

Donaciones

Un temor irreverente*

Maritel M. Brandi Taiana

RESUMEN

Se analiza el alcance del artículo 2458 del Código Civil y Comercial en relación con las donaciones dinerarias, la donación de acciones y la cesión de derechos y acciones hereditarios a título gratuito. Respecto de la donación dineraria, tras analizar el concepto de subrogación real, se concluirá que la misma no es aplicable a estos supuestos y que es fundamental no confundir subrogación real con simulación. En cuanto a la donación de acciones y la cesión de derechos y acciones hereditarios, su transferencia gratuita tampoco se ve alcanzada por los efectos reipersecutorios dispuestos en el mencionado artículo 2458, por cuanto se trata de bienes no registrables.

PALABRAS CLAVE

Donación dineraria, subrogación real, simulación, donación de acciones, cesión gratuita de herencia, derechos hereditarios.

Fechas de recepción y aceptación

23/2/2018 - 9/4/2018

Sumario: 1. Introducción. 2. Presupuestos de estudio: acción de colación y acción de reducción. 3. Alcance del objeto de la acción reipersecutoria: bienes registrables. 3.1. Acciones. 3.2. Subrogación real. Especial referencia a la donación dineraria. 3.3. Subrogación real vs. simulación. 3.4. Donación dineraria con condición o cargo de destinar el dinero a la adquisición de un bien registrable. 3.5. Ausencia de normativa que permita mutar el objeto de la donación al momento de habilitar la acción de reipersecución. 4. Cesión de herencia a título gratuito. 5. Conclusión. 6. Bibliografía. 6.1. Bibliografía complementaria.

1. Introducción

Grandes interrogantes han surgido a partir de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial (CCCN) en agosto de 2015 respecto de diversos institutos y escenarios jurídicos cuyas estructuras se han visto conmocionadas con las reformas introducidas. En muchos casos, dichos interrogantes se enraízan en modificaciones ciertas y concretas

* Edición revisada y ampliada de la ponencia homónima presentada en la 42ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 2017). El lector podrá confrontar la 1ª edición de la ponencia en la [web de la Convención](#).

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

Esta inquietud se evidencia muy especialmente en el ámbito de las donaciones y los alcances de las acciones de colación y de reducción y los efectos reipersecutorios de esta última. Intentaremos desentrañar, fundamentalmente, cuál es el alcance de la acción reipersecutoria respecto de los bienes recibidos por donación cuando los donatarios los transmiten a terceros subdaquientes.

2. Presupuestos de estudio: acción de colación y acción de reducción

La **acción de colación** le impone al heredero forzoso donatario la obligación de restituir a la masa hereditaria **los valores recibidos en vida del donante**, con el fin de preservar la igualdad entre herederos. La colación supone una imputación aritmética que se resuelve con la compensación en valores. Así era en el Código de Vélez (CCIV) y así se mantiene en el CCCN.

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

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

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

En cuanto a la **acción de reducción**, Campanella y Lambaburu sostienen que

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

Señala, además, que todas las posiciones doctrinarias, con independencia de la naturaleza jurídica que le reconozcan, “coinciden en que tiene efectos *reipersecutorios*, de modo que su fin es recomponer la porción legítima de los herederos forzosos”.²

Esta acción no es dispensable³ y es considerada por prestigiosos autores, especialmente, como **una acción personal con efectos reipersecutorios**, de conformidad con las

1. CAMPANELLA, Florencia G. y LAMBABURU, Marcelo, [comentario al art. 2452], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs. gales.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 6, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 415.

2. Ídem, p. 416.

3. Igual criterio respecto del alcance reipersecutorio de la acción sostiene FERRER, Francisco A. M., [comentario al art. 2452], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 11, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 612-619.

conclusiones a las que arribó la mayoría en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013).⁴

Señala Di Castelnuovo:

... la acción de reducción tiene por objeto proteger la legítima dirigiéndose contra las disposiciones testamentarias y, de ser necesario, las donaciones otorgadas por el causante en exceso de su porción disponible, para integrar la cuota del legitimario accionante y salvar la legítima, sin importar quién sea el destinatario de la liberalidad [...] **Y por reducción debe entenderse resolución, rescisión, ineficacia.**⁵

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

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

Ahora bien, convencidos ya del efecto reipersecutorio de la acción de reducción, el CCCN le impone un límite cuando el bien es transmitido a un subadquirente: **la acción tiene alcances reipersecutorios solo cuando se trata de bienes registrables.** Señala el artículo 2458 CCCN:

Acción reipersecutoria. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

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

4. Ídem, p. 614.

