

42° Convención Notarial

Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

6, 7 y 8 de septiembre de 2017

“UN TEMOR IRREVERENTE.”

Autor: Esc. Maritel M. Brandi Taiana

Tema 2. Donaciones en el Código Civil y Comercial: Acciones de colación y reducción. Análisis de la incidencia del Art. 2458. Especial referencia a la donación de acciones, cesión de derechos hereditarios gratuita y donación dineraria para la compra de un inmueble.

Coordinador 1: Esc. Maritel Brandi Taiana

Coordinador 2: Esc. Alfonso Gutiérrez Zaldívar

Subcoordinador novel adjunto: Esc. Mariano Russo

Tema 2:

Título: “UN TEMOR IRREVERENTE”

Autora: Maritel M. Brandi Taiana

PONENCIA

1. El alcance de la acción reipersecutoria expresamente previsto en la ley que extiende sus efectos a terceros subadquirentes se limita a la donación de bienes registrables.
2. El concepto de bienes registrables debe ser interpretado en sentido estricto sin ampliarlo respecto de supuestos no contemplados en la norma
3. La aplicación del principio de subrogación real debe estar expresamente previsto en la ley.
4. Aún en el caso que se pretenda aplicar el principio de subrogación real por analogía, esta aplicación: a) no puede desvirtuar la naturaleza física de los bienes involucrados; b) traslada al nuevo objeto las condiciones del anterior, y no al revés.
5. La donación dineraria para la compra de un inmueble propiedad de un tercero, no supone la donación del inmueble ni por aplicación del principio de subrogación real ni por simulación por ser ésta inexistente.
6. La norma que impide la donación de bienes que el donante no tiene en su patrimonio al momento de aquélla, también es aplicable al caso de la donación dineraria que es utilizada para la compra de un bien registrable: no supone la donación del propio bien registrable salvo que exista simulación que, en su caso, deberá ser especialmente analizada.
7. El objeto de la cesión de derechos y acciones hereditarios o cesión de herencia, es una universalidad, total o parcial, distinta de los bienes que la componen y, por tanto, no puede ser considerada bien registrable. Consecuentemente, la cesión de herencia a título gratuito no se encuentra incluida en el supuesto del artículo 2458 CCC y no tiene efectos reipersecutorios contra terceros subadquirentes.

INTRODUCCIÓN

Grandes interrogantes han surgido a partir de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial en agosto de 2015 respecto de diversos institutos y escenarios jurídicos cuyas estructuras se han visto conmocionadas con las reformas introducidas.

En muchos casos dichos interrogantes se enraízan en modificaciones ciertas y concretas pero en otros casos surgen de un simple temor intelectual nacido a la vera, tal vez, de las dificultades que entraña descifrar los motivos y/o el fin perseguido por el legislador al introducir ciertas reformas.

Esta inquietud se evidencia muy especialmente en el ámbito de las donaciones y los alcances de las acciones de colación, de reducción y los efectos reipersecutorios de esta última.

Intentaremos desentrañar en este trabajo, fundamentalmente, cuál es el alcance de la acción reipersecutoria respecto de los bienes recibidos por donación, cuando los donatarios los transmite a terceros subdaquirentes.

Acción de colación y Acción de reducción.

La *acción de colación*, impone al heredero forzoso donatario la obligación de restituir a la masa hereditaria *los valores recibidos en vida del donante* con el fin de preservar la igualdad entre herederos.

La colación supone una imputación aritmética que se resuelve con la compensación en valores. Así era en el Código de Vélez y así se mantiene en el Código Civil y Comercial.

El problema surge con la regulación de las donaciones inoficiosas, dentro del capítulo de colación de donaciones, que establece el artículo 2386 CCC:

“La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible, más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso”.

Así las cosas, vemos que, en definitiva, si bien el Código Civil y Comercial mantiene la vigencia de la acción de colación entre coherederos, ha decidido que, en todo caso, la protección a la legítima, contra coherederos o contra terceros, tendrá el amparo de la acción de reducción y, por tanto, **toda transmisión de dominio a título de donación, a partir del 1 de agosto de 2015, conformará un dominio revocable.**

En cuanto a la *acción de reducción*, sostiene Osvaldo Felipe Pitrau en el comentario al artículo 2452 CCC que

“su efecto principal es resolver las liberalidades en la medida en que exceden los límites de la porción disponible, entendiendo que “reducir” es sinónimo de “resolver”, “rescindir”, “declarar la ineficacia del acto que viola la porción protegida”¹.

