

Subrogación real

Dictamen elaborado por la escribana **MARÍA MARTA LUISA HERRERA** y aprobado en forma unánime por los miembros presentes de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del día 19 de abril de 2010.

Doctrina

1) La subrogación real consiste en el reemplazo de un bien por otro que integran un patrimonio. La subrogación responde a la máxima subrogatum capit naturam subrogati.

2) Existiendo una donación con cargo en beneficio del donante, del donatario o de un tercero, el incumplimiento del mentado cargo hace nacer las acciones de cumplimiento de cargo y/o de revocación de donación, según sea el caso.

3) La acción de revocación de la donación que tiene el donante sólo le compete a éste y a sus herederos (art. 1852 C.C.), revistiendo el carácter de acción personalísima, que no puede ser intentada por los acreedores de aquel por vía de acción subrogatoria ni por el tercero beneficiario, a quien solo le asiste la acción de incumplimiento. En todos los casos, con carácter previo al ejercicio de la acción, el donatario deberá ser constituido en mora, rigiendo al respecto el artículo 509 del C.C.

4) Respecto de terceros, la revocación provoca la pérdida retroactiva de los derechos adquiridos por éstos sobre los bienes inmuebles donados, siempre que las cargas impuestas por el donante se hayan expresado en instrumento público por el cual se hizo la donación.

5) La aceptación de la constitución de un usufructo a su favor por parte del donante sobre el inmueble adquirido por el donatario por subrogación real con el dinero donado, importa una renuncia tácita al ejercicio de la acción de revocación, cuando la donación de dinero se efectuó con cargo de que el donatario adquiriera con el dinero donado

un inmueble en el que viviera con su hijo menor de edad. Por lo demás, si a la fecha se pretendiera disponer del inmueble de marras, el usufructuario debería, también él como usufructuario, otorgar el acto de enajenación, por lo que en esa ocasión podrá hacer expresa la renuncia a la acción de revocación.

Antecedentes

La escribana G. R. de esta demarcación consulta en relación con la escritura de fecha 31 de octubre de 2006, que instrumenta los siguientes actos jurídicos:

a) Donación dineraria de la suma de \$605.000 efectuada por A. L. P. Z. a favor de L. A. B. El donante manifestó al momento de realizar la donación que siendo él mismo padrino del hijo del donatario, llamado F. B., realizaba esa donación dineraria con cargo para el donatario de que el mismo adquiriese, con el dinero donado, una propiedad en la que habitaría con su hijo F, sin designar en ese acto qué tipo de propiedad debía adquirir el donatario ni el plazo por el cual debería habitar el donatario el inmueble con su hijo.

b) En el mismo instrumento, por acto simultáneo, el donatario, L. A. B. , adquiere de R. O. F, la Unidad Funcional que se describe en la escritura de marras. La venta se efectuó por el precio total y convenido de \$830.000, de los cuales, la parte compradora abonó en ese acto la suma de \$605.000, y el saldo sería abonado por el comprador al vendedor el 15 de marzo de 2007. El comprador manifestó en el acto de adquisición que el dinero con el que efectuaba el pago parcial del precio correspondía a la donación dineraria recibida de A. L. P. Z. Asimismo, y en el mismo acto, el adquirente afectó el inmueble comprado al régimen del Bien de Familia.

c) Aclara la consultante que, a la fecha pactada se abonó el saldo de precio, estando debidamente instrumentada la escritura de recibo pertinente. Y agrega además que, con fecha mayo de 2007, el adquirente, L. A. B.,

desafectó el inmueble del régimen de Bien de Familia, y constituyó sobre el mismo un derecho real de usufructo gratuito y vitalicio, con derecho de acrecer entre los usufructuarios, a favor del donante, A. L. P. Z., y los señores M. C. T. y R. F. B.

d) Posteriormente, el inmueble de adquirido fue prometido en venta y, en esa ocasión, los asesores de la parte compradora observaron el título de propiedad, ya que, a criterio de los mismos: (i) del cargo establecido en la donación dineraria se desprenden derechos alimentarios habitacionales adquiridos para el menor de edad que para el caso de disposición del bien, deben contar con la debida autorización judicial, y, (ii) el acto de adquisición encuadraría en la teoría de la “subrogación real” y sería un supuesto contemplado en el artículo 3955 del C.C., sujeto a acción de reivindicación.

e) La consultante expone en la nota de presentación sus argumentos en contra de lo dictaminado por los asesores jurídicos de la parte adquirente, entendiendo la misma que, por el acto de disposición que ahora pretendía efectuar, el donatario no estaba violando el cargo impuesto por el donante toda vez que el padre, en ejercicio de la patria potestad, tiene derecho a fijar la residencia del menor libremente, y además éste ya había ejercido actos de libre disponibilidad del inmueble al constituir sobre el mismo derecho real de usufructo vitalicio y gratuito a favor de los usufructuarios por él designados, conforme se detalló más arriba, y entre los que se encontraba el mismo donante.

