

Estudio de títulos de donaciones hechas a herederos forzosos en el Código Civil de Vélez y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Pablo L. Manganaro*

RdN 919

RESUMEN

Se analiza cómo se pueden llegar a considerar en un estudio de títulos aquellos provenientes de donaciones hechas a herederos forzosos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Para lograr esto, nos serviremos de posturas doctrinarias ya ensayadas con la vigencia del Código Civil de Vélez y, en caso de optar por la observabilidad, hablaremos sobre las posibles subsanaciones.

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Consideraciones previas. **2.1.** Estudio de títulos. **2.2.** Clasificación de los títulos. **2.3.** Rescisión y revocación. **3.** Estudio de títulos en el Código Civil de Vélez. ¿Por qué y para qué? Análisis histórico-nomológico. **4.** Estudio de títulos en el Código Civil y Comercial de la Nación. **5.** Donaciones inoficiosas en el Código Civil de Vélez. **5.1.** Donaciones hechas a herederos forzosos. **6.** Donaciones inoficiosas en el Código Civil y Comercial de la Nación. **6.1.** Las porciones legítima de los herederos forzosos en el Código Civil y Comercial. **6.2.** Ventas simuladas a herederos forzosos. ¿Acción de colación, acción de reducción o ambas? **7.** Prescripción de la acción de reducción en el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial. **7.1.** Código Civil velezano. **7.2.** Código Civil y Comercial. **8.** Posibles subsanaciones de títulos provenientes de donaciones hechas a terceros en el Código Civil de Vélez. **8.1.** El distracto. **8.2.** El artículo 1837 del Código Civil de Vélez. **8.3.** Reconocimiento de simulación y revocación por inejecución de cargos omitidos en la escritura. **8.4.** La prescripción adquisitiva. **9.** Posibles subsanaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación. **9.1.** La rescisión bilateral. **9.2.** La revocación de la donación. **9.3.** Reintegro voluntario del inmueble al donante para librar al donatario de la obligación alimentaria. **9.4.** Declaración de onerosidad mediando un reconocimiento de simulación. **9.5.** Prescripción. **10.** Conclusión.

1. Introducción

En la última década hemos tenido una transformación de nuestro sistema jurídico; la mayoría de las transformaciones responden en su mayor parte a intereses políticos y en menor medida, quizás, a necesidades jurídico-sociales. Parecería que de este

* Información sobre el autor en la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>.

cambio sistémico se ha salvado nuestra Constitución Nacional, aunque las interpretaciones llevadas a cabo a lo largo de este período no han dejado de ser un verdadero cambio en el modo de ver nuestro derecho. En este contexto de cambios, observamos cómo nuestro Código Civil, pilar fundamental para las relaciones entre las personas, no ha sido la excepción. Hemos visto cómo se ha implementado un nuevo criterio normativo, incluyendo en un nuevo Código Civil y Comercial derechos que ya estaban consagrados en nuestra Constitución, como así también otras reformas y derogaciones que no eran necesarios. No podemos soslayar que también hubo aciertos, pero la ecuación parece dar un resultado negativo.

En el presente trabajo intentaremos abordar la influencia del cambio de legislación en los estudios de títulos, sobre todo aquellos donde existe una donación a favor de herederos forzosos. Como es nuestra costumbre, primero daremos unas definiciones generales sobre aquellos conceptos que trataremos de abordar, para luego entender cómo funcionaba en la práctica notarial el estudio de títulos en el Código Civil de Vélez¹ (en adelante, CCIV) comparándolo con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación² (CCCN). También analizaremos los distintos supuestos relacionados con esta temática, es decir: donación inoficiosa, porciones legítimas, acción de reducción, etc., intentando descubrir si las donaciones a favor de herederos legítimos serán observables con el nuevo plexo normativo. Asimismo, todo esto conlleva a analizar, para el caso de observabilidad, las posibles subsanaciones de estos títulos en el CCCN, teniendo en cuenta antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales al respecto.

2. Consideraciones previas

2.1. Estudio de títulos

El estudio de títulos, definido por Etchegaray,³ es:

... la relación de los actos y negocios jurídicos que legitimen al titular de un bien para disponer de éste y así asegurar la eficacia del nuevo negocio que el titular va a realizar.

Esa relación de antecedentes –agrega–

... debe contener la afirmación de que han sido verificados en sus originales y de que se lo ha hecho durante el lapso de la prescripción máxima, respecto del bien objeto del nuevo negocio.

Sierz,⁴ por su parte, considera que

1. Código Civil de la Nación - Ley 340 del 25/9/1869, texto actualizado.
2. Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26994 del 1/10/2014, texto actualizado.
3. ETCHEGARAY, Natalio P., *Escrituras y actas notariales. Examen exegético de una escritura tipo*, Buenos Aires, Astrea, 1998 (2ª ed.), p. 124.
4. SIERZ, Susana V., *Derecho notarial concordado*, Buenos Aires, Di Lalla, 2008, p. 321.

... consiste en el examen documental efectuado sobre los antecedentes, matrices, expedientes y títulos que acreditan derechos y legitiman el dominio durante el plazo de prescripción. El estudio tiende a analizar la legitimación completa, es decir, quién y frente a quién puede concluir válidamente el negocio y el instrumento, para que éste pueda tener consecuencias jurídicas conforme la intención de las partes.

Suele hacerse una diferenciación entre la recopilación de antecedentes y el estudio de títulos. En efecto, la primera es una agrupación sistemática de aquellos instrumentos que han servido de antecedentes, pero sin producir una opinión jurídica acerca de ellos. El estudio de títulos le suma a la recopilación de antecedentes la elaboración de una opinión crítica y un examen consensuado de los instrumentos, siendo responsable el profesional que lo dictamina. El estudio de títulos implica un trabajo específico para obtener cierta seguridad jurídica en la etapa inicial del negocio, configura una necesidad y genera en el escribano interviniente una convicción certera acerca de la perfección del título que posee el disponente. Si el notario sigue la buena práctica profesional, transmitirá la perfección del título antecedente al nuevo título que circulará en el llamado tráfico negocial.

Cuando hablamos de perfección del título o título perfecto, nos referimos al origen y extensión del dominio. Tal coronación, aplicada a un título, logra una certeza sobre la imposibilidad de iniciar una acción de reivindicación o la posibilidad de rechazarla. Buscaremos supuestas nulidades, anulabilidades o ineficacias que puedan tener el instrumento o el negocio jurídico antecedentes.⁵

Cabe recordar que el estudio de títulos no es el estudio de su publicidad. Los informes o certificados que emanan del Registro de la Propiedad no gozan de plena fe, con lo que en la práctica notarial se requiere investigar a fondo los antecedentes del título. Cuando el profesional referencista vislumbra una imperfección en el título antecedente, realiza una observación. La observación implica una opinión jurídica no vinculante para el notario designado para efectuar el negocio, pero servirá como pauta para tener en cuenta si acarrea la imposibilidad de realizar el negocio o, por el contrario, la posibilidad de subsanar el vicio y proseguir con la escrituración.

2.2. Clasificación de los títulos

En base a lo señalado, podemos realizar una clasificación de los títulos:

- *Título perfecto*: Es aquel que reúne todos los requisitos de fondo y de forma y que, además, no está sujeto a acción alguna que pueda menoscabar su dominio. Permite inferir que a su titular no se le opondrán ni presentarán observaciones jurídicas, ni será molestado por ningún tipo de acciones reales de terceros.
- *Justo título*: Es aquel que tiene por objeto transmitir un derecho real de dominio y que reviste todas las solemnidades necesarias para su validez, sin consideración de la persona de la cual emana. Esta categoría resulta en ocasiones eficaz para la transmisión de dominio solo cuando se conjuga con la buena fe y la po-

5. Decimos “nulidad”, “anulabilidad” e “ineficacia” pensando en el sistema de nulidades jurídicas que ha establecido el CCIV, según la doctrina y cierta jurisprudencia. En el CCCN esta distinción se circunscribe a la nulidad e ineficacia, eliminándose la distinción entre acto jurídico nulo y anulable.

sesión en carácter de dueño, pacífica, pública, continua e ininterrumpida durante diez años.

- *Título putativo*: Es un título hipotético, pero para su dueño equivale a uno real y existente. No es verdadero aunque su propietario así lo crea.
- *Título suficiente*: Es aquel que reúne todos los requisitos de fondo (legitimación y capacidad) y de forma (escritura pública para los inmuebles). Es el acto jurídico que sirve de antecedente a la tradición del dominio. Escapan de este concepto aquellos que no generan la transmisión de la propiedad, aunque como consecuencia de ellos se deba efectuar la tradición (p. ej.: locación).