Señala además que todas las posiciones doctrinarias, con independencia de la naturaleza jurídica que le reconozcan,

“coinciden en que tiene efectos reipersecutorios, de modo que su fin es recomponer la porción legítima de los herederos forzosos”².

Esta acción no es dispensable. Igual criterio respecto del alcance reipersecutorio de la acción se sostiene en el Código Civil y Comercial comentado dirigido por Francisco A. M. Ferrer, Fulvio G. Santarelli y Alfredo M. Soto: En especial, **la consideran una acción personal con efectos reipersecutorios, de conformidad a las conclusiones arribadas por mayoría en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2013.**

Señala Gastón Di Castelnuovo en el comentario al artículo 2452 del Código Civil y Comercial dirigido por Eduardo Gabriel Clusellas:

“... la acción de reducción tiene por objeto proteger la legítima dirigiéndose contra las disposiciones testamentaria y, de ser necesario, las donaciones otorgadas por el causante en exceso de su porción disponible, para integrar la cuota del legitimario accionante y salvar la legítimas, sin importar quién sea el

¹ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL comentado. Directores: Julio César Rivera. Graciela Medina. Tomo VI, artículos 2277 a 2671, pag. 415

² Op. Cit. Pag. 416

destinatario de la liberalidad. ... Y por reducción debe entenderse resolución, rescisión, ineficacia”³.

Surge con claridad de la doctrina prácticamente unánime que la acción es en sí misma reipersecutoria y su fundamento esencial es la protección de la legítima, más allá de lo dispuesto en los artículos 2454 CCC y 2458 CCC respecto a la eventual facultad de evitar la resolución de la donación entregando al legitimario afectado en su derecho el **valor** del perjuicio. No deja de ser eso, una posibilidad que podrá el donatario o el subadquirente de acuerdo con las circunstancias puntuales del momento.

Ante el tratamiento que le depara el Código en este aspecto, sorprende la ambivalencia de esa supuesta protección tan acérrima al sostener la reipersecución como un valuarte indeclinable a la vez que, por ejemplo, el último párrafo del artículo 2445 CCC establece que para el cómputo de la porción legítima de cada descendiente solo se toman en cuenta las donaciones efectuadas a partir de los 300 días anteriores a su nacimiento, generando así una clara desigualdad y vulneración de derechos entre descendientes legitimarios de acuerdo con su existencia o no al momento de la donación a pesar de tratarse de legitimarios de igual rango. Lo mismo sucede cuando en el artículo 2459 CCC luego de haberse regulado la reivindicación de bienes registrables en manos de quien los tenga con el fin de salvaguardar derecho tan supremo como la legítima, admite que transcurridos 10 años desde la entrega de la posesión, los legitimarios no puedan accionar más que por colación respecto de sus pares, y queden desprovistos de toda réplica contra los terceros ajenos a la familia, cuyo patrimonio parecía, tan solo un artículo antes tan innegociable.

Ahora bien, convencidos ya del efecto reipersecutorio de la acción de reducción, **el Código Civil y Comercial impone un límite al mismo cuando el bien es transmitido a un subadquirente: la acción tiene alcances reipersecutorios sólo cuando se trata de bienes registrables.**

Señala el artículo 2458 CCC:

“Acción reipersecutoria. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el

³ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL comentado. Coordinador: Eduardo Gabriel Clusellas. Tomo 8, artículos 2323 a 2671, pag. 380

subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”.

Evidentemente la reipersecución contra los subadquirentes sólo puede ser ejercitada respecto de los bienes registrables.

A pesar del texto claro en cuanto a la individualización de los bienes alcanzados, la doctrina, haciendo gala de un temor que muchas veces nos hace ir más allá de la realidad, comenzó a preguntarse si al señalarse a los bienes registrables se incluirían en el supuesto las acciones, los bienes no registrables que en el futuro pudieran dar lugar a la adquisición de bienes registrables, o los derechos hereditarios que en el futuro terminen concretándose, a través de un acto partitivo, en bienes registrables.

El primer interrogante es: ¿por qué podríamos extender a otra clase de bienes una previsión específica, clara y delimitada que puntualmente la ley estableció respecto de una clase determinada de bienes como son los registrables? ¿Qué sentido tiene que la ley indique expresamente a qué bienes alcanza el efecto reipersecutorio si por vía de interpretación se vulnera la limitación normativa para aplicarla a supuestos no previstos?

