

XXXIII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA.

San Carlos de Bariloche. Río Negro.

20, 21 y 22 de septiembre de 2018

Título: “¿DESTINO INCIERTO O CIRCULACIÓN VÁLIDA?”

**La donación como acto jurídico válido, generador de títulos inobservables
y plenamente eficaces.”**

**TEMA IV – “NULIDADES EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA
NACION”.**

Coordinadores:

Notario: **Lamber, Néstor.**

Notario: **Zavala, Gastón.**

Autora: Notario **Mariana ANDRAOS**

Datos de contacto: marianandraos@yahoo.com.ar Tel 0261-155795136

INDICE SUMARIO

FUNDAMENTACIÓN.....	4
A)- <u>INTRODUCCIÓN</u>	5
B)- <u>DESARROLLO</u>	6
1)- Las nulidades en el CCV.....	6
2)- Las nulidades en el CCCN.....	7
3)- La Inoponibilidad.....	10
4)- La donación: ¿título perfecto? Antecedentes.....	13
5)- El contrato de donación en el CCCN.....	15
6)- Donaciones inoficiosas.....	16
7)- La confusa redacción del artículo 2386 del CCCN.....	18
8)- Necesidad de una interpretación sistémica y coherente.....	19
9)- La temida acción de reducción: Artículo 2458 del CCCN.....	22
10)- La relación entre los artículos 2459 y 2560 del CCCN.....	27
11)- La naturaleza del plazo del 2459 del CCCN.....	29
12)- El carácter de la acción de reducción.....	33
13)- Legitimados pasivos de la acción de reducción en el CCV.....	34
14)- El estudio de títulos en el nuevo ordenamiento	35
15)- Particularidades del límite temporal a la acción de reducción.....	38
16)- Posibles subsanaciones a títulos proveniente de donaciones hechas a terceros en el CCV.....	39
C)- <u>CONCLUSIONES</u>	41

PONENCIAS

1)- Las llamadas "donaciones inoficiosas" no son actos jurídicos ineficaces ni nulos. Configuran un acto legítimo, perfectamente válido y un título suficiente, aunque generen un dominio imperfecto "eventualmente" revocable ante el cumplimiento de una compleja condición resolutoria legal.

2)- El plazo especial regulado por el Código Civil y Comercial de la Nación, en el artículo 2459, constituye un caso especial de prescripción adquisitiva con efecto subsanatorio, cuyo acaecimiento consolida el dominio, tornándolo irrevocable e inatacable en los casos en que no se entable la acción de reducción en el plazo oportuno (art. 2560) o bien, temporalmente instada, no prospere.

3)- En casos de donaciones a legitimarios, ratificamos el carácter personal de la acción de reducción cuyos efectos reipersecutorios sólo se orientan a satisfacer un valor o suma de dinero por el perjuicio a la cuota legítima, pero nunca la reivindicación de la cosa donada.

4)- Una interpretación armónica de los artículos 382, 392 y 2457, permite entender que los terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso, pueden oponer sus derechos reales constituidos a los legitimarios frente a una eventual acción de reducción.

5)- La utilización de términos como: "valor", "sumas de dinero", "complemento", en la mayoría del articulado relacionado con donaciones inoficiosas, colación y porción legítima, permite realizar una interpretación sistémica y coherente del ordenamiento de conformidad con el artículo 2 y concluir que el donatario, subadquirente o tercero, siempre podrá impedir la resolución de su derecho a través de una indemnización substitutiva.

6)- El conocimiento de la existencia de una donación entre los eslabones de la cadena de antecedentes no hace presumir la mala fe del poseedor-tercero adquirente. (artículo 1919)

7) La eventual inoficiosidad y la insolvencia posterior que permita la acción reipersecutoria, no es ostensible en un estudio de títulos por lo que no hace presumir la mala fe del adquirente ni afecta el debido deber de asesoramiento del profesional interviniente en el análisis de los antecedentes.