2.3. Rescisión y revocación

Los conceptos que daremos de rescisión y revocación tendrán relevancia cuando veamos las posibles subsanaciones, tanto en el CCIV como en el CCCN.

Rescisión es la anulación, invalidación o privación de su eficacia ulterior o con efectos retroactivos de una obligación o contrato. Comprende generalmente un acto jurídico bilateral.⁶ En cambio, *revocación* –proviene del latín *revocatio*, nuevo llamamiento– implica dejar sin efecto una decisión. Es una retractación eficaz generalmente comprendida por un acto jurídico unilateral.⁷

3. Estudio de títulos en el Código Civil de Vélez. ¿Por qué y para qué? Análisis histórico-nomológico

El artículo 3270 del CCIV consagra uno de los principios básicos del derecho: “*nemo dat quod non habet*” (“nadie puede dar más de lo que tiene”), más conocido con el aforismo latino “*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*” (“nadie puede transmitir a otro más derechos de los que él mismo tiene”), ideado por el jurista romano Ulpiano.⁸ El artículo en cuestión establece lo siguiente: “Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que gozaba...”. Aplicado a los inmuebles, el artículo 1051 originario (anterior a la reforma introducida por la Ley 17711) establecía:

Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual.

El principio se aplicaba taxativamente, tal como lo decía la letra escrita del CCIV. Cuando por algún motivo se declaraba la nulidad del acto, sus efectos se retrotraían a la situación anterior. En el caso de una compraventa, surgía para el comprador la

6. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, Buenos Aires, Heliasta, 1997 (ed. actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas).

7. *Ibidem*.

8. NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario del latín jurídico*, Buenos Aires, Julio César Faira, 2004, p. 206.

obligación de restituir la cosa, aunque fuera de buena fe y aunque hubiera pagado un precio por ella. El comprador recuperaba entonces el dinero de parte del vendedor, que lo restituía como garantía de evicción y como consecuencia de la reivindicación, aunque se corría el riesgo de que el transmitente fuera insolvente, con lo cual el comprador perdía el dinero invertido en la adquisición. Es por ello que fue necesario establecer una modificación que protegiera de alguna manera al adquirente de buena fe y a título oneroso. Así, en 1968, con la sanción de la Ley 17711, se introdujo una importante excepción al final del artículo 1051: "... salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable".

A continuación se analizará por partes este agregado al artículo 1051.

A. «salvo los derechos de los terceros adquirentes»

Aquí se establece una suposición acerca de la existencia de dos actos jurídicos:

- 1) una primera enajenación viciada de nulidad
- 2) una posterior transmisión de inmuebles válida

El comprador de la transmisión válida es tercero con respecto al acto anterior viciado de nulidad, protegiéndolo atento a los vicios que pueda presentar el título del enajenante. Obviamente, para que pueda suscitarse esta protección legal, el tercer adquirente debió adquirir el derecho real o personal sobre el inmueble, cumpliendo aquellos requisitos establecidos por ley.

A título ejemplificativo mencionaremos los más trascendentes:

- Escritura pública
- Tradición
- Inscripción registral (no como requisito de transmisión sino de oposición)

B. «de buena fe»

La buena fe estará dada cuando exista una firme convicción de actuar conforme a la ley. En efecto, para que el artículo 1051 tenga eficacia y proteja al tercer adquirente, es necesario que, desde el momento mismo de la adquisición, este se encuentre persuadido de que es el titular de un derecho real constituido de conformidad con las disposiciones de las normas.

Si bien la buena fe se presume, se admite prueba en contrario. La conducta llevada a cabo por el tercer adquirente debe ser diligente, siguiendo las reglas de un buen hombre de negocios. Estimamos que se habla de una buena fe-diligencia y no de buena fe-creencia, tal como ha quedado establecido en la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia.⁹

Si previamente a la adquisición que efectuará el tercer adquirente un análisis exhaustivo del título del enajenante advirtiera defectos insalvables, no podrá invocarse buena fe para la protección del artículo 1051. Es por este motivo principalmente que se realiza el estudio de títulos: permite atribuirles la buena fe diligencia necesaria para poder evitar cualquier acción reivindicatoria sobre el inmueble adquirido.

9. Ver ALTERINI, Jorge H., "La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 14/9/2006 (t. 2006-E, p. 1126); y CASABÉ, Eleonora R., "Inexactitudes registrales. Algunos supuestos conflictivos" (trabajo presentado en el Foro Internacional de Derecho Registral [Santa Fe, 2009]).

C. «a título oneroso»

Debe existir una contraprestación equivalente al inmueble entregado para que la operación sea considerada onerosa. Se protege a quien que ha abonado un precio, no así a quien se ha beneficiado de una liberalidad del transmitente.

D. «sea el acto nulo o anulable».

La nulidad es la sanción que priva al acto de los efectos que le son propios, en virtud de una causa existente al momento de su celebración. No se entrará en el análisis de los tipos, pero cabe destacar que el CCIV entiende que existen dos tipos de nulidades: absolutas y relativas.

Se ha interpretado en doctrina que si el vicio afecta el orden público, no queda comprendido en la protección del artículo 1051, ya que de ese modo se lo estaría confirmando al no tener efecto real en la situación.¹⁰ Por consiguiente, solo protege a las nulidades o anulabilidades de carácter relativo.

4. Estudio de títulos en el Código Civil y Comercial de la Nación

En cuanto al principio latino “*nemo plus iuris...*”, encontramos el artículo 399, que no establece grandes cambios a lo propuesto anteriormente: “Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas”. Creemos que ha sido importante la inclusión del texto que se ubica en la última parte del artículo, atento a que existen supuestos que parecen conformar una excepción al principio del *nemo plus iuris*; por ejemplo: la transmisión de dominio que puede hacer el fiduciario a favor de un tercero.

Por su parte, el artículo 392 CCCN dispone:

Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso.

Vemos entonces cómo el artículo 392 CCCN reitera el principio establecido por el artículo 1051 CCIV, que protege a los subadquirentes de buena fe y a título oneroso. El artículo se refiere a inmuebles y agrega los muebles registrables. Evita hacer mención de “tercer adquirente”, reemplazando su locución por “subadquirente”, lo que nos parece más acertado. Otra diferencia que podemos encontrar es la supresión de los actos anulables, atento a que el nuevo sistema jurídico de nulidades no contempla esta categoría de actos.

Para Clariá,¹¹ luego de la reforma de la Ley 17711 se había planteado el interrogante de si la protección del tercero tenía lugar en el caso de falta de autoría del titu-

10. ALTERINI, Jorge H., ob. cit. (cfr. nota 9).

11. CLARIÁ, José O., “Hechos y actos jurídicos”, en AA. VV., Lafferrière, J. N. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* [on line], Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 191-196.

lar del derecho transmitido al primer adquirente. La doctrina mayoritaria se había pronunciado por la negativa. El CCCN recoge esa opinión y expresa que los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.

Otro aspecto a tener en cuenta es que el CCCN reconoce expresamente el estudio de títulos como necesario para que exista buena fe en el adquirente. Sobre este punto, el artículo 1902 manifiesta:

La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella. Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial.

Este artículo resalta la importancia de lo que hemos visto anteriormente: el trabajo del profesional que realiza el estudio de los antecedentes no es meramente recopilatorio y no se circunscribe únicamente a examinar las constancias registrales, sino que requiere un examen exhaustivo y una verificación de todos los actos relevantes del negocio en cuestión. Se ha tenido en cuenta para esta modificación la doctrina notarial y jurisprudencia aplicable al estudio de títulos, lo que hasta este momento no se encontraba regulado en ningún artículo. Creemos que esta inclusión es muy acertada y da por terminada la discusión acerca de si es o no una obligación para el notario autorizante realizarla, atento a que hace a la perfección del título y constituye la buena fe que va a poseer el adquirente.

5. Donaciones inoficiosas en el Código Civil de Vélez

La define el artículo 1830 CCIV en su primera parte: “Repútase donación inoficiosa aquella cuyo valor excede en la parte de que el donante podía disponer...”. Nos referimos aquí a la porción disponible, respetando la legítima hereditaria de los herederos forzosos (reglamentada en los arts. 3591-3605 CCIV).