5. DI CASTELNUOVO, Gastón R. (y DI CASTELNUOVO, Francisco [colab.]), [comentario al art. 2452], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 8, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 377 y 379-380.

3. Alcance del objeto de la acción reipersecutoria: bienes registrables

A pesar del texto claro en cuanto a la individualización de los bienes alcanzados, la doctrina –haciendo gala de un temor que muchas veces nos hace ir más allá de la realidad– comenzó a preguntarse si al señalarse los bienes registrables se incluirían en el supuesto las acciones, los bienes no registrables que en el futuro pudieran dar lugar a la adquisición de bienes registrables o los derechos hereditarios que en el futuro terminen concretándose, a través de un acto partitivo, en bienes registrables. El primer interrogante es ¿por qué podríamos extender a otra clase de bienes una previsión específica, clara y delimitada que puntualmente la ley estableció respecto de una clase determinada de bienes como son los registrables?; ¿qué sentido tiene que la ley indique expresamente a qué bienes alcanza el efecto reipersecutorio si por vía de interpretación se vulnera la limitación normativa para aplicarla a supuestos no previstos?

3.1. Acciones

En cuanto a la caracterización de las acciones de sociedades anónimas o en comandita por acciones como bienes registrables, me remito a lo claramente expresado por Gutiérrez Zaldívar al dar cuenta de las distintas posturas existentes sobre el tema y aclarar la cuestión de forma definitiva al sostener que en ningún caso pueden ser incluidas dentro de la condición de bienes registrables y que, por tanto, no se encuentran alcanzadas por la acción reipersecutoria respecto de terceros adquirentes que contempla el artículo 2458 CCCN.⁶

Con respecto a bienes no registrables, como el dinero o la cesión de derechos hereditarios, que, por sucesivos actos transmisivos o partitivos, se concreten en bienes registrables y, por ello, se vean alcanzados por los efectos previstos en el artículo 2458 CCCN y así eliminados del tráfico comercial por el período de prescripción de diez años previsto en el artículo 2459 CCCN, resulta obligado abordar el gen primario del problema: la eventual subrogación real, que es el argumento fundamental que alegan quienes sostienen esta postura expansiva.

3.2. Subrogación real. Especial referencia a la donación dineraria

Aguilar y Flah sostienen que la **subrogación real** “consiste en la posibilidad de que una cosa ocupe el lugar jurídico que corresponde a otra en las mismas condiciones y afectación”.⁷ Al tratar el tema del alcance de la protección de vivienda regulada en el nuevo Código, señalan que en la **Ley 14394** la suma de dinero que reemplazaba al inmueble (en el caso de venta) no gozaba de inembargabilidad, “pues la ley no prevía la subrogación real”.⁸

6. Ver GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Alfonso, “Acciones-título valor. Acción reivindicatoria”, Buenos Aires, [s. e.], 2017 (trabajo presentado en la 42ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires [Buenos Aires, 2017]). [N. del E.: el lector podrá consultar la ponencia en la [web de la Convención](#)].

7. AGUILAR, Rosana I. y FLAH, Lily R., “Protección de la vivienda”, en Kiper, Claudio M. (dir.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 284.

8. *Ibidem*.

Causse define la subrogación real como

... un fenómeno que obedece a la sustitución de una cosa por otra [...] **Es preciso que una norma legal así lo reconozca**, pues individualizada la cosa, la sola voluntad de una de las partes no puede producir ese traslado.⁹

Señalan Bossert y Fassi que

Puede ocurrir que en un patrimonio, un bien sea reemplazado por otro; y por tanto, aunque haya en aquél un bien nuevo, no hay un valor nuevo; ocurrido este reemplazo de bienes en el patrimonio, también jurídicamente, se produce el reemplazo de una cosa por otra; **ésta, nueva, asume en el plano de las relaciones jurídicas, el lugar que ocupaba la otra, reemplazada**. En este reemplazo –desde el punto de vista jurídico– de un bien por otro, consiste la subrogación real [...] Se trata de una “ficción por la cual un objeto reemplaza a otro, para ser propiedad de la persona a la que éste pertenecía, y revestir su naturaleza jurídica.”¹⁰