En cuanto a la caracterización de las **acciones** de sociedad anónimas o en comandita por acciones como bienes registrables, me remito a lo claramente expresado por el Escribano Alfonso Gutiérrez Zaldívar en su trabajo⁴, en el que da cuenta de las distintas posturas existentes sobre el tema y aclara la cuestión de forma definitiva sosteniendo que en ningún caso pueden ser incluidas dentro de la condición de bienes registrables y, por tanto, no se encuentran alcanzadas por la acción reipersecutoria respecto de terceros adquirentes que contempla el artículo 2458 del Código Civil y Comercial.

Con respecto a bienes no registrables, como el dinero o la cesión de derechos hereditarios que, por sucesivos actos transmisivos o partitivos se concreten en bienes registrables y, por ello, se vean alcanzados por los efectos previstos en el artículo 2458 CCC y así eliminados del tráfico comercial por el período de prescripción de 10 años previsto en el artículo 2459 CCC, resulta obligado abordar el gen primario del

⁴ Gutiérrez Zaldívar, Alfonso. “Acciones – Título valor. Acción reivindicatoria”, Trabajo presentado en el marco de la 42ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2017.

problema: la eventual subrogación real, que es el argumento fundamental que alegan quienes sostienen esta postura expansiva.

Las Dras. Lily R. Flah y Rosana I. Aguilar, sostienen que la **subrogación real**

“consiste en la posibilidad de que una cosa ocupe el lugar jurídico que corresponde a otra en las mismas condiciones y afectación”.

Al tratar el tema del alcance de la protección de vivienda regulado en el nuevo Código, señalan que en la Ley 14.394, la suma de dinero que reemplazaba al inmueble –en el caso de venta- no gozaba de inembargabilidad, *“pues la ley no prevía la subrogación real”*⁵.

El Doctor Federico Causse define la subrogación real como

*“un fenómeno que obedece a la sustitución de una cosa por otra... Es preciso que una norma legal así lo reconozca, pues individualizada la cosa, la sola voluntad de una de las partes no puede producir ese traslado”*⁶.

Señalan Santiago C. Fassi y Gustavo A. Bossert que

*“Puede ocurrir que en un patrimonio, un bien sea reemplazado por otro; y por tanto, aunque haya en aquél un bien nuevo, no hay un valor nuevo; ocurrido este reemplazo de bienes en el patrimonio, también jurídicamente, se produce el reemplazo de una cosa por otra; ésta, nueva, asume en el plano de las relaciones jurídicas, el lugar que ocupaba la otra, reemplazada. En este reemplazo – desde el punto de vista jurídico- de un bien por otro, consiste la subrogación real...”*⁷ Se trata de una *“ficción por la cual un objeto reemplaza a otro, para ser propiedad de la persona a la que éste pertenecía, y revestir su naturaleza jurídica”.*

⁵ APLICACIÓN NOTARIAL DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Director: Claudio Kiper. Tomo I, pág. 284

⁶ DERECHOS REALES. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994). Director: Claudio Kiper, pag. 615

⁷ SOCIEDAD CONYUGAL. Comentario de los artículos 1217 a 1275 del Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Santiago C. Fassi y Gustavo A. Bossert. Tomo I, pág. 266

Citando a Demogue y a Vaz Ferreira, los mencionados autores indican:

“... distinguen entre las cualidades físicas intrínsecas del bien (por ejemplo, mueble o inmueble, consumible o no, etc.), que no pueden ser transferidas a otro bien; y las cualidades extrínsecas, atribuidas, otorgadas por el ordenamiento jurídico y que denomina “los valores de afectación” y que mediante la subrogación real, se transfieren al bien que ha de reemplazar al anterior en el patrimonio”⁸.

De lo analizado hasta aquí, se puede concluir que la subrogación real:

- **debe estar expresamente prevista en la ley;**
- **no puede suponer un cambio en la naturaleza física del bien, es decir, no puede transformar en inmueble lo que era mueble, por ejemplo; y**
- **al aplicarse supone que cuando un bien reemplaza a otro, el segundo adopta las condiciones del primero. No al revés.**

Cuando la ley consideró que debía ser aplicado dicho principio, así lo incorporó expresamente en la normativa: protección de vivienda, masa de bienes propios y gananciales en el régimen patrimonial matrimonial de Comunidad, cesión de derechos hereditarios en el supuesto contemplado en el artículo 2304 CCC, entre otros.

