes por parte del resto de los herederos. Aunque más disimulada, esta manifestación no deja de constituir la renuncia expresamente vedada por ley.

No consideramos incorrecto el proceder del funcionario notarial de incorporar la participación de los otros herederos; todo lo contrario, con su accionar evita el desconcierto y el ocultamiento de intenciones que podrían generar heridas familiares en el futuro.

Aún cuando la cláusula resultará inoponible a los herederos preteridos que quieran accionar por colación, creemos atinado incorporar la presencia de los otros herederos al acto notarial.

En razón de lo expuesto estimamos que el resolutivo comentado pone un justo freno, tal como lo quiso VÉLEZ, a la “desheredación consentida”, por llamarle de alguna forma, en la que suelen caer los padres cuando quieren favorecer a uno de los hijos.

Se obligará así al instrumentador a brindar el correcto asesoramiento a sus requirentes. Si bien el acto será válido e inobjetable como título al dominio, según veremos, el donatario no queda liberado de sufrir la colación por parte de los otros herederos, aún de los que hubieren comparecido a la donación manifestando su conformidad.

A pesar de lo determinado por la Cámara, no debe concluirse que el título traslativo dominial de donación carezca de eficacia. La cláusula de renuncia, en caso de invocarse el *vetum mortis* del 1175 y 3599 del Código Civil, no podrá oponerse a los herederos preteridos, pero la donación será perfectamente válida. Los herederos podrán exigir la colación sólo del valor del bien donado, para su justa redistribución, a la masa del acervo hereditario; mas el derecho real constituido en cabeza del donatario y eventualmente transferido a sus sucesores a título singular o universal, continuará en sus respectivos patrimonios irrevocablemente adquirido por dicha causa.

Por otra parte resta remarcar que el supuesto de la donación a uno de los hijos, aun hiriendo la legítima de otros, no deja de ser una solución frente a algunas situaciones que el donante tiene derecho a considerar. No siempre debemos imaginar entre las partes (donante y donatario) ánimo de engaño o fraude para con los otros legitimarios. En ocasiones el supuesto tiene muy buena intención, como cuando algunos de los hijos tienen fortuna y otros han quedado con escasos recursos y los progenitores, atendiendo a un imperativo de justicia distributiva,

tan propio de su función directiva y de control familiar, pretenden paliar los efectos de ese desequilibrio.

Por ello es tan importante destacar la valía de dichos títulos que no por herir porción legítima alguna se tornan ineficaces. Ello sólo ocurrirá frente al reclamo de los titulares de las respectivas legítimas; y sus efectos, reiteramos, sólo harán mengua en la cláusula misma, no así en el título de adquisición, tal como surge de la lectura del artículo 1831 del Código Civil.

En suma, exigimos como de buena praxis notarial, la comparecencia a dichos actos de donación del resto de los herederos, ya que si bien ello no suma eficacia plena contra una colación futura, denota en cambio, de manera acabada, la falta de animosidad dañina frente al resto de los herederos y la verdadera intención de donante y donatario. Ellos han actuado de buena fe y sin ocultamientos.

En cuanto a la actitud del notario, obviamente no merece reproche alguno. El título dominial no perdió eficacia y la cláusula de dimisión cumplió un efecto social y familiar de pacificación, tan propios de una buena función notarial.

A los fines de fundar más acabadamente la plena valía del título acudimos al citado artículo 1831 del Código Civil, del que surge que ante la acción de colación, lo único que deberá aportar el donatario al proceso sucesorio a los fines de su redistribución, serán “los valores” de los objetos donados y no los objetos mismos. No ocurre aquí como en el caso de la acción de reducción, en la que lamentablemente por una confusión interpretativa sí pareciera estar previsto dicho efecto reipersecutorio, aún en contra de terceros adquirentes ajenos por completo al conflicto hereditario.

Esta aclaración nos resulta de suma importancia, pues mientras nos hemos opuesto terminantemente al supuesto efecto reipersecutorio de la acción de reducción, inadecuadamente previsto en el art. 3599 del Código Civil, por entorpecer la seguridad que brindan los títulos de donación en el tráfico negocial⁵, vemos en cambio con beneplácito la posibilidad de

⁵ El desprecio por los títulos de donación comenzó a hacerse notar luego del fallo plenario del año 1912 de las Cámaras civiles de la Capital Federal, en autos “Escary c/ Pietranera”. LÓPEZ DE ZAVALÍA, en su comentario al libro de Gastón DI CASTELNUOVO, remarca que en la fecha del citado plenario no existía el art. 1051 con su actual redacción. Véase Gastón DI CASTELNUOVO, *El Distracto*, FEN, Buenos Aires, 2002, ps. 9 y 10. Véase también sobre el tema la hermosa síntesis que

recuperar sólo el valor de las cosas donadas y no las cosas mismas previsto para la colación, según el artículo 3477 del Código Civil (y su nota)⁶.