Agrega además la escribana G. R. que, para el supuesto de incumplimiento del cargo impuesto por el donante al donatario, cabría una acción personal contra el mismo y no real (arts. 2762 y 2758 C.C.), que pudiera afectar el inmueble, además de que el donante en ningún momento exigió que se constituyera sobre el inmueble adquirido derecho real de habitación a favor del menor (art. 2949 C.C.). Por lo demás, el cargo impuesto no tiene para la consultante el carácter de alimentario, además de que no establece plazo para su cumplimiento. Finalmente, propone

la consultante que, para el hipotético y no compartido supuesto de que en el caso en consulta se aplicara la doctrina del artículo 3955 del C.C., por tratarse de una subrogación real, propone, dado que todas las partes están vivas, se efectúe un distracto de la donación manual dineraria en los términos del artículo 1200 del C.C., por la cual el donatario devuelve el dinero y el donante renuncia al cargo impuesto.

Desarrollo

• Concepto de donación

El Código Civil establece que habrá donación cuando una persona, por un acto entre vivos, transfiera de su libre voluntad, gratuitamente, la propiedad de una cosa (art. 1789).

Para la doctrina clásica, la donación es un contrato que solo se perfecciona con el acuerdo de voluntades de donante y donatario.

Ahora bien, no obstante ser esa la concepción adoptada por nuestro C.C. y que predomina notoriamente en el derecho comparado, parte de la doctrina entiende que hay una posición más realista que la concibe como un acto unilateral de disposición gratuita de bienes, más próximo a las disposiciones testamentarias que al contrato, y, así concebida, entiende que puede ser revocada por ingratitud del donatario, estar sujeta a reducción por inoficiosidad y a colación¹.

Por ello, dice Borda, que no deja de ser sintomático que algunos Códigos de derecho comparado, no obstante reconocerle naturaleza contractual, lo hayan ubicado entre las disposiciones de última voluntad.

• Donación con CARGO y sanciones por su incumplimiento

El cargo es la obligación accesoria que se impone a quien recibe una liberalidad.

La obligación accesoria puede ser en beneficio del propio donante, del donatario o de un tercero.

La imposición del cargo puede influir en el régimen de la

1. BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Contratos*, Ed. Perrot, 1969, Tomo II, p. 332 y ss.

donación y su característica de acto puramente gratuito, cuando el beneficiario de esos cargos no es el mismo donatario (ver arts. 1827 y 1828 del C.C.).

La inejecución del cargo por parte del donatario hace nacer acciones personales contra el mismo, que pueden o no tener efectos reipersecutorios.

El donatario puede ser demandado, en primer lugar, por incumplimiento del cargo. La legitimación activa para el ejercicio de esta acción corresponde a diferentes sujetos, según quien sea el beneficiario del cargo.

Así, si el cargo es en beneficio del propio donante, los legitimados para accionar contra el donatario serán el propio donante y sus herederos (arts. 1852 y 3842 C.C.); sus acreedores en ejercicio de la acción subrogatoria, y el albacea.

Si el cargo ha sido impuesto en beneficio de un tercero, la acción puede ser ejercida por el propio beneficiario y sus herederos universales, el sucesor a título individual del beneficiario si el cargo fuere la mejora de bienes muebles o inmuebles, y por los acreedores del beneficiario. Pero, en este caso, la acción no la tienen ni el donante ni sus herederos (art. 1829 C.C.).

Esta última solución no se corresponde con la acción revocatoria de la donación que se concede al donante en el supuesto de incumplimiento del cargo por el donatario, cuando el mismo se impone en beneficio de un tercero.

En efecto, en este caso, el donante conserva la acción revocatoria de la donación, pero no le asiste la de incumplimiento. La acción de revocación de la donación que tiene el donante sólo le compete a éste y a sus herederos (art. 1852 C.C.), revistiendo el carácter de acción personalísima, que no puede ser intentada por los acreedores de aquel por vía de acción subrogatoria ni por el tercero beneficiario, a quien solo le asiste la acción de incumplimiento².

Ahora bien, como quedó expuesto, en el supuesto de incumplimiento del cargo por parte del donatario, el donante conserva la acción de revocación, sea cual sea la naturaleza del cargo (arts. 1852 y 1864 C.C.).

La acción solo puede ser dirigida contra el donatario y sus herederos, pero no contra el tercero beneficiario del cargo incumplido.

2. BORDA, Guillermo, ob. cit., p.372.

Sin embargo, el incumplimiento no origina la pérdida *ipso iure* del derecho de los bienes donados, sino que es preciso un acto de voluntad del donante, ya que éste podría decidir mantener la liberalidad, no obstante el incumplimiento del donatario; entonces con carácter previo al ejercicio de la acción, el donatario deberá ser constituido en mora, siendo de aplicación los principios del artículo 509 del Código Civil.