Asimismo, citando a Demogue y a Vaz Ferreira, los mencionados autores indican que

... **distinguen entre las cualidades físicas intrínsecas del bien (por ejemplo, mueble o inmueble, consumible o no, etc.), que no pueden ser transferidas a otro bien; y las calidades extrínsecas, atribuidas, otorgadas por el ordenamiento jurídico y que denomina “los valores de afectación” y que mediante la subrogación real, se transfieren al bien que ha de reemplazar al anterior en el patrimonio.**¹¹

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

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

Cuando la ley consideró que debía ser aplicado dicho principio, así lo incorporó expresamente en la normativa: protección de vivienda, masa de bienes propios y gananciales en el régimen patrimonial matrimonial de comunidad, cesión de derechos hereditarios en el supuesto contemplado en el artículo 2304 CCCN, entre otros. Algunos autores sostienen que, en realidad, se trata de un principio general del derecho, lo que los conduce a sostener que no requiere ser expresamente establecido por la ley. Esto nos lleva a dos reflexiones:

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

9. CAUSSE, Federico, “Derechos reales de garantía”, en Kiper, Claudio M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 615.

10. BOSSERT, Gustavo A. y FASSI, Santiago C., *Sociedad conyugal. Comentario de los artículos 1217 a 1275 del Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1977, p. 266.

11. Ídem, p. 268.

gananciales (art. 466 CCCN) o en el supuesto de la cesión de derechos del artículo 2304 CCCN.

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

Si entendiéramos que el principio de subrogación real es absoluto y su aplicación obligada más allá de la previsión expresa de la ley, nos encontraríamos con situaciones rayanas en lo absurdo que nos llevarían a afectar el derecho de propiedad incluso más allá de lo querido por la ley. Veamos una situación puntual: un padre dona a su hijo acciones que cotizan en bolsa. El hijo las liquida y, con el dinero obtenido, adquiere un inmueble. Aun estando casado, por aplicación expresa de la norma, el bien reviste carácter propio. No obstante, incluso los cónyuges de común acuerdo podrían decidir obviar la consignación de dicho carácter, con lo que el bien, frente a los terceros, se comportaría como si fuera ganancial. ¿Sería razonable concluir que ese inmueble está fuera del comercio durante diez años por aplicación del artículo 2458 CCCN?

Sabemos que en algunas familias el Ratón Pérez es poderoso. Juan, de dieciocho años, tiene mentalidad financiera desde pequeño y siempre le ha pedido a su padre que invierta el dinero donado por el Ratón Pérez en la Bolsa. Con un golpe de suerte, ha logrado reunir un dinero importante y, alcanzada su mayoría de edad, adquirir un vehículo pequeño. ¿Se verá privado de su derecho a vender el coche durante diez años? ¿Tendremos que profundizar en el estudio de la naturaleza jurídica de las entregas de dinero que realiza Pérez? ¿Podremos encuadrarlas en compraventa con el fin de salvar la transferencia del coche? Cuando las conclusiones alcanzadas por la aplicación estricta y fundamentalista de una teoría arrojan resultados insólitos, algo está mal en la forma en que estamos analizando el problema. El derecho no puede estar reñido con el sentido común.

El artículo 2458 CCCN, al establecer una acción reivindicatoria aun en contra de terceros subadquirentes respecto de bienes registrables, **toma la decisión de hacer prevalecer el derecho de los legitimarios frente al derecho de libre circulación de los bienes y de propiedad para un supuesto que debe ser entendido de manera estricta, ni restrictiva ni amplia.** Lo dispuesto se aplica para el caso particularmente legislado y no debe ser trasladado, sin norma expresa que así lo establezca, a supuestos no previstos expresamente, por cuanto se trata de una decisión legislativa puntual que resuelve la colisión de otros principios generales del derecho de gran envergadura, como el mismísimo derecho de propiedad constitucionalmente protegido. **Si el legislador hubiese querido que toda clase de bienes se viera alcanzada por el efecto reipersecutorio en cabeza de los subadquirentes, así lo habría establecido.**