8)- Parece ser razonable y clara la intención del legislador cuando pondera en mayor valía el principio de seguridad del tráfico jurídico frente a la protección de la legítima; ya que aumenta la porción disponible y reduce las porciones legítimas. No obstante en los fundamentos del anteproyecto del propio Código Civil y Comercial de la Nación equivoca dicho espíritu al expresar en lo referente a donaciones inoficiosas que se reducirán por el valor del exceso en lugar de "deberse el valor del excedente a modo de colación". En consecuencia se recomienda la urgente modificación de los art 2386, 2457 y 2459 conforme con la redacción propuesta.

FUNDAMENTACIÓN.

La inmediatez de la época actual, la dinámica de los escenarios fácticos que se nos presentan a diario y la normativa vigente, nos colocan como operadores del derecho frente a rémoras que debemos sortear con herramientas jurídicas precisas.

Somos responsables de la fe pública y creadores de títulos válidos destinados a circular sin vicios en pos de la seguridad jurídica, de la protección de derechos, de la preservación de la paz y del orden fundante en toda sociedad.

La complejidad y la diversidad de posibilidades que giran en el terreno fáctico y jurídico en torno a este tema nos conminan a promover un criterio general y claro, tendiente a evitar toda confusión e inseguridad en la aplicación de la norma.

Es fundamental la interpretación armónica y sistémica del conjunto de preceptos legales contenidos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. La colisión de valores e intereses ante bienes jurídicos protegidos no "siempre es evidente". El principio de la proporcionalidad de los derechos nos alerta respecto de la no existencia de derechos absolutos y nos insta a reflexionar sobre la constitucionalización del derecho privado, y con ella, sobre la existencia de principios entendidos como mandatos de optimización con respecto a posibilidades fácticas y jurídicas.⁽¹⁾ Es allí cuando la tarea del operador jurídico, legislador o juez, debe aplicar el método de la ponderación consistente, según explica Robert ALEXY (1985) "en una regla que prescribe cómo deben ponderarse los principios en juego, esto es cómo deben ser considerados. En otros términos, la ley de la ponderación debe permitir identificar las importancias relativas correctas de cada principio. Reconoce que los grados de importancia de la satisfacción de un principio y de la falta de satisfacción de otro no pueden ser objeto de una métrica, también afirma que la ley de la ponderación señala qué es lo importante en el procedimiento de ponderar."

Refiriéndonos puntualmente a la incidencia que tienen las posibles nulidades en el título de los derechos reales con la consecuente ineficacia u observabilidad y su mayor efecto el de resolver el derecho real y generar la obligación de restitución o efecto reipersecutorio, nos detendremos a analizar el tema de las llamadas donaciones inoficiosas y el reciente precepto del 2459 como modo de saneamiento por la prescripción adquisitiva.-

Más de un siglo ha transcurrido, y la libre circulación de los títulos entre cuyos antecedentes figura una donación, sigue siendo una preocupación para el notariado argentino.

Algunos autores (2) entienden que *"por diversas razones, no existe libertad absoluta de donar. La inoficiosidad constituye una situación jurídica que puede alcanzar a cualquier donación. La donación inoficiosa alcanza, en realidad, ese carácter al momento del fallecimiento del donante, ya que es entonces cuando se computa la masa hereditaria, entre las que se cuentan las donaciones hechas por el causante"*.

Es entonces menester ponderar los principios en juego e identificar las importancias relativas correctas de cada uno: seguridad jurídica y protección de la legítima. Establecer pautas claras, objetivas y unívocas en la hermenéutica del plexo normativo y plasmarlas en la redacción de documentos notariales perfectos y suficientes, cuyo principal destino es la circulación. Es inminente por tanto, una modificación de la norma en aras de la seguridad jurídica.