VI- LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

La primera defensa que puede aparecer factible en contra de quien ha renunciado a colacionar y luego lo hace, es considerar aplicable la teoría de los actos propios, pues a nadie le está permitido volver sobre sus propios actos. Resulta una actitud contradictoria y se hiere la buena fe que debe imperar en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos, conforme a lo previsto en el artículo 1198 del Código Civil, si quien declara algo en un momento, luego se desdice aprovechando la posibilidad que le brinda la ley. Es la doctrina sentada en el proloquio *venire contra factum proprium nulli conceditur* (a nadie le es permitido volver sobre sus propios actos), cuyos atisbos se encontraban ya en algunos pronunciamientos romanos de la época clásica. En la actualidad dicha actitud se encuentra condenada por el derecho positivo argentino en los dispositivos de los artículos 1198 citado y segunda parte del 1071 del Código Civil⁷. MOISSET DE ESPANÉS explica que una institución similar aparece en el *common law*: el “*stoppel*” que se erige como una [...] barrera o freno (“stop”) a las pretensiones de quien reclama algo en abierta contraposición con lo que anteriormente había aceptado⁸.

se hace en *Teoría y práctica de los contratos. Instrumentos públicos y privados*, t. I, Carlos M. D'ALESSIO (director), La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 545 y 546.

⁶ Gabriel B. VENTURA - Amara BITTAR DE DURALDE, “Necesidad de modificar las normas relativas a la acción de reducción”, ponencia presentada a las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – Vº Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, septiembre de 2009. *Libro de ponencias, Comisión de sucesiones*, p. 102. Gabriel B. VENTURA, “Donaciones - Distracto como medio subsanatorio”, en *Revista Notarial de la provincia de Buenos Aires*, La Plata, N° 954, ps. 751 y ss.

⁷ Alejandro BORDA, *La teoría de los actos propios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 54, dice: “[...] la teoría de los actos propios encuentra su fundamento último en la regla moral, que se funda en el respeto de la buena fe, la protección de la confianza suscitada, el comportamiento coherente en bien de terceros y el rechazo a la sorpresa y a la emboscada”.

⁸ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “La Teoría de los ‘propios actos’ y la doctrina y jurisprudencia nacionales”, *LL*, t. 1984-A, p. 152.

Del mismo pronunciamiento anotado, en expresiones de GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, surgen los motivos por los que, aun frente a una actitud contraria a la asumida en el título, el heredero puede invocar la nulidad de la cláusula. A veces el temor reverencial hacia los padres o en los casos de ser éstos muy autoritarios, se torna ilusoria una decisión realmente libre y en conocimiento de los derechos que se conculcan. Pasada esa situación, y estando debidamente asesorados, pueden los hijos advertir la inconveniencia de lo suscripto y la ley no les impide hacerlo. La torpeza, entendida como la contradicción entre la conducta asumida ayer frente a la actual actitud, no impide la invocación de la nulidad cuando un oportuno arrepentimiento sobre el pacto puede evitar los efectos del acto que violenta la disposición de orden público.

Por ello puede válidamente sostenerse, tal como lo hace el fallo analizado, que las normas que tutelan la legítima constituyen en el plano ejecutivo una verdadera excepción a la prohibición de obrar en contra de sus propios actos y hasta a la posibilidad de invocar la nulidad a la que el demandante ha concurrido a producir, en manifiesta oposición a la restricción contenida en el artículo 1047 del Código Civil.

VII- LA PRUEBA DE NO HABER RECIBIDO OTROS BIENES – EL *ONUS PROBANDI* EN LAS PRUEBAS NEGATIVAS

Otro punto de interés que merece nuestra atención, es lo atinente a la prueba de lo manifestado en la cláusula insertada en la escritura de donación, cuando la parte actora declara “[...] que han recibido de parte de su padre igual monto que el donado a sus hermanos [...]”.