Por otra parte, aun cuando se aceptara la aplicabilidad del “virus” de la subrogación para todo supuesto, si en el resto de los supuestos es derogable por las partes, no vemos por qué no lo sería en el que analizamos. Pero, más aún, debemos volver a la definición primigenia para entender su alcance: una cosa ocupa el lugar que otra tenía. En el caso del dinero: un inmueble ocupa el lugar del dinero que había sido donado. Es decir, al inmueble se le aplicaría en ese caso la misma normativa que le correspondía al dinero, no al revés. **Consecuentemente, aun si se entendiera que opera la subrogación real, el**

inmueble, al ocupar el lugar del bien no registrable, adquiriría las condiciones de este. Y ello siempre que obviásemos las consideraciones doctrinarias respecto a que debe estar expresamente prevista la subrogación y que no puede afectar la condición física del bien.

3.3. Subrogación real vs. simulación

Hay un fallo emblemático de Cámara, del año 1976, dictado ni más ni menos que por los doctores Alterini, Belluscio y Cifuentes,¹² que a partir de una lectura poco profunda desbarataría nuestra teoría por el solo hecho de que tres grandes juristas concluyeron que la donación de un dinero suponía la donación de un inmueble. Así consignado, nuestros argumentos caerían en el abismo. No obstante, analicemos el supuesto de hecho y de derecho allí planteado.

Se trataba de una relación afectiva de pareja en donde el caballero había sido siempre quien aportara los medios económicos de sostenimiento del hogar mientras que la mujer se había dedicado a la crianza de las hijas en común. Tras años de relación, acaece la ruptura en términos muy conflictivos, adoptando la mujer decisiones duramente criticadas por los juzgadores. El caballero plantea la revocación de una “donación” realizada a la mujer por ingratitud de esta. La “donación” que se atacaba era el pago de un departamento por parte de él, habiéndolo “puesto a nombre de ella”.

Belluscio señala en su voto:

... el juez de 1ª instancia ha dado por acreditado que todos los pagos correspondientes al precio de compra del departamento de [...] adquirido a nombre de la actora fueron hechos por el demandado [...] la conclusión del sentenciante –de primera instancia– no fue la de que el demandado entregó a la actora el dinero para la compra sino la de que él mismo hizo los pagos [...] **pues de lo informado por el vendedor se desprende que estaba en conocimiento de que el precio no era pagado por quien aparecía como compradora sino por el reconviniente.**¹³

Sigue su voto:

... en tales casos no se presenta en realidad una donación del dinero empleado en la realización de la compra sino directamente una donación de la cosa comprada, encubierta mediante la compra efectuada a nombre del donatario pero empleando dinero del donante [...] **en la puesta a nombre de otro se suprime el intermediario y se oculta el negocio de transmisión...**¹⁴

Tras explicar el juzgador que la determinación de si se trata de donación de dinero o donación de la cosa “tiene relevancia para el supuesto de revocación de la donación por ingratitud del donatario, **porque en tal caso debe establecerse si lo que se debe restituir es el dinero o la cosa**”¹⁵, y tras analizar la jurisprudencia extranjera, agrega:

12. CNCiv., Sala C, 12/7/1976, “R. de T., M. T. del R. c/ T., J. A.” (*La Ley*, t. 1976-D, p. 414).

13. Ídem, pp. 415-416.

14. Ídem, p. 417.

15. Ídem.

En general, la jurisprudencia francesa se inclina por presumir que la compra hecha por el donante a nombre del donatario constituye una donación encubierta si de las circunstancias del caso no resulta la descomposición del acto en una donación del dinero seguida de la compra o bien el pago por el donante de la deuda del comprador [...] La indivisibilidad de la operación, considerada en conjunto como una donación encubierta, conduce a considerar que la donación es del bien adquirido, que se supone adquirido directamente del donante. Ese resultado es equitativo en las relaciones entre las partes, si la donación es revocada o anulada, en tiempos de depreciación de la moneda...¹⁶

De los comentarios transcritos se desprenden cuestiones de sumo interés:

- 1) Por un lado, el análisis no menciona siquiera la subrogación real; es más, ni siquiera entra a considerar la aplicabilidad de la misma, sino que se basa en la existencia o no de una ocultación que eventualmente puede ser considerada simulación, mediante la cual se pretende obviar un paso (la compra por el donante para luego donar el inmueble), y tiene como presupuesto precisamente el que no pueda desdoblarse el acto jurídico de donación del dinero con el de compra que realiza el que adquiere el bien “puesto a su nombre”.
- 2) Por otro lado, el escenario en el que se desarrolla la discusión, incluso el alcance de la sentencia, se encuentra delimitado en el ámbito de donante y donatario. No se analiza en absoluto la situación en la que el inmueble ha sido transmitido a un tercer adquirente, y todo se resuelve en la posibilidad o no de revocar la donación por ingratitud pero mientras el bien se halla en poder del donatario. El ámbito del artículo 2458 CCCN es el de la reivindicabilidad de los bienes en el caso de transmisión a terceros. Tanto es así que el voto del Dr. Alterini recuerda que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1866 CCIV, se establecía que “la revocación de la donación por causa de ingratitud, no tiene efecto contra terceros por las enajenaciones hechas por el donatario”. Igual solución contempla el código vigente con el juego de los artículos 1570, 1573 y concordantes.
- 3) Finalmente, no debemos olvidar que se trata de un análisis puntual, ante un hecho concreto, en el que los jueces en cumplimiento de sus funciones deben impartir, fundamentalmente, justicia.

Comenta el Dr. Alterini al analizar el voto del Dr. Belluscio, y completándolo además con doctrina y jurisprudencia española, que se trata, en el caso, de que

... a través de la compra aparente por la demandada del inmueble al tercero se ha encubierto una donación del actor hacia ella, que en verdad no es del dinero empleado en la compra, sino de la cosa inmueble objeto de la compraventa.¹⁷

Debe restituirse el bien y no el dinero

... siempre que la adquisición haya sido hecha por el donante con dinero propio en nombre del donatario o haya sido hecha por voluntad del donante, estipular el donatario con dinero del que a tal fin se le proveyó [...] Por ello, me parece acertado encuadrar la modalidad negocial motivo de autos dentro de la figura de “la puesta de un bien a nombre de otro”, ya

16. Ídem, pp. 417-418.

17. Ídem, p. 421

que en ella “se suprime el intermediario y se oculta el negocio de transmisión, haciendo que aparezca el beneficiario como titular originario o inmediato”...¹⁸

Para Cifuentes, en todo caso, se trata de una simulación.¹⁹

Con los elementos aportados, vemos que **no se trata aquí de entender que existe subrogación real (ni mucho menos) cuando se dona dinero para la compra de un inmueble entre el dinero y el inmueble, y mucho menos que, por obra y gracia de algún precepto normativo meramente inferido, se le adjudiquen al dinero los caracteres del inmueble en tanto bien registrable**. El supuesto analizado en el fallo es un caso de simulación en el que, de conformidad con lo hoy previsto en los artículos 333 a 337 y concordantes del CCCN, en consonancia con el criterio sostenido antes de la reforma del Código, **el acto debe contener cláusulas no sinceras**, se debe esconder una realidad diferente a la que se expone.

Como tal, la simulación puede ser lícita o ilícita. Descontamos que en la eventual donación de dinero de un padre a un hijo para que pueda comprar un inmueble que por sus propios medios tal vez no pueda adquirir, no nos hallamos ante una ocultación de verdad ni ante “la puesta a nombre de otro” del inmueble. Es el simple hecho, así exteriorizado, sin engaño alguno, de pretender ayudar a un hijo o a un tercero con dinero, con el fin de que pueda alcanzar cierta seguridad patrimonial con la compra de un inmueble. Es un escenario claro, preciso, sin ocultaciones. Es más, aun cuando faltando a la verdad quisiéramos sostener que en realidad se quiso donar el inmueble, la simulación sería lícita y, por tanto, solo oponible entre donante y donatario; **nunca podría alcanzar a subadquirentes de buena fe**.