A)- INTRODUCCIÓN:

Tras analizar las Nulidades en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y ante el tema que nos convoca, Validez o Nulidad de las Llamadas Donaciones Inoficiosas, nuestro objetivo será:

- a)- Plantear y evaluar el posible efecto subsanatorio del derecho real a través de determinados instrumentos jurídicos.
- b)- Analizar el plazo especial de prescripción adquisitiva establecido en el CCCN, sancionado y promulgado por Ley 26.994/14 y el posible efecto subsanatorio del derecho real.

c)- Establecer el carácter real o meramente personal de la acción de reducción, y en consecuencia, analizar los posibles límites a sus llamados efectos reipersecutorios.

d)- Destacar a través de una interpretación sistémica y coherente del nuevo ordenamiento, que la utilización de "palabras" como: "valor, "desinteresar en dinero"; "complemento"; "indemnizar"; "compensar", nos orienta a considerar "plenamente válidos" los actos otorgados a título gratuito.

e)- Agregar que ante una eventual vulneración de derechos que protegen la porción legítima hereditaria, los legitimarios afectados perseguirán "sólo" una compensación en valor de parte del donatario, sucesores o terceros subadquirentes, pero "nunca" la cosa donada.

f)- Destacar la importancia del asesoramiento profesional respecto de las ulterioridades jurídicas de los actos que otorgan las partes e instar a la correcta y permanente realización de estudios del título y sus antecedentes.

g)- Proponer la redacción precisa de los artículos 2386, 2457 y 2459, a fin de evitar la multiplicidad de interpretaciones discordantes en aras de la seguridad jurídica.

B)- DESARROLLO:

1)- Las nulidades en el CCV.

Durante la vigencia del Código Civil Velezano, Carminio Castagno(3) nos ilustra en el sentido de que (...) las normas tuitivas del interés general son de orden público. Pero el orden público también puede tutelar intereses particulares. Y al referirse a los vicios de los actos jurídicos, destacaba que ellos podían ser manifiestos u ostensibles, ocultos o encubiertos, rígidos o elásticos. Todo ello tenía que ver con la invalidez del acto, la que podía ser completa o parcial, generando actos nulos o anulables. Estos últimos dependiendo o requiriendo siempre de la apreciación judicial. La invalidez absoluta se establecía en defensa del interés general, mientras que la invalidez relativa lo era en protección del interés particular.

Así el acto anulable no era nulo sino válido, aunque sometido a una condición suspensiva: "la de su confirmación" o a una condición resolutoria, "la de su anulación". Con la renuncia de la acción de nulidad, el acto válido-anulable se tornaba "válido-inanulable".

La confirmación no le agrega al acto "un plus de validez". Este aspecto permanece invariable. Lo que provoca es la eventualidad de su anulación.

Mientras que el acto **nulo** exhibía un vicio: manifiesto por su perceptibilidad, rígido por su consistencia en la tipificación legal, y de invalidez absoluta por su fundamento (cualitativo). En todos los demás supuestos, el acto se consideraba **anulable**: donde el vicio sería oculto con la necesidad de la intervención judicial para descubrirlo; flexible: la misma intervención judicial lo declararía configurado previa apreciación de las circunstancias del caso y su invalidez se consideraría relativa, ya que era imprescindible el ejercicio de la pertinente acción por la parte interesada.

En cuanto al carácter parcial o total de la invalidez, si la cláusula ostentaba un vicio manifiesto, rígido y absoluto, estábamos en presencia de su nulidad. Mientras que si no se daban "todos" estos requisitos de manera concurrente, estábamos en presencia de una cláusula anulable.

Se nos presentaban entonces dos especies de una categoría autónoma: los actos nulos, con vicio manifiesto, rígido y de invalidez absoluta; y los anulables en los demás supuestos. Los primeros se reputaban nulos aunque su nulidad no hubiere sido juzgada (1038 CC 2º Parte), mientras que los anulables se reputaban válidos mientras no fueren anulados y sólo se tendrían por nulos desde el día de la sentencia que los anulase. (1046 CC).

2)- Las nulidades en el CCCN.

El CCCN en el LIBRO I, Título IV, Capítulo 9 regula "La ineficacia de los actos jurídicos", estableciendo en el artículo 382 como categorías de ineficacia, la nulidad o la inoponibilidad respecto de determinadas personas.

La eliminación de la clasificación de actos nulos y anulables lleva a razonar que el criterio diferenciador será el "modo" en que se presenta el vicio:

así se analizará la visibilidad del mismo; la consistencia de esa visibilidad; si puede o no subsumirlo en una hipótesis normativa ab initio o requiere de una investigación, apreciación o estimación judicial.