Producida la revocación de la donación en sede judicial, el dominio de lo donado debe ser revertido al donante, pero el donatario conserva los frutos devengados hasta el momento en que quedó en mora. Sin embargo, el donante y/o sus herederos, no tendrán derecho a reclamar los daños y perjuicios que pudieran haber sufrido por el incumplimiento aducido.

Respecto de terceros, la revocación provoca la pérdida retroactiva de los derechos adquiridos por los terceros sobre los bienes inmuebles donados, siempre que las cargas impuestas por el donante se hayan expresado en instrumento público por el cual se hizo la donación.

Respecto del plazo de prescripción para el ejercicio de esta acción de revocación, y/o la de incumplimiento, creemos que corresponde el de 10 años previsto por el artículo 4023, desde la fecha de constitución en mora por el legitimado activo.

• Subrogación real. Concepto. Caracteres

La subrogación real consiste en el reemplazo de un bien por otro que integran un patrimonio. La subrogación responde a la máxima *subrogatum capit naturam subrogati*, siendo su fundamento muy discutido en doctrina³.

Explican FASSI y BOSSERT que “... puede ocurrir que en un patrimonio, un bien sea reemplazado por otro; y por tanto, 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...”.

La teoría de la subrogación real especial sería, sobre la base de la fungibilidad de los objetos que componen un patrimonio, una ficción por la cual un objeto reemplaza a otro, para

3. FASSI, S. C. y BOSSERT, G. A., *Sociedad Conyugal*, 1977, Tomo I, pp. 266 y ss.

ser propiedad de la persona a que éste pertenecía, y revestir su naturaleza jurídica⁴. La doctrina posterior ha criticado el fundamento y el carácter de ficción atribuido a la subrogación, toda vez que la subrogación es fiel a la realidad.

BONNECASSE⁵ enseña que no es necesario recurrir ni a la fungibilidad ni a las ficciones para explicar la subrogación real, ya que ella encuentra su fundamento en la noción de derecho, de la que aquella traduce una de sus notas inmediatas. La subrogación real se explica por la salvaguarda del crédito y la organización jurídica en general que sería sumamente frágil si los derechos e intereses que reposan sobre un bien determinado se pudieran perder sólo porque su bien saliera del patrimonio. Sería el triunfo de elementos solo materiales, sobre el valor económico y el punto de vista social.

El fundamento de la subrogación es la misma noción de derecho, pero el traslado de los caracteres otorgados por la ley, al nuevo bien, encuentra su precisa explicación en la distinción de calidades intrínsecas y extrínsecas del bien. La subrogación, que confiere al nuevo bien la calidad del bien enajenado o destruido, resulta aplicable a todo tipo de bienes, cosas, créditos y hasta simples derechos de preferencia y de persecución⁶.

Así, en el caso bajo análisis, podría inferirse que habiendo sido adquirido un inmueble con el dinero donado al donatario, habría operado con relación al mismo una subrogación real de éste a aquél, y que, intentada la acción contra el donatario incumplidor del cargo, lo que tiene que volver al patrimonio del donante no necesariamente es el dinero donado, sino el inmueble adquirido con él por subrogación real.

Conclusiones

De los hechos expuestos precedentemente se desprende que, en el caso bajo análisis, por la escritura del 31 de octubre de 2006, A. L. P. Z. donó a L. A. B., la suma de \$605.000, con cargo de que el mismo adquiriera un inmueble para vivir en él con su hijo menor de edad, llamado F. B.

Más allá de la pobre redacción del cargo impuesto al donatario, que podría haber tenido un contenido más específico en

4. Siguen esta postura AUBRY Y RAU y FLACH, citados por FASSI y BOSSERT en ob. cit. p. 267.

5. BONNECASSE, *Supplement III*, p. 779, en FASSI y BOSSERT, ob. cit. p. 267/268.

6. BONNECASSE, *Supplement III*, p. 779, en FASSI y BOSSERT, ob. cit. p. 268.

torno a las condiciones de su ejecución, lo cierto es que, adquirido el inmueble por la misma escritura, y constituido además en el mismo instrumento ese inmueble como bien de familia en beneficio de su hijo – con el consiguiente deber de ocupación del bien por parte de ambos-, el cargo impuesto al donatario se cumplió en ese mismo momento.

Como señalamos, la redacción del cargo en relación con la donación de dinero no estipulaba el plazo por el cual debía el donatario mantener el cumplimiento del cargo (habitar con su hijo menor de edad el inmueble adquirido). Pero, como bien sabemos, es la conducta posterior de las partes la que debe iluminar al intérprete en estos casos, conforme lo establecido por el Código Civil. En esta línea de ideas, entendemos que el cargo puede entenderse instantáneamente cumplimentado con la adquisición del inmueble por el donante –que, dicho sea de paso, por subrogación real con el dinero donado, era bien propio del donante.