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

3.4. Donación dineraria con condición o cargo de destinar el dinero a la adquisición de un bien registrable

El artículo 385 CCCN dispone: “Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero”. Hay quienes consideran que si la donación dineraria no indica que el dinero debe utilizarse para la compra de un inmueble, debe dársele el tratamiento de bien no registrable y que su posterior imputación a la compra de aquel no determinaría la aplicación del artículo 2458 CCCN. No obstante, si la donación dineraria prevé que el dinero deberá ser utilizado para la compra de un bien registrable

18. *Ibidem*.

19. *Ídem*, pp. 423 y ss.

como condición o cargo, ello podría determinar que nos encontremos ante un acto indirecto y, en ese sentido, el bien adquirido con el dinero sería pasible de ser reivindicado durante el plazo de diez años.

Nosotros consideramos que tampoco en este caso podemos aplicarle al dinero los efectos reipersecutorios propios de la donación de bienes registrables ya que son aplicables a esta situación los mismos criterios ya expuestos y no nos encontramos ante un acto indirecto. Como indica el artículo 385, para que el acto jurídico no sea válido deben darse tres condiciones: a) se debe querer obtener los efectos de otro acto; b) debe pretenderse eludir una prohibición legal; c) debe existir perjuicio a terceros.

¿Por qué se daría el primer presupuesto? Si se dona dinero a una persona, ¿por qué podríamos presumir que en realidad se quiere donar un inmueble? Consideramos que, desde el inicio, al sostener esto estaríamos yendo más allá de la voluntad no solo exteriorizada sino querida del donante. Es cierto que, por ejemplo, en el caso de un padre que dona dinero a su hijo para que compre su vivienda, lo que busca el donante es que el hijo pueda adquirir su techo. ¿Quiere decir eso que lo que pretende es donarle el inmueble? Entendemos que no. Lo que pretende es facilitarle los medios para que el hijo lo adquiera.

¿Hay interés de eludir una prohibición legal? Tampoco vemos que se dé en el caso este supuesto. No hay prohibición legal de donar el dinero ni el inmueble. Hay consecuencias en un caso y en otro, pero fundamentalmente lo que no puede el padre es donar un bien que no tiene en su patrimonio al momento de la donación. **La donación debe, bajo pena de nulidad, recaer sobre bienes que se encuentran en el patrimonio del donante al momento de la donación. Si la persona que dona el dinero no es la propietaria del inmueble a adquirir con el mismo, mal podría haber donado el inmueble que en todo caso, al momento de la donación dineraria, es ajeno.** El artículo 1551 CCCN expresamente establece que “la donación no puede tener por objeto [...] cosas determinadas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar”.

Distinto sería el caso en que una persona done dinero para que el donatario le compre al propio donante vendedor un inmueble. En este supuesto puntual, no se trata de la aplicación del principio de subrogación real sino de un fraude evidente de ley, alcanzado por lo dispuesto en el artículo 12 CCCN al señalar que

El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

En la situación planteada sí estamos en un caso de simulación clara y negocio indirecto.

Finalmente, en cuanto al perjuicio a terceros, este no puede presumirse por el hecho de que una persona done un dinero estableciendo que el mismo debe utilizarse para la adquisición de un bien registrable. El legitimario, en su caso, podrá reclamar lo mismo que podría haber exigido antes de la donación: dinero, no el bien adquirido con él. No hay razón para presumir de antemano un perjuicio y, por interpretación legal, posicionar al legitimario en mejor situación de la que tenía antes de la donación dineraria, habilitándolo a reivindicar incluso de subadquirentes un bien registrable al que no tenía derecho desde un principio.

En definitiva, consideramos que la donación dineraria ni aun en el supuesto en que la misma se realice con la condición o cargo de adquirir un bien registrable daría lugar a acción reipersecutoria sobre el bien adquirido con el dinero, por cuanto: a) no se busca otorgar un acto distinto al otorgado en tanto no puede donarse un bien que se encuentra fuera del patrimonio; b) no existe prohibición legal que se eluda; y c) no se puede presumir un perjuicio a tercero y mucho menos, por vía de interpretación, posicionar a éste en mejor situación que la que tenía antes de la donación.