Se la denomina inoficiosa¹² porque, en la medida en que exceda la porción disponible, sufrirá una reducción, restituyendo el donatario el excedente. Estamos ante una restricción del principio de autonomía de la voluntad; en efecto, los bienes que dispone el donante tienen un límite legal. Aquello que se ha donado excediendo la porción disponible implica un gravamen para sus herederos forzosos: “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciere, se tendrán por no escritas” (art. 3598 CCIV). Esto conlleva la posibilidad que tiene un heredero de iniciar una acción de reducción (art. 1831 CCIV):

Si por el inventario de los bienes del donante fallecido se conociere que fueron inoficiosas las donaciones que había hecho, sus herederos necesarios podrán demandar la reducción de ellas, hasta que queden cubiertas sus legítimas.

12. *Enciclopedia jurídica Omeba*, México DF, Bibliográfica Omeba, 2012, edición electrónica.

Cuando hablamos de legítima nos referimos a una porción determinada de bienes del causante sobre la cual tienen derechos sus herederos forzosos. Por consiguiente, la libertad que tiene una persona para desprenderse de sus bienes de manera gratuita no puede afectar esta porción (art. 3591 CCIV):

La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos.

La reducción procede en las donaciones simples gratuitas (art. 1832 inc. 2 CCIV). Las donaciones remuneratorias o con cargos no son reducibles por la parte onerosa que contienen, pero sí por el resto. Los legitimados activos a promover la acción de reducción están estipulados en el artículo 1832, inciso 1, CCIV:

La reducción de las donaciones sólo puede ser demandada: 1º) por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero, si existieren descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción, también competirá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación...

Para que proceda una acción de reducción, debería acreditarse la calidad de heredero forzoso, atento a que ellos son los únicos que poseen una porción legítima, y que, mediante una liberalidad hecha por el causante, se la haya afectado.

Los hijos poseen una porción legítima de cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del causante y de los que este hubiera donado (art. 3593 CCIV). La de los ascendientes es de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados (art. 3594 CCIV). La legítima de los cónyuges cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto es la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge difunto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales (art. 3595 CCIV).

Según Lorenzetti¹³ –siguiendo el criterio del artículo 3576 bis CCIV–, la legítima de la viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubiesen correspondido al esposo en dichas sucesiones. Este autor opina que:

El segundo elemento es que se reúna la calidad de heredero forzoso a la época de la donación. Este requisito es un obstáculo para el progreso de la acción del cónyuge que se ha casado después de la donación y para el hijo adoptado luego del acto gratuito. La reducción puede deducirse como acción a fin de atacar una donación inoficiosa, o bien puede oponerse como excepción cuando el heredero enfrenta una donación aún no perfeccionada y cuyo cumplimiento es demandado por el donatario.

Coincidimos con la interpretación de Lorenzetti en el sentido de que el artículo 3576 bis CCIV conforma un obstáculo para el cónyuge que se ha casado después de la donación, pero no compartimos el mismo criterio respecto del hijo adoptado. Creemos que un hijo adoptado, sea que el proceso de adopción se haya iniciado antes o

13. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, t. III, p. 625.

después de la donación, no obsta que pueda obtener una reducción de su legítima, puesto que se encontraría en una paridad jurídica con respecto a un hijo natural. No considerarlo así importaría un acto discriminatorio sin sustento legal alguno.

5.1. *Donaciones hechas a herederos forzosos*

Al interpretar la normativa en cuestión, Cerávollo¹⁴ afirma que es unánime la doctrina en cuanto a la procedencia de la acción persecutoria del inmueble adquirido por terceros cuando el título proviene de donación a persona que no revista la calidad de heredero legítimo del donante, sin importar la onerosidad o gratuidad de la adquisición ni tampoco la buena fe del adquirente, quedando a salvo la prescripción decenal desde el fallecimiento del donante. Cita el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal, de fecha 11/6/1912, en autos “Escary c/ Pietranera”, que se encuentra vigente.¹⁵ Si bien la cuestión que había dado origen al mismo ha sido la imperfección de un título proveniente de la donación hecha a un tercero extraño, ha servido de interpretación para doctrina y jurisprudencia posterior. En este fallo, el juez Emilio Giménez Zapiola dijo –refiriéndose a la acción de colación–:

No es para mí dudoso que, tratándose de colación entre coherederos, tal acción reivindicatoria no existe y no puede, por lo tanto, ser ejercitada contra terceros adquirentes de los bienes donados [...] Pero la acción de reducción, acordada contra el donatario que no es heredero forzoso por inoficiosidad de la donación, está regida por principios distintos a los que informan la colación entre coherederos. La colación tiene por objeto mantener la igualdad de las porciones legítimas entre coherederos forzosos; la reducción por inoficiosidad ha sido creada para resguardar la institución misma de las legítimas y defender a los hijos de las liberalidades excesivas a favor de extraños a la familia o de parientes de un grado más remoto.

Asimismo, el juez José M. Zapiola expresó:

... un heredero no tiene sino una acción personal contra su coheredero obligado a colacionar el valor de los bienes dados en vida por el causante. Pero otra cosa sucede y debe suceder cuando se trata de una donación hecha por el causante no a uno de sus herederos, sino a un extraño.

Por el contrario, Zannoni¹⁶ opina que aquel heredero que ha sido afectado en su legítima por el acto de donación a un coheredero tiene la potestad de dirigir la acción de reducción contra este o directamente contra el tercer adquirente, sin tener especial consideración acerca de la onerosidad o gratuidad de tal adquisición o de su buena

14. CERÁVOLLO, FRANCISCO, “Los títulos provenientes de donaciones a herederos forzosos no son observables”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 29/10/2010 (t. 2010-F, p. 689) y en *Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, *La Ley*, noviembre 2010, p. 171. [N. del E.: publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 902, octubre-diciembre 2010, pp. 17-29].

15. CNCiv., en pleno, 11/5/1912, “Escary c/ Pietranera” (*elDial.com*, AN1). [N. del E.: publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, separata “Donaciones a herederos forzosos”, diciembre 2010, pp. 65-71].

16. ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Astrea, t. 2, §983.

fe, aplicando lo dispuesto por el artículo 3955 CCIV –veremos en el próximo apartado que esta postura será la tomada por la comisión creadora del CCCN–.

Si bien para la doctrina del fallo plenario la acción de reducción conforma una acción personal con efectos reipersecutorios, para otros conforma una acción meramente personal, lo que implicaría considerar que no posee efectos persecutorios, no afectando título alguno.

Lorenzetti, siguiendo a Armella,¹⁷ opina al respecto:

En fallo plenario [refiriéndose al plenario antes citado] se afirmó que la acción de reducción es real (art. 3955 Cód. Civ.), lo que permite afirmar que el bien donado es reivindicable y, por ello, la donación a terceros, en tanto no se modifique la legislación vigente, está sujeta a la acción de reducción si afecta la legítima de herederos forzosos y el título es observable. En cambio, la mayoría de la doctrina actual, preservando la seguridad jurídica y los efectos publicitarios registrales, entiende que toda donación de un bien inmueble otorgado a favor de un heredero forzoso o de un tercero es un título perfecto que no merece, notarialmente hablando, ninguna observación legal. Siendo una acción personal, prescribe a los diez años (art. 4023 Cód. Civ.).

Podemos observar que la opinión del presidente de la comisión designada para la elaboración del CCCN no coincide con lo que establece el mismo –como veremos posteriormente–, máxime cuando se refiere a la inobservabilidad como un requisito ineludible para que exista seguridad jurídica y tráfico negocial de los títulos provenientes de donaciones hechas a herederos forzosos. A favor de esta postura, Prayones¹⁸ sostuvo en 1915:

... un sistema jurídico que produce como consecuencia la inalienabilidad de los inmuebles no responde al principio económico necesario en toda buena legislación. La tendencia moderna es facilitar el movimiento económico: que las cosas se vendan y se compren y que todo aquel que adquiere un bien tenga la seguridad de que cuando lo ha pagado nadie podrá molestarlo. No obstante todas estas consideraciones, como se ha dicho, la última jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que hay acción real cuando la donación es hecha a un extraño. Mientras no cambie, a ella hay que atenerse en la Capital Federal.