Ahora bien, posteriormente, cumplido ya el cargo, como dijéramos, el titular del inmueble levantó el bien de familia, y constituyó derecho real de usufructo sobre el mismo, a favor de tres usufructuarios distintos de su hijo, y entre los cuales estaba el donante, que aceptó la constitución de usufructo a su favor.

Ese desmembramiento del dominio puede entenderse como el primer acto de disposición de L. A. B., luego de adquirido el bien inmueble por subrogación con el dinero donado, en el cual vivió con su hijo cumpliendo el cargo impuesto por el donante; acto de disposición que, como dijimos, fue expresamente consentido por el donante.

En efecto, si bien la redacción del cargo del donante no es la más completa desde el punto de vista de la técnica de redacción, tal y como está redactado el cargo no puede válidamente inferirse que, cuando el donante lo estipuló, lo hizo estableciendo implícitamente que el inmueble debía mantenerse en cabeza del donatario conviviendo con su hijo mientras éste ejerciera sobre el menor la patria potestad.

Menos aún puede entenderse que el destinatario final del dinero y del inmueble adquirido con él por subrogación, fuera el menor de edad y que, en consecuencia, para disponer del mismo su padre debería contar con autorización judicial.

La voluntad del donante no puede ser complementada o interpretada por presunciones elaboradas unilateral y libremente por quien tiene que analizar los antecedentes de título a los efectos de analizar la bondad de los mismos.

Más bien será la conducta posterior de las partes la que deberá ayudar al intérprete a determinar qué es lo que las partes realmente pretendieron al contratar.

De esta manera resultará absolutamente esclarecedora la circunstancia de que, con posterioridad a la adquisición del bien y a la constitución sobre el mismo de un bien de familia por parte del donatario, el donatario luego desafectó el inmueble del régimen de excepción de la ley 14.394 – con el conocimiento indudable del donante-, y constituyó sobre el mismo usufructo vitalicio y gratuito a favor del donante y otras dos personas más, quienes expresamente aceptaron la constitución de ese derecho real a su favor (y que implica que, necesariamente, aceptaba el donante que el *ius utendi y fruendi* sobre el bien correspondieran a los usufructuarios, sin que en el inmueble de marras, en principio, pudieran continuar viviendo el donatario y su hijo).

De esta manera, estos actos jurídicos que definitivamente fueron realizados por L. A. B. con el pleno conocimiento y anuencia del donante A. L. P. Z., son indicios más que suficientes para inferir que el donante, devenido usufructuario, tuvo por cumplido el cargo impuesto al donante en el mismo acto de adquisición del bien en el que viviría con su hijo, y que A. L. P. Z. no tuvo en miras, al momento de entregar libremente el dinero al donatario, que en el inmueble adquirido padre e hijo convivieran por determinada cantidad de tiempo o hasta que el menor fuera mayor de edad.

Si nos abstuviéramos a la postura de los asesores de quienes a la fecha pretenden adquirir el bien inmueble⁷, el donante tendría, eventualmente, a la fecha, acción de revocación contra el donatario, pero lo cierto es que la aceptación de la constitución de usufructo por parte del donante puede entenderse como una renuncia implícita a esa acción, con fundamento en la teoría de los actos propios.

Sin embargo, si el pretense adquirente y sus asesores no estuvieran satisfechos con este argumento, y dado que el dominio del bien objeto de la consulta se encuentra desmembrado y

7. Postura que, como dijimos, no compartimos, toda vez que entendemos que no estando estipulado el plazo por el cual el menor debía habitar con su padre en el inmueble que adquiriera, el cargo se cumplió con el mismo acto de adquisición del bien y constitución del bien de familia, por el plazo que el mismo estuvo constituido.

para poder efectuar la transmisión del derecho real de dominio pleno sobre el mismo será necesario que tanto nudo propietario como usufructuarios comparezcan y otorguen el acto de venta, en esa oportunidad podría exigirse al donante-usufructuario que, en ese mismo acto y expresamente renuncie a cualquier acción de revocación que pudiera asistirle contra el donante, teniendo por cumplido el cargo con el que oportunamente efectuó la donación.

Por lo demás, los acreedores del donante no estarían legitimados para ejercer acción alguna contra el donatario, quien, a todas luces, no habrá infringido cargo alguno de la mentada donación, a la luz de los hechos y argumentos expuestos.

Finalmente, en relación con la acción de cumplimiento del cargo que pudiera asistirle al menor contra su padre, lo cierto es que la misma no tiene carácter reipersecutorio, por lo que no afecta la bondad del título antecedente y no abordaremos su tratamiento, por tratarse de una cuestión que excede este dictamen.