Algunos autores sostienen que en realidad se trata de un principio general del derecho, lo que los conduce a sostener que no requiere ser expresamente establecido por la ley. Esto nos lleva a dos reflexiones:

- a) Cuando decimos que es un principio general del Derecho, ¿estamos previendo que el mismo se aplica automáticamente aunque no esté previsto en la ley? Si así fuera, y pudiéramos asimilarlos a un principio que informa el Derecho como el de buena fe, ¿no podrían tampoco las partes apartarse de él, verdad?
- Sin embargo en todos los casos a los que hacemos referencia, las partes pueden decidir no aplicarlo: tanto en el régimen de protección de vivienda, como incluso en el de bienes propios o gananciales (art. 466 CCC), o en el supuesto de la cesión de derechos del artículo 2304 CCC;

⁸ Op Cit. Pag. 268

- b) Hay otros principios generales del Derecho, algunos incluso con rango constitucional, que deben convivir con este eventual principio general de subrogación y que deben ser también ponderados en la valoración de su aplicación.

Si entendiéramos que el principio de subrogación real es absoluto y su aplicación obligada más allá de la previsión expresa de la ley, nos encontraríamos con situaciones rayanas en lo absurdo que nos llevarían a afectar el derecho de propiedad incluso más allá de lo querido por la ley.

Veamos una situación puntual: un padre dona a su hijo acciones que cotizan en bolsa. El hijo las liquida y con el dinero obtenido adquiere un inmueble. Aún estando casado, por aplicación expresa de la norma, el bien reviste carácter propio. No obstante, incluso los cónyuges de común acuerdo podrían decidir obviar la consignación de dicho carácter, con lo que el bien, frente a los terceros, se comportaría como si fuera ganancial. ¿Sería razonable concluir que ese inmueble está fuera del comercio durante 10 años por aplicación del artículo 2458 CCC?

Sabemos que en algunas familias el Ratón Pérez es poderoso. Juan, de 18 años, tiene mentalidad financiera desde pequeño y siempre le ha pedido a su padre que invierta el dinero donado por el Ratón Pérez en la Bolsa. Con un golpe de suerte ha logrado reunir un dinero importante y, alcanzada su mayoría de edad, adquirir un vehículo pequeño. ¿Se verá privado de su derecho a vender el coche durante 10 años? ¿Tendremos que profundizar en el estudio de la naturaleza jurídica de las entregas de dinero que realiza Pérez? ¿Podremos encuadrarlas en compraventa con el fin de salvar la transferencia del coche?

Cuando las conclusiones alcanzadas por la aplicación estricta y fundamentalista de una teoría, arrojan resultados insólitos es que algo está mal en la forma en que estamos analizando el problema. El Derecho no puede estar reñido con el sentido común.

El artículo 2458 CCC al establecer una acción reivindicatoria aún en contra de terceros subadquirentes respecto de bienes registrables, toma la decisión de hacer prevalecer el derecho de los legitimarios frente al derecho de libre circulación de los bienes y de propiedad para un supuesto que debe ser entendido de manera estricta, ni restrictiva ni amplia. Lo dispuesto se aplica para el caso particularmente

legislado y no debe ser trasladado, sin norma expresa que así lo establezca, a supuestos no previstos expresamente por cuanto se trata de una decisión legislativa puntual que resuelve la colisión de otros principios generales del derecho de gran envergadura como el mismísimo derecho de propiedad constitucionalmente protegido.

Si el legislador hubiese querido que toda clase de bienes se viera alcanzada por el efecto reipersecutorio en cabeza de los subadquirentes, así lo hubiera establecido.

Por otra parte, aún cuando se aceptara la aplicabilidad del “virus” de la subrogación para todo supuesto, por una parte, si en el resto de los supuestos es derogable por las partes, no vemos por qué no lo sería en el que analizamos. Pero más aún, debemos volver a la definición primigenia para entender su alcance: una cosa ocupa el lugar que otra tenía. En el caso del dinero: un inmueble, ocupa el lugar del dinero que había sido donado. Es decir, al inmueble se le aplicaría en ese caso, la misma normativa que correspondía al dinero, no al revés. **Consecuentemente, aún si se entendiera que opera la subrogación real, el inmueble, al ocupar el lugar del bien no registrable, adquiriría las condiciones de éste. Y ello siempre que obviásemos las consideraciones doctrinarias respecto a que debe estar expresamente prevista la subrogación y que ésta no puede afectar la condición física del bien.**

Hay un fallo emblemático de Cámara, Sala C, del 12 de julio de 1976, dictado ni más ni menos que por los Dres. Belluscio, Alterini y Cifuentes⁹ que, con una lectura poco profunda, desbarataría nuestra teoría por el solo hecho de que tres grandes juristas concluyeron que la donación de un dinero suponía la donación de un inmueble. Así consignado, nuestros argumentos caen en el abismo.