Un dictamen de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos (aprobado por el Consejo Directivo) expresa en forma contundente que son inobservables los títulos provenientes de donaciones hechas a herederos forzosos. Establece que el saneamiento de un título que proviene de una donación a tercero puede darse por medio del distracto de la donación (si el donante aún se encuentra con vida) o, por el contrario, si el donante ha fallecido, mediante la renuncia de la acción de reducción o si se prueba que la donación no ha excedido la legítima.¹⁹

17. LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 13), t. 3, p. 626.

18. PRAYONES, Eduardo R., *Nociones de derecho civil. Derecho de sucesión*, Buenos Aires, Centro Estudiantes de Derecho, 1915, p. 236.

19. “Donación a favor del heredero forzoso. Inobservabilidad del título. El artículo 3955 del Código Civil. Saneamiento de títulos provenientes de donación a terceros”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Cole-

Por el contrario, Armella²⁰ no coincide con la solución del distracto como forma de saneamiento de los títulos que contienen donaciones hechas a terceros en caso de que el donante se encuentre con vida. En resumidas cuentas, opina que no pueden extinguirse las obligaciones creadas por los contratos si ya se encuentran extinguidas. El distracto no posee fuerza suficiente para retirar los derechos reales que se hubiesen transferido, al ser un acto jurídico simulado.

6. Donaciones inoficiosas en el Código Civil y Comercial de la Nación

La temática referida a la inoficiosidad de las donaciones se encuentra en: a) Libro Tercero, Título IV, Capítulo 22 “Donación”, y b) Libro Quinto, Título VIII, Capítulo 3 “Colación de donaciones”. El artículo 1565 CCCN ofrece un concepto de donación inoficiosa:

Se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante. A este respecto, se aplican los preceptos de este Código sobre la porción legítima.

El artículo 2386 CCCN regula respecto de las donaciones inoficiosas hechas a un descendiente o al cónyuge:

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 en exceso.

Se critica la redacción de este artículo atento a que no cumple con lo mencionado en sus fundamentos.²¹ En efecto, se menciona que el texto propuesto está redactado sobre la base del Proyecto de 1998, pero sin seguir sus lineamientos en absoluto. Lo único que parece coincidir con el Proyecto de 1998 son solamente sus fundamentos: si comparamos los de la comisión redactora de 1998 con los de la comisión de 2012, vemos que son idénticos, pero sus artículos no siguen la misma suerte. Los fundamentos del Proyecto de 1998 expresan:

gio de Escribanos de la Capital Federal, n° 840, enero-marzo 1995, pp. 131-134 (dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto de Ernesto H. A. Martí, aprobado por el Consejo Directivo el 18/1/1995, expediente 2357-L-1994): “En lo referente a los medios tendientes a sanear el título, éstos difieren según se trate de la donante viva o del donante que ha fallecido. En el primer supuesto, podría recurrirse al distracto de la donación, retro trayendo la situación al estado anterior y procediendo a la heredera declarada a efectuar la venta, o bien mediante sentencia firme que decida la perfección del título. En el segundo supuesto, tramitando el respectivo proceso sucesorio del donante fallecido y probando en el mismo que la donación no excede la legítima de los herederos forzosos, o renunciando los legitimarios a la acción de reivindicación”.

20. ARMELLA, Cristina N., “*Contrarius consensus*. A propósito de la pretendida bonificación de los títulos de donación”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 837, abril-junio 1994, pp. 193-218.

21. ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, “Modificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Memorial presentado ante la Comisión Bicameral”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 909, julio-septiembre -2012, pp. 21-59.

Se proyecta solucionar un problema oscuro en la doctrina nacional: el de si las donaciones que exceden la suma de la porción disponible y la porción legítima del donatario están sujetas a reducción o si solo se debe el valor del excedente a modo de colación. Se ha estimado preferible mantener el principio de que las donaciones a herederos forzosos se colacionan. En este supuesto, el beneficiado deberá aportar el valor en exceso.²²

Asimismo, siguiendo dicho criterio, el artículo 2340 del Proyecto de 1998 establece:

Donaciones inoficiosas. 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 colación, debiendo compensar la diferencia en dinero.**

De la comparación entre el texto del Proyecto de 1998 y el del CCCN surge que este último sustituye la última parte del artículo –que hemos destacado– con la expresión “a reducción por el valor en exceso”. De esta manera, consagra así una acción de tipo reipersecutoria entre legitimarios, según los lineamientos de los artículos 2453 a 2461 CCCN, produciendo un título observable.

El CCCN es claro al respecto en su artículo 2458, atento a que el legitimario podrá perseguir los bienes registrables contra terceros adquirentes. Si bien no se especifica si es a título oneroso o gratuito, consideramos que se trata de ambos supuestos. –Otra discusión surge si el adquirente es de buena o mala fe, tal como lo veremos cuando analicemos el artículo 2459 referido a la prescripción de la acción–. Como efecto del carácter reipersecutorio, también se extinguirán aquellos derechos reales constituidos por el donante o sus sucesores (art. 2457).

En cuanto al procedimiento a cumplirse para la acción de reducción en las donaciones, deberá tenerse en cuenta lo siguiente: en caso de que existan disposiciones testamentarias concurrentemente con donaciones hechas por el causante, primero deberán reducirse aquellas (art. 2453 CCCN). El heredero legitimario se encontrará habilitado para solicitar la reducción de donaciones en orden cronológico inverso (en primer lugar, la última donación); el mismo supuesto se aplica en caso de insolvencia del donatario (art. 2456). Si existen donaciones de igual fecha, se realizarán a prorrata.

El artículo 2454 CCCN establece el mecanismo al respecto. La reducción puede ser total o parcial; en caso de que sea total, la misma quedará resuelta; si es parcial

... por afectar sólo en parte la legítima, y el bien donado es divisible, se lo divide entre el legitimario y el donatario. Si es indivisible, la cosa debe quedar para quien le corresponde una porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho.

Acertadamente, tanto en el artículo 2454 como en el artículo 2458, el CCCN le permite al donatario o tercer adquirente quedarse con el bien, abonando el equivalente a la porción legítima perjudicada. De esta manera, permite eludir la pérdida del bien por la compensación.

22. Proyecto Código Civil Unificado de 1998. Fundamentos (Título VII, §310).

Si la disposición gratuita entre vivos o el legado realizados por el causante no han sido con el objeto de transmitir la propiedad del bien sino simplemente constituir un usufructo, uso, habitación o renta vitalicia, el legitimario podrá optar entre cumplirlo o entregarle al beneficiario la porción disponible (art. 2460 CCCN). Es por ello que consideramos que también serán observables estos títulos, atento a que podrá turbarse el derecho real del usufructuario, usuario o beneficiario en pos de una decisión unilateral del sucesor.

6.1. *Las porciones legítimas de los herederos forzosos en el Código Civil y Comercial*

Las porciones legítimas fueron reducidas con la sanción del CCCN (art. 2445, concordante con los arts. 3593-3595): “La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio”. En cuanto al cómputo de la porción de cada descendiente, se toman en cuenta aquellas donaciones colacionables o reducibles realizadas a partir de los trescientos días anteriores al nacimiento o, en caso de derecho de representación, al nacimiento del ascendiente a quien representa. Para el cónyuge, en cambio, solamente se considerarán las donaciones hechas después del matrimonio. Esta previsión salda la discusión acerca del cónyuge que se suscitaba con el CCIV. En cuanto a los hijos adoptados, creemos que la situación es más clara aún, puesto que deberá contarse el plazo de los trescientos días anteriores a la fecha de adopción (siguiendo el procedimiento de los arts. 607 y ss. CCCN). Esto es así puesto que el adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones que todo hijo (art. 620, 1° § *in fine*).

Se ha optado por eliminar a la figura de la nuera viuda sin hijos por considerarla violatoria de los principios del derecho sucesorio y el matrimonio igualitario:

Se suprime el derecho hereditario de la nuera viuda porque, además de los ataques a su constitucionalidad al distinguir según sea hombre o mujer, altera los principios del derecho sucesorio y ocasiona un sinnúmero de dificultades interpretativas, especialmente después de la incorporación del matrimonio de personas del mismo sexo.²³

Sin entrar al tema sucesorio que no nos compete en el presente trabajo, no queremos dejar de resaltar que entre las acciones protectoras que se dejan establecidas en el CCCN se encuentran la de la entrega de la legítima (arts. 2450 y 2488), la de complemento (art. 2451) y la de reducción (arts. 2452 y ss.).