En el resolutivo, acertadamente en nuestra opinión, se considera no probada la entrega de bienes o valores a las hijas del anterior matrimonio. Esta es una cuestión trascendente ya que, como se ha dicho, la colación sólo es exigible hasta el valor en que hiera la porción legítima de los otros herederos, en este caso las cuatro quintas partes del patrimonio relicto del causante, según lo establecido en el artículo 3593 del Código Civil. Sólo la quinta parte podía mejorar la situación de los donatarios. En lo que excede de dicha porción, los valores deben ser reingresados para su cálculo proporcional en el proceso y su justa redistribución.

Como puede advertirse intentar probar, por parte del apelante, que no se habían recibido tales valores, involucraría la dificultad de afron-

tar una prueba negativa; es decir de acreditar que el padre no les había dado igual monto que el donado a sus medio hermanos. A este respecto la doctrina procesal especializada considera a la prueba negativa como una *difficilioris probationis* y obliga a una interpretación especial sobre el *onus probandi*. En efecto, si bien fácilmente podemos aplicar la regla que determina que al que afirma le incumbe probar, tal criterio dejaría de ser empleado lógicamente si dijésemos que el que niega no debe probar. Sin embargo COUTURE considera de riesgo que los jueces atemperen el rigorismo de la carga de la prueba cada vez que de hechos negativos se trate. Remarca, además, que “[...] como las proposiciones negativas son, normalmente, la inversión de una proposición afirmativa, no puede quedar librada a la incertidumbre de la fórmula, la suerte de la carga probatoria”⁹.

Está claro, en efecto, que la mayoría de los hechos pueden plantearse en forma positiva o negativa, por lo que bastaría enunciarlo de esta última forma para quedar liberado del *onus*; lo que no deja de constituir un ardid procesal.

DEVIS ECHANDIA concluye que “La imposibilidad de suministrar la prueba debe ser apreciada en cada caso, con un criterio riguroso y práctico, teniendo el cuidado de no confundirla con la simple dificultad [...]”¹⁰. Por ello, en el fallo de Cámara que comentamos, con profusa cita doctrinaria se funda el motivo por el cual se considera probado que los herederos no recibieron valores equivalentes, a pesar de su declaración previa en la escritura de donación. Así, el fallo reza: “La prueba de un hecho negativo es susceptible de ser soportada a través de la demostración de hechos positivos, encontrándose los demandados en mejor situación para arrimarlos[...]”. Si quienes hubieran podido demostrar fácilmente la entrega y recepción de valores equivalentes, no lo hicieron, el hecho negativo debe darse por acreditado. Tanto uno de los donatarios, como la madre de los otros, asistieron al acto de donación, y por su posición familiar se encontraban según se expresa en el resolutivo, en mejor situación de conocer de las supuestas entregas de valores equivalentes, que constituyen hechos positivos; lo que sólo aparece invocado

⁹ Eduardo J. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 247.

¹⁰ Hernando DEVIS ECHANDIA, *Compendio de la prueba judicial*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984, p. 125.

en el proceso aludiendo en forma imprecisa y general sin aportar datos concretos acerca de los beneficios que se habrían recibido.

VIII- EL ART. 992 Y EL PRINCIPIO DE “INCOLUMIDAD”

Lo referido en los párrafos anteriores, contradice en cierta medida lo que hemos dado en llamar en materia de instrumentos públicos el “principio de incolumidad”. La parte apelante sostenía que los firmantes de la cláusula, los herederos preteridos, habían sido obligados por violencia moral a suscribir el título; pero la contraria le reprocha que tal circunstancia no ha sido probada en autos.

El tema, aunque indirectamente, ha sido tratado en el Código Civil en el artículo 992 que dice: *“Los testigos de un instrumento público y el oficial público que lo extendió no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él, si no alegasen que testificaron el acto por dolo o violencia que se les hizo, en cuyo caso el instrumento público no valdrá”*. En efecto, esta norma debe ser objeto de una adecuada interpretación, con la ayuda de su nota. Si ni el notario, ni los testigos pueden contradecir su declaración, con mayor motivo *a fortiori* les estará vedado a las partes hacerlo, pues estos asumen un papel más protagónico que los nombrados en el dispositivo. Por ello, en la segunda parte de la nota al artículo 992 VÉLEZ expresa que *“[...] cuando las partes hacen extender un acto, es de la primera importancia que ellas y el oficial público lo redacten de manera que más tarde no venga a ser el origen de un proceso. Al lado de este deber de orden público, está la sanción de la ley que no permite probar con las mismas personas que dan formas al acto, que no ha sido ejecutado fielmente, lo que pudo evitar el autor del acto, el oficial público y los testigos, si hubiesen cumplido sus primeros deberes”*. Por ello sostenemos que los sujetos mencionados en la norma no deben considerarse en forma taxativa, sino que cualquiera de los presentes en el acto, sean partes o simples presentes, como en el caso de los herederos firmantes del pacto en el caso que analizamos, también quedan incluidos en su mandato.