No obstante, analicemos el supuesto de hecho y de Derecho planteado en el referido fallo:

Se trataba de una relación afectiva de pareja en donde el caballero había sido siempre quien aportara los medios económicos de sostenimiento del hogar mientras que la mujer se había dedicado a la crianza de las hijas en común. Tras años de relación acaece la ruptura en términos muy conflictivos adoptando la mujer decisiones duramente criticadas por los juzgadores. El caballero plantea la revocación de una donación realizada a la mujer por ingratitud de ésta.

⁹ CNCiv., sala C, julio 12-1976. R de T., M.T del R. c. T., J.A. LA LEY, Tomo 1976-D, página 414.

La “donación” que se atacaba era el pago del precio de un departamento por parte de él, habiéndolo “puesto a nombre de ella”.

Señala el Dr. Belluscio en su voto: “... *el juez de 1º instancia ha dado por acreditado que todos los pagos correspondientes al precio de compra del departamento de ... adquirido a nombre de la actora fueron hechos por el demandado...*” “... *la conclusión del sentenciante (de primera instancia) no fue la de que el demandado entregó a la actora el dinero para la compra sino la de que él mismo hizo los pagos...*” “... *pues de lo informado por el vendedor se desprende que estaba en conocimiento de que el precio no era pagado por quien aparecía como compradora sino por el reconviniente...*”

Sigue el voto del Dr. Belluscio “... *en tales casos no se presenta en realidad una donación del dinero empleado en la realización de la compra sino directamente una donación de la cosa comprada, encubierta mediante la compra efectuada a nombre del donatario pero empleando dinero del donante... en la puesta a nombre de otro se suprime el intermediario y se oculta el negocio de transmisión ...*”

Tras explicar el juzgador que la determinación de si se trata de donación de dinero o donación de la cosa “*tiene relevancia para el supuesto de revocación de la donación por ingratitud del donatario, porque en tal caso debe establecerse si lo que se debe restituir es el dinero o la cosa...*” y tras analizar la jurisprudencia extranjera, comenta: “*En general, la jurisprudencia francesa se inclina por presumir que la compra hecha por el donante a nombre del donatario constituye una donación encubierta si de las circunstancias del caso no resulta la descomposición del acto en una donación del dinero seguida de la compra o bien el pago por el donante de la deuda del comprador.. La indivisibilidad de la operación, considerada en conjunto como una donación encubierta, conduce a considerar que la donación es del bien adquirido, que se supone adquirido directamente del donante. Ese resultado es equitativo en las relaciones entre las partes, si la donación es revocada o anulada, en tiempos de depreciación de la moneda...*”

De los comentarios transcritos se desprenden cuestiones de sumo interés:

1.- Por una parte, **el análisis no menciona si quiera la subrogación real**, es más, ni siquiera entra a considerar la aplicabilidad de la misma sino que **se basa en la**

existencia o no de una ocultación que eventualmente puede ser considerada simulación, mediante la cual se pretende obviar un paso (la compra por el donante para luego donar el inmueble) y **tiene como presupuesto precisamente el que no pueda desdoblarse el acto jurídico de donación del dinero, con el de compra que realiza el que adquiere el bien “puesto a su nombre”**.

2.- Por otra parte, el **escenario** en el que se desarrolla la discusión e incluso el alcance de la sentencia, **se encuentra delimitado en el ámbito de donante y donatario**. No se analiza en absoluto la situación en la que el inmueble ha sido transmitido a un tercer adquirente y todo se resuelve en la posibilidad o no de revocar la donación por ingratitud pero mientras el bien se halla en poder del donatario. El ámbito del artículo 2458 CCC es el de la reivindicabilidad de los bienes en el caso de transmisión a terceros.

Tanto es así que en el voto del Dr. Alterini, se recuerda que conforme a lo dispuesto en el artículo 1866 del Código Civil velezano, se establecía que *“la revocación de la donación por causa de ingratitud, no tiene efecto contra terceros por las enajenaciones hechas por el donatario...”*. Igual solución contempla el código vigente en la actualidad con el juego de los artículos 1570, 1573 y concordantes.