Según la opinión de Lo Prete²⁴:

...el Anteproyecto pareciera tomar partido por la legítima como *pars bonorum*, vale decir, que puede escindirse la legítima de la vocación hereditaria. La opción es polémica ya que en definitiva, por ejemplo, se estaría avalando que una persona, a fuer de preterir a un legitimario de su testamento –instituyendo a un tercero– logre despojarlo de la ca-

23. Fundamentos del Anteproyecto de CCCN (Decreto PEN 191/2011).

24. LO PRETE, Octavio, “La legítima hereditaria”, en AA. VV., Lafferrière, J.N. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012* [on line], Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 629-634.

lidad de heredero (con todas las caracteres que ello comporta, por ejemplo vocación al todo de la herencia), siendo que dicha condición se goza por imposición de la ley.

6.2. *Ventas simuladas a herederos forzosos.*
¿Acción de colación, acción de reducción o ambas?

Si bien, por las razones antes expuestas, estos artículos también se aplican a las transmisiones de dominio realizadas a herederos forzosos, resulta importante aludir al artículo 2461 CCCN, que procura mejorar la redacción del artículo 3604 CCIV. Aquí se establece una presunción *iure et de iure* como sanción de un acto que se reputa simulado en perjuicio de los legitimarios que no se encuentran en el negocio jurídico. En efecto, si por medio de un acto entre vivos a título oneroso el causante ha transmitido a alguno de sus legitimarios la propiedad de un bien con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume, sin admitir prueba en contrario, que fue realizada en perjuicio de los restantes legitimarios, mejorando la posición de uno de ellos, y se considera tal acto jurídico como gratuito.

Creemos que su interpretación debe ser estricta; por lo tanto, si no existen las reservas antes aludidas, no se configurará la presunción establecida, debiendo el legitimario afectado probar que ha sido un acto simulado. Sin perjuicio de ello, en caso de que el legitimario efectivamente haya probado entregar una suma determinada, podrá deducir el valor entregado.

Quizás la dificultad interpretativa se centra más en los últimos dos párrafos del artículo:

El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación. Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas.

Si la presunción rige un acto oneroso simulado, considerándolo como celebrado a título gratuito, creemos que se aplica por analogía el artículo 2385 antes visto, con la salvedad de que **en este supuesto no hay acción de reducción por el valor en exceso** consagrado por el 2386. El artículo permite que los legitimarios afectados consientan el acto simulado. Esto impide que aquellos que aceptaron el negocio jurídico demanden la colación.

Creemos que nada obsta que los legitimarios puedan consentir también una donación hecha a favor de herederos forzosos, produciendo los mismos efectos del último párrafo del artículo 2461, atento a que el mismo habla de consentir enajenación “onerosa o gratuita”. Por lo tanto, en este caso es factible que el legitimario acepte tal liberalidad sin incurrir en las acciones de los artículos 2385 y 2386 CCCN, y no podrán solicitar tampoco la acción de reducción (arts. 2453-2460 CCCN).

Interpretamos que la frase “algunas de las modalidades indicadas” no es limitativa en cuanto al efecto que ocasiona consentir el acto por parte del legitimario en una donación hecha a un heredero forzoso. Esto debido a que un acto realizado a título gratuito hecho a favor de un legitimario, y consintiendo los restantes, no puede

tener otra solución. No parece lógico que se compela a los otorgantes del acto jurídico, para que tenga cierta circulabilidad en el tráfico negocial, a consentir y realizar un acto simulado, oneroso, transmitiendo la propiedad de bienes con reserva de usufructo, o con la contraprestación de una renta vitalicia. Este artículo conformaría, a nuestro entender, una excepción al artículo 2449 CCCN.

El consentimiento tiene que ser en el mismo acto, el artículo 2461 es claro al respecto: “los legitimarios que consintieron en la enajenación”.

7. Prescripción de la acción de reducción en el Código Civil de Vélez y en el Código Civil y Comercial de la Nación

7.1. Código Civil velezano

La prescripción de la acción de reducción, para la mayor parte de la doctrina, que la considera una acción de tipo personal con efectos reipersecutorios, es de diez años (art. 4023 CCIV). A favor de esta postura se encuentran Azpiri, Borda, Ferrer, Pérez Lazala y Solari, entre otros.²⁵ Si, en cambio, el ascendiente ha realizado una partición, afectando la legítima de otros herederos forzosos, el plazo de prescripción es de cuatro años (art. 4028 CCIV). En cuanto al cómputo del plazo, se aplica el artículo 3955 CCIV:

La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante.

El artículo 3953 CCIV hace mención a la apertura de la sucesión como momento en el cual pueden reclamarse los derechos en calidad de heredero. La jurisprudencia ha entendido que el artículo se refiere a la muerte del *de cuius* y no a la aceptación procesal que implica la apertura de un proceso sucesorio.²⁶

7.2. Código Civil y Comercial

No ha estado exenta de críticas La solución adoptada por el CCCN respecto de la prescripción de la acción de reducción de donaciones no ha estado exenta de críticas. El plazo decenal se mantiene, pero con algunas diferencias sustanciales.

El artículo 2459 CCCN expresa:

La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901.

25. MÉNDEZ COSTA, LLEGO YAGÜE, DE GOYTISOLO, *Nociones de derecho civil: derecho de sucesión*, Buenos Aires: Centro Estudiantes de Derecho, 1915.

26. CNCiv., Sala G, 7/9/1983, “López de Rojo, María de las Mercedes c/ Garrido, Daniel” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1984-IV, p. 216)

Se modifica el cómputo del plazo, de manera acertada a nuestro criterio: el plazo comienza desde la posesión que tenga el donatario o subadquirente del bien donado. Esto significa un alivio para aquellos títulos anteriores a la reforma, ya que no serán observables los que cumplan con estos términos.

Sin embargo, esto podría ser así si no fuera por el último agregado de la norma. En efecto, el artículo 1901 permite la unión de posesiones:

El heredero continúa la posesión de su causante. El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras. En la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico.

Para algunos, este artículo indica que se requiere buena fe para que opere la prescripción de la acción de reducción, máxime cuando el último párrafo del artículo 1902 exige un estudio de títulos previo para que la misma opere:

...la remisión al artículo 1901, que permite la unión de las posesiones, podría dificultar la interpretación, sin dudas no querida, de que tal prescripción debe fundarse en la buena fe, ya que el párrafo final de este último artículo dice que en la prescripción breve las posesiones deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico. Sumado a ello, el artículo 1902 del proyecto exige el estudio de los títulos antecedentes...²⁷

Nosotros, en cambio, consideramos que la remisión al artículo 1901 no incluye la última parte. La buena fe y el vínculo jurídico conforman requisitos para la prescripción adquisitiva breve, la que –creemos– debe escindirse de la prescripción de la acción de reducción. Si consideramos la prescripción adquisitiva de los derechos reales (arts. 1897-1899 y 2565 CCCN) como un instituto separado de las demás prescripciones, podemos aplicar el artículo 2459. En caso de no escindirlas, el artículo 2459 sería estéril y sin aplicación práctica, lo que configura un grave error. Es por ello que no compartimos la postura que ve un obstáculo a la libre circulación de títulos provenientes de donaciones, tanto a legitimarios como a terceros y posibles subadquirentes, una vez cumplido el plazo anteriormente indicado.

A pesar de que en los fundamentos se hable de la prescripción adquisitiva breve, queriendo referirse a la prescripción de la acción de reducción, debe considerarse que el *leitmotiv* central del artículo es intentar solucionar el problema jurídico que genera el tráfico de este tipo de títulos:

Se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve. De este modo se intenta solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico.²⁸

27. ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, ob. cit. (cfr. nota 21).

28. Cfr. nota 23.

8. Posibles subsanaciones de títulos provenientes de donaciones hechas a terceros en el Código Civil de Vélez

Muchas soluciones se han mentado en la doctrina notarial con el fin de bonificar los títulos provenientes de donaciones hechas a terceros. Ninguna de ellas ha estado exenta de críticas, pero consideramos importante enunciarlas sucintamente para evaluar la factibilidad de cada una en el CCCN.

Si bien –como en el título se indica– aquí intentamos analizar los diferentes tipos de soluciones ofrecidos por la doctrina para las donaciones hechas a terceros, sin incluir a los herederos forzosos, debemos recordar que con la vigencia del CCIV prácticamente no se discutía el hecho de que los títulos provenientes de donaciones hechas a herederos forzosos no eran observables. Es por ello que, a la luz de la sanción del CCCN y en base a los fundamentos antes expuestos por cierta doctrina moderna, hemos considerado prudente mencionar los caminos que se han ensayado para las donaciones observables, que servirán para analizar las posibles soluciones en nuestra nueva normativa.