Se entiende que quien efectúa una declaración formal por instrumento público, advierte la seriedad de su declaración, y no sería dable

¹¹ Por ello se hace menester el cumplimiento minucioso de todas las solemnidades en la audiencia de otorgamiento, desechando la improvisación y la celeridad a la que suelen apuntar las jóvenes generaciones notariales en

admitir una actitud impulsiva de suscribirlo sin el conocimiento acabado, como para tolerar luego el arrepentimiento de su declaración¹¹.

Sin embargo, a poco que se analiza el caso comentado, se advierte que no se hace menester argumentar aquí que no se renunció a la colación ni se prestó consentimiento alguno con el acto, dado que dichas manifestaciones, aunque hayan ocurrido sin haber estado constreñidas por vicio alguno, carecerán de eficacia según los principios apuntados. Por ello, concluye el resolutivo “[...] no hacía falta otra prueba adicional, pues se trata de una cláusula nula por sí misma conforme el contenido de la escritura pública que la porta, y resulta de nulidad absoluta, lo que corresponde así declararlo”.

La prueba del vicio de la voluntad se vuelve en el caso analizado, una cuestión puramente abstracta. Pero distinto hubiera sido el resultado si la cláusula insertada mediando violencia moral, pudiera haber tenido eficacia; pues en tal caso sí habría correspondido, conforme al artículo 992 del Código Civil, por el principio de incolumidad de los instrumentos públicos, exigir la prueba acabada del vicio.

IX- CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL ART. 3604 DEL CÓDIGO CIVIL

No podemos dejar de elogiar la correcta interpretación que hace la Cámara del dispositivo del artículo 3604 del Código Civil. Recordemos que la norma en cuestión expresa que *“Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión.*

aras de la celeridad y en desmedro de la responsable lectura y reflexión. En nuestras clases sostenemos que dicho efecto de incolumidad sólo se garantiza con la correcta observación de las llamadas formas intrínsecas”; es decir mediante una adecuada técnica de acción: la lectura del acto, la “cercioratio” que es el asesoramiento tempestivo a las partes, y la reiteración del consentimiento final. Por ello José María ORELLE, en *Actos e instrumentos notariales*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 151, expresa que los sujetos negociales “[...] tienen la carga de expresar su negocio con claridad, como una derivación natural de la buena fe contractual y de la debida diligencia, que resulta intensificada cuando se interviene en un acto público”.

Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por ley una porción legítima". Obviamente para los demandados resultó toda una tentación, aludir a este dispositivo, pues expresamente la norma parece impedir que la imputación a la porción disponible del donante pueda invocarse por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación. La actora pues, había consentido la enajenación en la escritura de donación, lo que, en apariencia, le cercenaba posibilidad alguna de invocar la colación, según la interpretación textual del dispositivo.

Sin embargo, debe remarcarse, tal como surge del resolutivo comentado, que la norma en cuestión no alude al hecho de la donación, puesto que ya es sabido que la transmisión por donación no exigiría consentimiento alguno por parte de los herederos que pudieran haber resultado preteridos. Ellos podrán defenderse adecuadamente, el día de mañana, mediante la colación, exigiendo los valores y no las cosas mismas. El artículo 3604 citado, sólo se refiere al hecho de haberse efectuado el acto a título de venta y no de donación. Ante la presunción de existir una simulación haciendo pasar una donación por una venta, según explica el Codificador en la nota al artículo, corresponde cuando se instrumenta una venta de un padre a uno de sus hijos, que el notario haga comparecer a los hermanos de éste; pero no para que autoricen el acto de enajenación, lo que puede efectuarse sin su anuencia, sino y sólo para que verifiquen por sí mismos la entrega del dinero del precio; es decir la naturaleza onerosa del acto en cuestión¹².

En el caso analizado, por tratarse de una confesa donación, la comparecencia del resto de los herederos resultaba a esos fines, totalmente innecesaria y aparece, en consecuencia, sólo como un argumento sofístico.

¹² "El artículo 3604, Código Civil, no se refiere a las donaciones que están sujetas al régimen de la colación, sino a las enajenaciones a título oneroso, cuando se han hecho con cargo de renta vitalicia y reserva de usufructo", Cám. Nac. Civil Sala D, del 19 de abril de 1982, *ED*, 99-516.