3.- Finalmente, no debemos olvidar que se trata de un análisis puntual, ante un hecho concreto, en el que los jueces, en cumplimiento de sus funciones, deben impartir, fundamentalmente, justicia.

Comenta el Dr. Alterini al analizar el voto del Dr. Belluscio y completándolo además con doctrina y jurisprudencia española que se trata, en el caso, de que *“a través de la compra aparente por la demandada del inmueble al tercero se ha encubierto una donación del actor hacia ella, que en verdad no es del dinero empleado en la compra, sino de la cosa inmueble objeto de la compraventa...”*. Debe restituirse el bien y no el dinero *“siempre que la adquisición haya sido hecha por el donante con dinero propio en nombre del donatario o haya sido hecha por voluntad del donante, estipular el donatario con dinero del que a tal fin se le proveyó... Por ello, me parece acertado encuadrar la modalidad comercial motivo de autos dentro de la figura de “la puesta de un bien a nombre de otro”, ya que en ella “se suprime el intermediario y se oculta el negocio de transmisión, haciendo que aparezca el beneficiario como titular originario o inmediato”*.

Para Cifuentes, en todo caso es un caso de simulación.

Con los elementos aportados, vemos que no se trata aquí de entender que existe subrogación real (ni mucho menos) cuando se dona dinero para la compra de un inmueble, entre el dinero y el inmueble y mucho menos que, por obra y gracia de algún precepto normativo meramente inferido, se adjudique al dinero los caracteres del inmueble en tanto bien registrable.

El supuesto analizado en el fallo es un caso de simulación en el que, de conformidad a lo previsto en los artículos 333 a 337 y concordantes del Código Civil y Comercial, **el acto debe contener cláusulas no sinceras**, se debe esconder una realidad diferente a la que se expone.

Como tal, la simulación puede ser lícita o ilícita. Descontamos que en la eventual donación de dinero de un padre a un hijo para que pueda comprar un inmueble que por sus propios medios tal vez no pueda adquirir, no nos hallamos ante una ocultación de verdad ni ante “la puesta a nombre de otro” del inmueble. **Es el simple hecho, así exteriorizado, sin engaño alguno, de pretender ayudar a un hijo o a un tercero con dinero, con el fin de que pueda alcanzar cierta seguridad patrimonial con la compra de un inmueble.** Es un escenario claro, preciso, sin ocultaciones.

Es más, aún cuando, faltando a la verdad quisiéramos sostener que en realidad se quiso donar el inmueble, la simulación sería lícita y por tanto solo oponible entre donante y donatario, **nunca podría alcanzar a subadquirentes de buena fe.**

En nuestra opinión, no es aplicable la subrogación real para ampliar el alcance de los efectos reipersecutorios a los bienes adquiridos con dinero donado por cuanto, la subrogación no está legalmente prevista y aún cuando se entendiera que este principio debe aplicarse en forma automática, ni puede volver bien registrable a un bien que no lo es (no puede alterar las características físicas del bien), ni puede trasladar la subrogación al nuevo bien sino que, eventualmente, atraerá al objeto adquirido con dicho dinero, a la posición del dinero donado.

Algunos sostienen que si bien la subrogación real no debería aplicarse en forma automática en todos los supuestos, sí resultaría aplicable en el caso en que en la donación dineraria se diga expresamente que tiene como destino la compra de un bien registrable.

No coincidimos tampoco con esta postura dado que si la persona que dona el dinero no es la propietaria del inmueble a adquirir con el mismo, y no hay simulación, mal podría haber donado el inmueble que en todo caso, al momento de la donación dineraria, es ajeno. El artículo 1551 del Código Civil y Comercial expresamente establece que

“La donación no puede tener por objeto ... cosas determinadas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar”.

Distinto sería el caso en que una persona done dinero para que el donatario le compre al propio donante vendedor un inmueble. En este supuesto puntual, no se trata de la aplicación del principio de subrogación real sino de un fraude evidente de ley alcanzado por lo dispuesto en el artículo 12 del Código Civil y Comercial al señalar que *“El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.”*

En la situación planteada sí estamos en un caso de simulación.

Abordemos ahora la situación de la cesión de derechos hereditarios.

Señala María Cristina Palacios en el comentario al artículo 2302 CCC¹⁰, que

“la doctrina es conteste en considerar a la cesión de herencia como un contrato, por el cual una persona –el cedente- transmite a otra –el cesionario- el todo o una parte alícuota de una universalidad y por tanto los derechos y obligaciones comprendidos en ella que le corresponden como heredero.”