Podemos resumir las diferentes posturas, realizando la presente enumeración:²⁹

- Distracto
- Declaración de onerosidad
- Escritura de revocación de la donación por reconocimiento voluntario de incumplimiento de cargos omitidos en la escritura.
- Reintegro voluntario del inmueble al donante, para librar al donatario de la obligación alimentaria –con idéntica intención al inciso anterior– (art. 1837 CCIV).
- Reembolso del dinero obtenido en la venta del bien donado al donante (art. 1837 CCIV).
- Prescripción adquisitiva.

Etchegaray,³⁰ haciendo referencia a cómo debe ser la bonificación de estos títulos, expresa:

Pienso entonces que la bonificación debe darse en el mismo campo, destruyendo la realidad virtual que motiva el rechazo. Si la donación es atacada por ser tal, por sí misma, sin necesidad de ninguna referencia a la realidad familiar o patrimonial de los sujetos negociales, nuestros esfuerzos subsanatorios deben desarrollarse en el mismo plano; en otras palabras debe desaparecer la donación [...] es razonable tener como suficiente la declaración que cambia la causa gratuita en onerosa, resultando excesivo tener que demostrar documentadamente la realidad de la onerosidad declarada (arts. 957 y 1197 Código Civil).

29. ETCHEGARAY, Natalio P., “Subsanación de títulos provenientes de donaciones efectuadas a terceros: personas que no son herederos forzosos del donante”, en AA. VV., *XL Seminario teórico práctico “Laureano Arturo Moreira”*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2000, pp. 77-99. [N. del E.: publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 874, octubre-diciembre 2003, pp. 65-78].

30. Ídem.

8.1. *El distracto*

El artículo 1200 CCIV consagra la figura del distracto como forma de extinguir obligaciones contractuales. Para un mejor razonamiento, lo desglosaremos en dos partes:

[1ª parte] Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido...

[2ª parte] ... y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza.

La primera parte habla del distracto, “*contrarius actus, mutuus dissensus*” o rescisión propiamente dichos. Este configura un acuerdo jurídico bilateral en el cual se deja sin efecto el contrato. Se extinguen las obligaciones pendientes y retornan a su anterior titular aquellos derechos reales que se han transmitido. Sus efectos no son retroactivos; por lo tanto, no puede argumentarse que el negocio no ha existido. Así parece confirmarlo el –anterior– Codificador cuando expresa en su nota al artículo 1200:

Revocar un contrato significaría, en términos jurídicos, aniquilarlo retroactivamente de modo que se juzgase que nunca había sido hecho; y ciertamente que el consentimiento de las partes no puede producir este resultado.

La segunda parte del artículo, en cambio, habla de la revocación siempre por las causas que la ley autorice.

Sin profundizar los conceptos de rescisión, revocación y nulidad, nos parece oportuno hacer referencia a otra parte de la citada nota:

Pero las partes, decimos, pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento en los casos que la ley autorice; es decir, si el contrato es hecho por un incapaz, por violencia, dolo, etc., y en tal caso el contrato se juzga no haber tenido lugar.

En los hechos ejemplificativos de situaciones que frustran los efectos de los contratos, según Armella,³¹ se está hablando de invalidez. Para esta autora, el efecto retroactivo no se produce por el mutuo consentimiento de las partes, sino por la sanción legal que se le impone a estos supuestos. Afirma que la retroactividad tiene íntima relación con el acto nulo (art. 1050 CCIV) y no con los anulables, que son los casos enunciados ejemplificativamente en la nota. Por consiguiente, el término revocación estaría mal consagrado allí.

Para quienes opinan que el distracto no puede aplicarse a los contratos de donación de inmuebles a terceros:³²

- Si el artículo 1200 exige en su primera parte que las obligaciones creadas por los contratos se encuentren pendientes, no pueden extinguirse las obligaciones creadas por un contrato de donación a terceros, porque ya se encuentran extinguidas.

31. ARMELLA, Cristina N., ob. cit. (cfr. nota 20).

32. Ídem.

- La donación es un contrato consensual y no real y, por lo tanto, genera la obligación de entregar la cosa donada, la que se extingue una vez transmitida la propiedad.
- La donación es, aparte, un contrato unilateral, por consiguiente solo genera obligaciones a favor de una de las partes (sin perjuicio de las obligaciones secundarias que tendrá el donatario a raíz de la donación por el aceptada).
- Los contratos unilaterales –como lo establece Vélez– pueden generar alguna obligación accidental, tal como la obligación de alimentos del donatario hacia el donante en los supuestos previstos por ley:

Los contratos unilaterales, no conteniendo sino una obligación, no exigen sino sólo una acción; sin embargo, puede suceder que el deudor, cumpliendo la prestación a la cual está obligado, haya sufrido pérdidas o hecho gastos que deba pagarle el acreedor, y la ley en tal caso le concede al efecto una acción, pero esta acción no es sino una consecuencia accidental de actos extrínsecos y no una consecuencia directa de la obligación primitiva. [Nota al art. 1138 CCIV].

Sin embargo, lo antedicho no implica que sea una consecuencia directa del contrato de donación la obligación alimentaria; por consiguiente, no podría considerarse como una obligación futura pendiente de cumplimiento.

En palabras de Armella:³³

Todo induce a sostener que el distracto del artículo 1200 del Cód. Civil es aplicable a los contratos de ejecución sucesiva y no a los de ejecución instantánea, posibilitando la extinción de sus efectos para el futuro y dejando firmes las prestaciones cumplidas.

La autora opina, en cuanto a la segunda parte del artículo 1200 CCIV, que el distracto no puede retirar los derechos reales transferidos, atento a que nuestro sistema de derechos reales es rígido, predominando el orden público por encima de la autonomía de la voluntad. La extinción de los derechos reales no puede producirse por un acuerdo de voluntades transmisivo, sino que requiere título y modo. El distracto, según esta postura, no extingue retroactivamente el contrato primitivo y conforma otro contrato; por lo tanto, configuraría una donación autónoma e independiente a la donación base que se pretende distractar.

Según la Cámara de Apelaciones en lo Civil, el criterio por el cual se sostiene que el distracto de la donación inmobiliaria es viable por cuanto conforma un supuesto autorizado por ley al tratarse de un título objetable (art. 1200 CCIV, 2ª parte) es improcedente, ya que la declaración de invalidez solo puede surgir de una decisión jurisdiccional.³⁴ Quienes opinan en contra de este fallo afirman que es posible realizar un distracto de una donación realizada a favor de un tercero:

... si las partes están de acuerdo [...] y la causa es la existencia de una invalidez reconocida por la ley [...] se está tipificando el enunciado de la segunda parte del artículo

33. Ídem.

34. CNCiv., Sala A, 23/11/1998, “K., A. y K., M.V. y otro s/ homologación de acuerdo” (*elDial.com*, DC56L1). [N. del E.: publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, nº 859, enero-marzo 2000, pp. 271-274, con comentarios de Pedro Di Lella y Rubén Augusto Lamber].

1200 del Código Civil, cuando autoriza a aniquilar retroactivamente por mutuo consentimiento un contrato que se juzga no haber tenido lugar.³⁵

En otras palabras, hay quienes consideran que es posible realizar una revocación, en base al artículo 1200, si media un reconocimiento voluntario de nulidad de los contratantes. Este argumento se basa en la misma nota del artículo antes citado, que les permitiría a las partes arribar a la conclusión de la inviabilidad del contrato, atento a que existen razones legales de envergadura que lo tornan ineficaz.

En síntesis, sería posible para esta doctrina revocar voluntariamente una donación por imposibilidad de ejercer el derecho de propiedad, restituyendo el inmueble adquirido.

8.2. *El artículo 1837 del Código Civil de Vélez*

El artículo en cuestión establece:

Cuando la donación es sin cargo, el donatario está obligado a prestar alimentos al donante que no tuviese medios de subsistencia; pero puede librarse de esta obligación devolviendo los bienes donados o el valor de ellos si los hubiese enajenado.

La posibilidad de revocar voluntariamente la donación para que el donatario se libere de la obligación de suministrar alimentos tiene, para algunos, los efectos de una ingratitud; es decir, se remontan al día de la donación (art. 1867). Nosotros, en cambio, creemos que no tienen efectos retroactivos, más aun siendo una revocación voluntaria. Pensarlo de otra manera configuraría una incertidumbre jurídica, transformando todas las donaciones que sirven de título de dominio en revocables, lo que conlleva decir, coloquialmente, que es peor el remedio que la enfermedad.