3.5. Ausencia de normativa que permita mutar el objeto de la donación al momento de habilitar la acción de reipersecución

A la luz de los anteriores argumentos expuestos, cabe hacer hincapié en un aspecto que consideramos importante: si el legislador estableció que ante la donación de un bien registrable, podría reivindicarse el mismo de manos del donatario y/o del tercer adquirente a título oneroso, respetándose en este caso el objeto de la donación, es decir, el bien registrable, ¿por qué si el objeto de la donación es el dinero, habría derecho a reivindicar un objeto diferente, en este caso un inmueble, por ejemplo?, ¿cuál sería la norma que habilitaría tal mutación de objeto sin estar expresamente prevista?

4. Cesión de herencia a título gratuito

Señala Palacios que

... la doctrina es conteste en considerar a la cesión de herencia como un contrato, por el cual una persona –el cedente- transmite a otra –el cesionario- el todo o una parte alícuota de una universalidad y por tanto los derechos y obligaciones comprendidos en ella que le corresponden como heredero.²⁰

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

La doctrina y jurisprudencia son coincidentes en considerar que el objeto de la cesión de herencia lo constituye una universalidad consistente en el conjunto de relaciones jurídicas (derechos en su faz activa y pasiva) adquiridos por el cedente del causante en razón de su fallecimiento o presunción de fallecimientos, y que son tratadas por el derecho como una unidad, como un todo, sin consideración a los objetos particulares que lo componen.²¹

Como universalidad de derecho,

... es un conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a un sujeto, que es tratado por el derecho como una unidad, y dentro del cual se aplican principios como el de subrogación real y el de delimitación y no confusión con otras universalidades.²²

20. PALACIOS, María C., [comentario al art. 2302], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 976.

21. Ídem, p. 982.

22. Ídem, p. 983.

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

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

Como se dijo en el comentario al art. 2302, al tratar sobre el objeto y la causa fin de este contrato, el objeto es la universalidad –o una parte alícuota de ella– que corresponde al cedente como heredero, y su finalidad consiste en que el cesionario suceda al cedente en todas las relaciones jurídicas que componen la universalidad cedida, y se subrogue en ellas en la misma posición que le hubiera correspondido al heredero [...] el cesionario es, pues, un sucesor universal...²³

Se prevé en el artículo 2304 CCCN que si el cedente, antes de la cesión, transfirió un bien del acervo hereditario y lo hizo a título oneroso, por aplicación del principio de subrogación real lo que integra a partir de ese momento la herencia es el precio, o el bien que entró en reemplazo, y eso es lo que le corresponde al cesionario. Nos encontramos aquí nuevamente con la **aplicación directa del principio de subrogación ante su previsión expresa en la norma**, aunque supletoria según señala la misma autora: “todo lo que hasta aquí analizamos es sin perjuicio de que las partes puedan pactar algo distinto, pues se trata –reiteramos– de normas supletorias”.²⁴

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

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

Tal vez alguien podría entender que, dado que la cesión de derechos hereditarios puede tener acceso al registro de anotaciones personales vinculado al registro de la propiedad inmueble, se trata en definitiva de un bien registrable. Debe señalarse al respecto que, más allá de tratarse de una anotación voluntaria y no alcanzar el carácter de inscripción sino, como decimos, de una simple anotación, no se refiere al objeto de la cesión sino al causante cuyos derechos se ceden. Es decir, **la anotación registral no recae en el**

23. PALACIOS, María C., [comentario al art. 2304], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 1008.

24. Ídem, p. 1011.

objeto sino en el sujeto, elemento que a todas luces excluye a estas cesiones como bien registrable. Así las cosas, consideramos que, sin lugar a dudas, las cesiones de derechos hereditarios a título gratuito no están comprendidas en el régimen de observabilidad establecido por los artículos 2458 y 2459 CCCN.

Distinto es el caso, a nuestro criterio, de la cesión sobre bienes determinados. Precisamente, por aplicación de los conceptos que hemos expuesto a lo largo de nuestras reflexiones y de conformidad a lo expresamente previsto en el artículo 2309 CCCN, en que se establece que dichas cesiones no se rigen por la normativa propia de la cesión de herencia, consideramos que sustraer del carácter de bien registrable la cesión de un bien registrable determinado y pretender así no aplicar a su respecto el artículo 2458 CCCN supondría, como mínimo, una simulación, y, ante ella, el ordenamiento jurídico deberá aplicar la norma correspondiente desentrañando el acto sincero soslayado.