Aclara más adelante la misma autora al hacer referencia al objeto de la cesión de derechos hereditarios o cesión de herencia que

“La doctrina y jurisprudencia son coincidentes en considerar que el objeto de la cesión de herencia lo constituye una universalidad

¹⁰ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO dirigido por Eduardo G. Clusellas, pág. 976

consistente en el conjunto de relaciones jurídicas (derechos en su faz activa y pasiva) adquiridos por el cedente del causante en razón de su fallecimiento o presunción de fallecimientos, y que son tratadas por el derecho como una unidad, como un todo, sin consideración a los objetos particulares que lo componen”... como universalidad de derecho, “es un conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a un sujeto, que es tratado por el derecho como una unidad, y dentro del cual se aplican principios como el de subrogación real y el de delimitación y no confusión con otras universalidades...”¹¹

Tenemos así claramente delimitado el objeto de los derechos hereditarios: universalidad, y de su cesión. **Siempre nos referimos a una universalidad que, además, no es registrable.** Por lo tanto, en ningún caso podríamos sostener que nos encontramos ante el “bien registrable” al que se refiere el artículo 2458 CCC para aceptar su persecución en cabeza del subadquirente.

Ahora bien, el comentario transcrito se refiere a subrogación real. ¿Y cuál podría ser ella? Desde luego es la expresamente legislada en el artículo 2304 CCC

Indica la misma autora:

“Como se dijo en el comentario al art. 2302, al tratar sobre el objeto y la causa fin de este contrato, el objeto es la universalidad –o una parte alícuota de ella- que corresponde al cedente como heredero, y su finalidad consiste en que el cesionario suceda al cedente en todas las relaciones jurídicas que componen la universalidad cedida, y se subroga en ellas en la misma posición que le hubiera correspondido al heredero... el cesionario es, pues, un sucesor universal...”

Se prevé en el artículo 2304 CCC que si el cedente, antes de la cesión, transfirió un bien del acervo hereditario y lo hizo a título oneroso, por aplicación del principio de subrogación real, lo que integra a partir de ese momento la herencia es el precio, o el bien que entró en reemplazo, y eso es lo que le corresponde al cesionario.

¹¹ Op. Cit. Pag. 982 y 983

Nos encontramos aquí nuevamente con la **aplicación directa del principio de subrogación ante su previsión expresa en la norma**, aunque supletoria según señala la misma autora: *“Todo lo que hasta aquí analizamos es sin perjuicio de que las partes puedan pactar algo distinto, pues se trata –reiteramos- de normas supletorias”*.

De lo expuesto hasta aquí, y en especial respecto de la cesión de derechos hereditarios, podemos concluir:

- El objeto de la cesión de derechos hereditarios es, sin duda, el todo o parte de una universalidad. Como tal, **no se trata de un bien registrable**.
- Se aplica a su respecto, en tanto las partes no lo hayan derogado, el principio general de subrogación real que admite pacto en contrario
- En todo caso, **la subrogación real respecto de bienes que conforman el acervo hereditario y, por tanto la universalidad, se incorpora, en reemplazo del bien dispuesto, a la misma universalidad y se mantiene dentro de ella. Es decir, la subrogación no desvirtúa el carácter de derecho, perteneciente a una universalidad, y no registral, de un bien por otro.**

Tal vez alguien podría entender que, dado que la cesión de derechos hereditarios puede tener acceso al Registro de Anotaciones Personales vinculado al Registro de la Propiedad Inmueble, se trata, en definitiva de un bien registrable. Debe señalarse al respecto que, más allá de tratarse de una anotación voluntaria y no alcanzar el carácter de inscripción sino, como decimos, de una simple anotación, ésta no se refiere al objeto de la cesión sino al causante cuyos derechos se ceden. Es decir, **la anotación registral no recae en el objeto sino en el sujeto, elemento que a todas luces excluye a estas cesiones como bien registrable**.

Así las cosas, consideramos que, sin lugar a dudas, las cesiones de derechos hereditarios a título gratuito, no están comprendidas en el régimen de observabilidad establecido por los artículos 2458 y 2459 del Código Civil y Comercial.