Una restitución del valor de los inmuebles enajenados implicaría una posible solución para que pueda circular en el tráfico jurídico un título con antecedentes de una donación a favor de tercero. No obstante, en la práctica sería de difícil aplicación, puesto que para que el donatario haya posteriormente vendido el inmueble a un tercero tendría que haberse observado su título antecedente. Entendemos que este último supuesto serviría en los contados casos en los cuales la operación se realice a pesar de las observaciones formuladas y posteriormente se aplique este artículo para que al tercer adquirente a título oneroso se lo considere de buena fe.

8.3. *Reconocimiento de simulación y revocación por inejecución de cargos omitidos en la escritura*

Otra solución ensayada por la doctrina especializada es el reconocimiento de la simulación del acto, otorgándole su verdadera calificación legal. Se aplicaría aquí el artículo 957 CCIV, por entender que no perjudica a nadie y tampoco tiene un fin ilícito, concordantemente con el principio de autonomía de la voluntad consagrado por el artículo 1197.

35. ETCHEGARAY, Natalio P., ob. cit. (cfr. nota 29).

Lo cierto es que reconocer un acto simulado que conforma título implica tener en mira no solamente el derecho privado sino también la parte del derecho público que rige para esta clase de negocios. En efecto, si reconocemos una donación como simulada, declarando que en realidad se ha tratado, por ejemplo, de una compraventa, debemos tener especial cuidado al analizar los aspectos tributarios de una u otra operación.

Ciertos tributos no se aplican cuando la transmisión de inmuebles se realiza por medio de una donación: así tenemos el ejemplo del impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas (Ley 23905), el impuesto a las ganancias (Ley 20628³⁶) y el impuesto de sellos, entre otros. En algunas jurisdicciones locales tendremos impuestos que gravan las transmisiones de dominio gratuitas, pero suelen ser de menor alícuota que las onerosas.

Esto significa que si bien para el derecho privado puede ser una solución recurrir a la simulación no perjudicando a terceros, a la hora de prestar un asesoramiento profesional hay que tener en cuenta las obligaciones hacia el fisco. Llegado el caso de realizar una declaración de simulación, debemos tener en cuenta los impuestos omitidos más sus intereses, con el fin de eludir una posible acción de los organismos recaudadores.

La revocación por inejecución de cargos omitidos en la escritura (arts. 1850, 1854 y 1855) es otra vía ensayada por la doctrina con el fin de bonificar este tipo de títulos. Si bien, a nuestro criterio, esta revocación configuraría una simulación lícita con los alcances antes denunciados, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros, podría ser aplicable.

Quedaría para analizar si la imposición a la que se refiere el artículo 1850 hace alusión a una condición exigida por el donante de manera escrita, o bien si puede ser hecha verbal o tácitamente. Nosotros creemos viable imponer condiciones de manera no escrita (art. 1802 y su nota).

8.4. *La prescripción adquisitiva*

Otra vía de subsanación es el paso del tiempo veinteñal, contenido en los artículos 4015 y 4016 del CCIV. Hay quienes opinan que estos artículos no son aplicables, atento a que debe regir el ciclo prescriptivo de la acción de reducción antes vista, es decir, el plazo decenal previsto para la acción de reducción, iniciándose desde la muerte del donante (arts. 3955 y 4023).

Etchegaray,³⁷ en cambio, adopta otra tesis –que compartimos–:

Pienso que quienes niegan la aplicación de estos artículos [refiriéndose a los artículos 4015 y 4016 CCV] en realidad están creando un privilegio especial para quien ha donado sus inmuebles, frente a los otros propietarios que pueden perder su dominio (por el transcurso del tiempo) por cualquier título o circunstancia, inclusive por usurpación. El propietario que ha perdido la posesión por cualquier título, incluso vicioso o aun sin

36. [N. del E.: ver Decreto PEN 649/1997].

37. ETCHEGARAY, Natalio P., ob. cit. (cfr. nota 29).

causa, pierde su dominio a los veinte años de desposeído; no encuentro cuál es la razón para que este tiempo no corra contra el donante.

9. Posibles subsanaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación

Al momento de realizar un contrato de donación a favor de un legitimario según el CCCN, y estimando que pueda ser observado debido a las discrepancias interpretativas, debemos considerar siempre el asesoramiento previo que se debe guardar como profesional del derecho. Parece de buena práctica dejar asentado este supuesto en el texto que conformará el título de propiedad, atento a que ello implicaría haber obrado con la diligencia y la pericia suficientes que requiere la profesión. Sin perjuicio de ello, también estimamos que es posible realizar la escritura con el consentimiento de los restantes legitimarios, tal como hemos comentado anteriormente, evitando su observabilidad, según nuestra postura.

Sin embargo, el tema de este título se centra en aquellos antecedentes donde veamos donaciones hechas a un legitimario. Siguiendo la misma línea de estudio, analizaremos:

- La rescisión bilateral (art. 1076 CCCN).
- La revocación por reconocimiento voluntario de incumplimiento de cargos omitidos en la escritura (art. 1563 CCCN).
- Reintegro voluntario del inmueble al donante para librar al donatario de la obligación alimentaria (art. 1559).
- Declaración de onerosidad mediando un reconocimiento de simulación.
- Prescripción.

9.1. *La rescisión bilateral*

El artículo 1076 CCCN establece:

El contrato puede ser extinguido por rescisión bilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros.

El CCCN mejora así la redacción del artículo 1200 del CCIV. Y, más aún, le dedica todo un capítulo a la extinción, modificación y adecuación del contrato. Con gran acierto se habla de rescisión en lugar de revocación y se elimina la segunda parte del viejo artículo 1200, que ha generado gran confusión a nivel doctrinario y jurisprudencial. La comisión redactora simplemente expresa que estos artículos tienen su fuente en el Proyecto de 1998.

Los efectos de la rescisión bilateral son siempre *ex nunc*, es decir, hacia adelante, salvo estipulación en contrario, la que –claro está– no puede afectar derecho de terceros. Sujeto el contrato a un acuerdo rescisorio, las partes deberán restituirse lo que han recibido en razón del contrato o su valor (art. 1080 CCCN). Asimismo, para estimar el valor de las restituciones, deberán tomarse en cuenta las ventajas no percibidas, las utilidades frustradas u otros daños (art. 1081 CCCN).

El artículo 1076 omite, acertadamente a nuestro juicio, el retiro de los derechos reales que se hubiesen transferido. Por ello, sumado al hecho por el cual las prestaciones cumplidas quedan firmes según el artículo 1081, es que estimamos que no es posible aplicarlo como una supuesta subsanación a las donaciones a terceros o herederos forzosos.

El artículo 1081 CCCN habla sobre los efectos de extinciones de un contrato bilateral, pero entendemos que si para un contrato de prestaciones recíprocas, aquellas que han sido cumplidas quedan firmes y producen sus efectos en cuanto resulten equivalentes, deberá considerarse de igual manera un contrato unilateral con obligaciones cumplidas e indivisibles como es la donación de inmuebles. El razonamiento es más claro aun cuando, al hablar de restitución en los casos de extinción por declaración de una de las partes, el artículo 1080 remite al artículo 1081 CCCN.

9.2. *La revocación de la donación*

Remitimos al concepto dado en el apartado 2.3 de este trabajo. Entendemos que, no obstante, si bien la revocación implicaría un acto jurídico de tipo unilateral, nada obsta que –según el principio de libertad de contratación consagrado por el artículo 958 CCCN– pueda dejarse sin efecto la donación por acuerdo de voluntades, expresando los motivos que solo la ley prevé para este supuesto.

La revocación de la donación está consagrada en el artículo 1569 CCCN:

La donación aceptada sólo puede ser revocada por inejecución de los cargos, por ingratitud del donatario y, en caso de habérselo estipulado expresamente, por supernacencia de hijos del donante. Si la donación es onerosa, el donante debe reembolsar el valor de los cargos satisfechos o de los servicios prestados por el donatario.

Para el caso que estamos estudiando, descartaremos los supuestos de ingratitud y supernacencia. El primero, por entender que la redacción que ofrece el artículo 1571 CCCN *in fine* habla de la necesidad de un proceso judicial que dictamine acerca de la ingratitud, mediando la prueba a la que hace alusión la norma. El segundo supuesto, en cambio, de haberse establecido en el contrato expresamente el caso de supernacencia de hijos, estaremos frente a un dominio de tipo revocable que debería tener reflejo registral o, al menos, observarse en un estudio de títulos. En cuanto a la inejecución de cargos, el artículo 1563 CCCN establece:

El donatario sólo responde por el cumplimiento de los cargos con la cosa donada, y hasta su valor si la ha enajenado o ha perecido por hecho suyo [...] Puede también sustraerse a esa responsabilidad restituyendo la cosa donada o su valor si ello es imposible.