5. Conclusión

- La acción de reducción, como mecanismo legalmente previsto para la protección de la legítima hereditaria, tiene efectos reipersecutorios que le son inherentes y que operan, en el caso de las donaciones, entre donante y donatario. No obstante, el legislador ha decidido que, cuando se trata de bienes registrables (teniendo en cuenta un inveterado criterio que los considera tal vez prejuiciosamente como bienes de especial valor económico), aun el tercer adquirente deberá soportar la acción reipersecutoria contra su patrimonio, por el plazo de diez años desde la donación o cinco años desde el fallecimiento del donante.
- Lo dispuesto en el artículo 2458 CCCN constituye una excepción a la regla de la acción de reducción y, como tal, debe ser interpretada en términos estrictos. La misma será aplicable a los supuestos allí contemplados.
- Desde nuestro lugar de juristas asesores y hacedores de documentos en el marco de la seguridad jurídica que debe guiarnos en nuestra actuación, no podemos, por temores infundados, aceptar interpretaciones contrarias a la norma que, además, afectan el derecho constitucional de propiedad de los ciudadanos además del derecho, ni más ni menos, a la libertad de decidir y actuar en el marco de lo no prohibido. Es así que mal podemos coadyuvar a tergiversar la letra expresa de la ley con interpretaciones ya no estrictas sino restrictivas de los derechos de los ciudadanos, a quienes les debemos la aplicación justa y precisa de la ley como respuesta a sus inquietudes y deseos.
- El principio de subrogación real debe estar expresamente dispuesto por la ley para que deba ser aplicado. No se trata de un principio absoluto ni automático por cuanto debe asumirse en armonía con la aplicación de otros derechos de igual o mayor jerarquía. No obstante, aun cuando pudiera interpretarse que en determinados supuestos, ante lo no previsto, corresponde su aplicación, el mismo supone: a) atraer hacia la condición del primer objeto subrogado el carácter del segundo; b) la imposibilidad de afectar el carácter y condición física de un bien adjudicándole consideraciones propias de otros bienes; y c) su sujeción a la autonomía de la

voluntad de las partes para decidir que, en el caso particular, no será aplicado, más aún si no ha sido expresamente impuesto.

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

6. Bibliografía

- AGUILAR, Rosana I. y FLAH, Lily R., “Protección de la vivienda”, en Kiper, Claudio M. (dir.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- BOSSERT, Gustavo A. y FASSI, Santiago C., *Sociedad conyugal. Comentario de los artículos 1217 a 1275 del Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1977
- CAMPANELLA, Florencia G. y LAMBABURU, Marcelo, [comentario al art. 2452], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs. gales.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 6, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- CAUSSE, Federico, “Derechos reales de garantía”, en Kiper, Claudio M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- DI CASTELNUOVO, Gastón R. (y Di Castelnuovo, Francisco [colab.]), [comentario al art. 2452], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 8, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- FERRER, Francisco A. M., [comentario al art. 2452], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegetico*, t. 11, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Alfonso, “Acciones-título valor. Acción reivindicatoria”, Buenos Aires, [s. e.], 2017 (trabajo presentado en la 42ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires [Buenos Aires, 2017]).

6.1. Bibliografía complementaria

- ACCUARRESI, Selmar J., “La legítima en el derecho sucesorio argentino”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento “Actualidad”, 15/5/2012, y en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 22/8/2012.
- ARMELLA, Cristina N., “El contrato de donación y sus vicisitudes en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular”, abril 2015.
- CAMAROTA, Nora, “El contrato de donación en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 18/1/2017 (t. 2017-1).
- ETCHEGARAY, Natalio P., “Posibilidad actual de aceptar ofertas de donación si el donante falleció durante la vigencia del Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 25/7/2016 (t. 2016-D).
- LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- MEDINA, Graciela, “Prescripción en el derecho sucesorio. Acción de reducción y colación”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. 1999-22.
- NATALE, Roberto M., *La acción de reducción*, Córdoba Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Advocatus, 2008.