Distinto es el caso, a nuestro criterio, de la cesión sobre bienes determinados. Precisamente, por aplicación de los conceptos que hemos expuesto a lo largo de nuestras reflexiones y de conformidad a lo expresamente previsto en el artículo 2309 del

Código Civil y Comercial en el que se establece que dichas cesiones no se rigen por la normativa propia de la cesión de herencia, consideramos que sustraer del carácter de bien registrable la cesión de un bien registrable determinado y pretender así no aplicar a su respecto el artículo 2458 CCC, supondría como mínimo una simulación y, ante ella, el ordenamiento jurídico deberá aplicar la norma correspondiente desentrañando el acto sincero soslayado.

CONCLUSIÓN

La acción de reducción, como mecanismo legalmente previsto para la protección de la legítima hereditaria, tiene efectos reipersecutorios que le son inherentes y que operan, en el caso de las donaciones, entre donante y donatario.

No obstante, el legislador ha decidido que, cuando se trata de bienes registrables (teniendo en cuenta un inveterado criterio que los considera tal vez prejuiciosamente como bienes de especial valor económico), aún el tercer adquirente deberá soportar la acción reipersecutoria contra su patrimonio, por el plazo de 10 años desde la donación o 5 años desde el fallecimiento del donante.

Lo dispuesto en el artículo 2458 CCC constituye una excepción a la regla de la acción de reducción y como tal debe ser interpretada en términos estrictos. La misma será aplicable a los supuestos allí contemplados.

Desde nuestro lugar de juristas asesores y hacedores de documentos en el marco de la seguridad jurídica que debe guiarnos en nuestra actuación, **no podemos, por temores infundados, aceptar interpretaciones contrarias a la norma que, además, afectan el derecho constitucional de propiedad de los ciudadanos además del derecho, ni más ni menos, a la libertad de decidir y actuar en el marco de lo no prohibido.**

Es así que mal podemos coadyuvar a tergiversar la letra expresa de la ley con interpretaciones ya no estrictas sino restrictivas de los derechos de los ciudadanos a quienes debemos la aplicación justa y precisa de la ley como respuesta a sus inquietudes y deseos.

El principio de subrogación real debe estar expresamente dispuesto por la ley para que deba ser aplicado. No se trata de un principio absoluto ni automático por cuanto debe asumirse en armonía con la aplicación de otros derechos de igual o mayor jerarquía.

No obstante, aún cuando pudiera interpretarse que en determinados supuestos, ante lo no previsto, corresponde su aplicación, el mismo supone: a) atraer hacia la condición del primer objeto subrogado, el carácter del segundo; b) la imposibilidad de afectar el carácter y condición física de un bien adjudicándole consideraciones propias de otros bienes; y c) su sujeción a la autonomía de la voluntad de las partes para decidir que, en el caso particular, no será aplicado, más aún si no ha sido expresamente impuesto.

Como consecuencia de todo lo anterior, consideramos que, en ningún caso, podría aplicarse la extensión de efectos reipersecutorios establecida en el artículo 2458 CCC a bienes que, al momento de la donación, no constituyan bienes registrables. La donación de acciones, de dinero o la cesión de derechos hereditarios a título gratuito, no están alcanzadas por dicha norma y, por tanto, tales bienes no pueden ser perseguidos en cabeza de terceros adquirentes. Los títulos que tengan como antecedente tales transmisiones gratuitas, en modo alguno son observables.

BIBLIOGRAFÍA

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL comentado. Directores: Julio César Rivera. Graciela Medina.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL comentado. Coordinador: Eduardo Gabriel Clusellas.¹

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL comentado. Director: Jorge Alterini

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL comentado. Director: Ricardo Luis Lorenzetti

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL comentado. Director Daniel Roque Vitolo

APLICACIÓN NOTARIAL DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.
Director: Claudio Kiper.

DERECHOS REALES. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994). Director: Claudio Kiper

ACCIARRESI, Selmar Jesús. LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO SUCESORIO ARGENTINO. Thomson Reuser. La Ley

ARMELLA, Cristina N. El contrato de donación y sus vicisitudes en el Código Civil y Comercial. Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, 430

CAMAROTA, Nora. El contrato de donación en el Código Civil y Comercial de la Nación

ETCHEGARAY, Natalio Pedro. Posibilidad actual de aceptar ofertas de donación si el donante falleció durante la vigencia del Código Civil. LA LEY 25/07/2016

FASSI, Santiago C y BOSSERT, Gustavo A. SOCIEDAD CONYUGAL. Comentario de los artículos 1217 a 1275 del Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Bossert. Tomo I.

MEDINA, Graciela. “Prescripción en el Derecho Sucesorio. Acción de Reducción y Colación”.

NATALE, Roberto M. LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.