Este artículo conforma una vía similar a la contenida en los artículos 1850, 1854 y 1855 CCIV. Entendemos –con igual criterio al establecido para las normas citadas– que parece no requerirse que los cargos se encuentren establecidos de manera expresa en el contrato de donación, siendo fácticamente posible realizar una revocación voluntaria en los términos de incumplimiento de cargos omitidos en la escritura. En los fundamentos del anteproyecto se transcribe el artículo para explicar el artículo, lo que parece tautológico e innecesario para volcar en el presente trabajo.

9.3. *Reintegro voluntario del inmueble al donante para librar al donatario de la obligación alimentaria*

Sobre este punto habla el artículo 1559 CCCN:

Excepto que la donación sea onerosa, el donatario debe prestar alimentos al donante que no tenga medios de subsistencia. Puede liberarse de esa obligación restituyendo las cosas donadas o su valor si las ha enajenado.

La obligación de alimentos solo rige para las donaciones no onerosas, eludiendo referirse a donaciones sin cargo, lo que nos parece acertado a nuestro juicio, debido a que no todos los cargos supondrán siempre onerosidad. Pueden existir donaciones que se consideren gratuitas y que posean cargos. La onerosidad estará dada en la medida en que se limiten a una equitativa retribución de los servicios recibidos o en que exista equivalencia de valores entre la cosa donada y los cargos impuestos (art. 1564 CCC).

Hecha esta salvedad, la redacción del artículo 1559 es similar a la del artículo 1837 CCIV, por lo cual remitimos a los comentarios desarrollados arriba, para evitar reiteraciones innecesarias.

9.4. *Declaración de onerosidad mediante un reconocimiento de simulación*

La simulación está consagrada en los artículos 333-337 CCCN. El artículo 334 establece la distinción entre simulación lícita y simulación ilícita:

La simulación ilícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible. Si el acto simulado encubre otro real, éste es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero. Las mismas disposiciones rigen en el caso de cláusulas simuladas.

Atento a la nueva redacción que ha adoptado el CCCN con respecto al artículo 957 CCIV, podemos afirmar que la solución antes encumbrada por los doctrinarios como una solución viable a los títulos provenientes de donaciones hechas a terceros resultaría ahora manifiestamente improcedente. Esto es así porque el nuevo artículo expresa que el acto simulado es lícito cuando no perjudica a un tercero y encubre otro real. Este debe contener los requisitos propios de su categoría, motivo por el cual parece imposible, por ejemplo, tomar un título proveniente de una donación y subsanarlo afirmando que se trata de un acto simulado en el que se ha querido realizar una compraventa u otro contrato con similares características.

Sobre este punto, la comisión redactora del CCCN dice en los fundamentos:

El texto sobre simulación lícita e ilícita, con algunos cambios, reitera las propuestas del Proyecto de 1993 (PEN) (artículo 640) y del Proyecto de 1998 (artículo 329), precisando además que el acto real, además de no ser ilícito ni perjudicar a un tercero, debe reunir los requisitos propios de la categoría a que pertenece (forma, capacidad, objeto, causa, etc.).³⁸

38. Cfr. nota 23.

Encontramos también que el artículo 958 del CCC restringe la libertad de contratación a aquellos límites impuestos por la ley, con lo cual a nuestro criterio la posibilidad de recurrir a este mecanismo, queda aniquilada.

9.5. *Prescripción*

A pesar de que hemos hablado más arriba de la prescripción decenal como un medio de subsanación de las donaciones –tanto a favor de terceros como de herederos legítimos–, aplicando el artículo 2459 CCCN, consideramos necesario comentar otro tipo de prescripción aplicable para el caso de no coincidir con nuestra postura. Es por ello que, haciendo esta salvedad, intentaremos abarcar la otra posible solución al tema, sin incurrir en una contradicción con lo manifestado.

La prescripción adquisitiva larga, contenida en el artículo 1899 CCCN, sería el plazo aplicable:

Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión.

Entendemos que, en un estudio de títulos, la prescripción adquisitiva breve no puede argumentarse como modo de subsanación por darse los requisitos de justo título y buena fe consagrados en el artículo 1898 CCCN. Esto se debe a que la buena fe del donatario que desconoce la existencia de herederos legítimos con derechos sobre el bien donado solo podría acreditarse judicialmente, atento a la imposibilidad de que surjan de un simple examen previo de los antecedentes. En otras palabras, por más que la buena fe se presume a favor del donatario, no podemos dejar de lado que se requiere en el profesional que realice el estudio de títulos un convencimiento certero de que no hubo conocimiento ni posibilidad de conocer la causa que podría ocasionar la posible pérdida de su derecho sobre el bien adquirido. Todo esto dado por el simple examen que surja de la documentación a analizar, lo que es inviable.

Por tales motivos, consideramos que el plazo veinteañal es el adecuado para considerar la prescripción adquisitiva en casos de donaciones hechas a favor de herederos legítimos que excedan la porción disponible o a favor de terceros. El plazo empezará a correr desde la posesión, que podrá coincidir con la fecha del título, salvo prueba en contrario (arts. 1899 y 1903 CCCN).

Reiteramos que este planteo será el que deberá regir en caso de no coincidir con nuestra postura, que afirmaba la viabilidad de la prescripción decenal a la luz de lo expuesto en el artículo 2459 y sus fundamentos.

10. Conclusiones

En el presente trabajo comenzamos recordando algunas definiciones previas necesarias para establecer el alcance de los conceptos vertidos. Más adelante, dejamos asentada la importancia del estudio de títulos en el Código Civil de Vélez y celebramos su inclusión expresa en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Del análisis efectuado del flamante Código y a modo de resumen, podemos concluir que:

- Los títulos provenientes de donaciones de bienes inmuebles realizados a favor de herederos forzosos se tornarían observables, debido a las prescripciones de los artículos 2453-2461 y concordantes del CCCN.
- Esta observabilidad surge de la acción de tipo reipersecutoria de los legitimarios aun contra terceros adquirentes, sean a título oneroso o gratuito.
- Asimismo, pudimos observar las modificaciones referentes a las porciones legítimas y cómo podríamos concebir el consentimiento de los legitimarios “afectados” al momento de la enajenación en el supuesto de ventas simuladas a herederos forzosos (art. 2461 CCCN).
- Este consentimiento conformaría una excepción al artículo 2449 CCCN.
- En cuanto a las posibles subsanaciones, resumimos primeramente todas las posturas ensayadas por la doctrina para el caso de donaciones hechas a terceros y las utilizamos, por medio de la analogía, como base para tratar el tema de las donaciones hechas a favor de herederos forzosos en el CCCN, viendo la posibilidad o no de su implementación.
- Teniendo en cuenta esto, analizamos la figura del distracto, llamado en el CCCN “rescisión bilateral” (art. 1076) y dimos nuestra opinión en el sentido de que no sería posible aplicarlo como modo de subsanación. En el mismo sentido nos referimos a la declaración de onerosidad mediando reconocimiento de simulación.
- Otros modos vistos que podrían funcionar como medios de subsanación en el nuevo plexo normativo, teniendo en cuenta las salvedades anunciadas, son: la revocación de la donación, el reintegro voluntario para librar al donatario de la obligación alimentaria y la prescripción.
- A pesar de lo expuesto y las posibilidades de subsanación, es una necesidad imperiosa que el Congreso sancione las modificaciones propuestas por académicos altamente capacitados en el aspecto jurídico-notarial, con el fin de llegar a una solución concreta y evitar la observabilidad de estos títulos.
- Teniendo en cuenta lo antedicho, hacemos propia una reflexión del I Foro Internacional de Derecho Registral:³⁹ “la seguridad jurídica incorpora siempre seguridad económica”. Por lo tanto, creemos que no puede verse como un obstáculo la celebración de un contrato de donación de inmueble, ya sea a un tercero o a un heredero legítimo, por una posible observabilidad del título, porque en este caso se estaría aniquilando una especie contractual muy usada y altamente demandada por la sociedad.

39. I Foro Internacional de Derecho Registral (Villa Carlos Paz, Córdoba, 2006): “Declaración de Carlos Paz” (22/9/2006).