Según Lorenzetti (4) *"El Código incorpora la distinción conceptual entre ineficacia, nulidad e inoponibilidad. La ineficacia puede ser simple, esto es, cuando se produce en el "origen o ab initio" o "sobreviniente, sucesiva o eventual". También puede ser relativa. En este caso el acto es válido entre las partes, pero para algunos terceros no resulta generador de efectos por cuanto éstos pueden comportarse como si no existiera.*

El artículo 382 del CCCN reafirma la distinción conceptual entre ineficacia e invalidez de los actos. De esta forma se estructura la teoría de las nulidades y se unifica la clasificación. Desaparece la "tipificación" que establecía el artículo 1037, de lo que se infiere que los jueces poseen mayor libertad de interpretación para declarar la nulidad en supuestos determinados."

El acto jurídico carece de valor cuando no reúne los requisitos exigidos por la ley. En cambio, será ineficaz si por cualquier razón no produce efectos.

Ineficacia es —entonces— un concepto más amplio, comprensivo de distintas situaciones en las que los actos no tienen valor. Se encuentran comprendidos en esta noción otros institutos como la caducidad, la resolución, la revocación, y la rescisión. Sin embargo, el texto solamente menciona dos de esos supuestos: la nulidad y la inoponibilidad y omite referirse en este capítulo a la llamada "ineficacia simple". La omisión de los restantes no es antojadiza sino que —por razones metodológicas— encuentran su regulación en otros institutos."

*La "**Nulidad**" es definida como la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de su celebración.*

El Código enuncia la inoponibilidad como causal de ineficacia. Esta figura tenía distintas aplicaciones en el Código anterior pero carecía de reconocimiento como categoría expresa y autónoma."

Se ha dicho que la **inoponibilidad** "es una ineficacia relativa, congénita o sobrevenida del negocio jurídico, en consideración a determinados supuestos a los cuales éste puede interesar, pero que mantiene su eficacia entre los que lo celebraron y también, en algunos casos, respecto de otros terceros". Está fuera de la validez o invalidez del acto por cuanto es un elemento externo a éste considerado en sí mismo. Ésta es una definición tradicional de la inoponibilidad. Sin embargo, el concepto consiente una multiplicidad de clasificaciones que imprimen al término diferentes matices. Así, la doctrina distingue: **a) Ineficacia simple**: se presenta cuando el acto no produce sus efectos propios por un problema o situación que son ajenos a la estructura del acto. (...) **b) Ineficacia relativa o inoponibilidad**: el acto tiene dos aspectos: uno positivo y otro negativo. Por el primero, el acto vale y es eficaz entre las partes aunque es inoponible con relación a ciertos terceros. Vale decir, con independencia de su eficacia o ineficacia, se trata en el caso de la no aplicación del acto frente a terceros interesados. (...) En su aspecto negativo, el acto es inválido como tal frente a todos, pero algunos terceros pueden invocarlo en su favor. Es el caso de la simulación cuando se trata de terceros de buena fe y a título oneroso de un inmueble que tiene como antecedente un acto simulado (art. 392). Éstos pueden resistir la debida restitución porque la sentencia no los afecta.

(...)Como se advierte, la ineficacia comprende a la invalidez o a la nulidad. Habría entonces una ineficacia fundada en defectos estructurales o intrínsecos del acto, que desembocan en la nulidad o invalidez congénita- del acto, pero también puede presentarse una ineficacia por factores extrínsecos al negocio.

En determinados supuestos los actos son válidos y producen efectos, pero por alguna circunstancia posterior se tornan ineficaces. Este tipo de actos es muy variado; verbigracia: la revocación, la resolución, la rescisión bilateral o distracto, la rescisión unilateral.

La reforma distingue los conceptos de ineficacia por nulidad e ineficacia por inoponibilidad a determinadas personas. La doctrina en general realizaba esta distinción, pero ahora no quedan dudas de la diferencia entre ambas

categorías. Un acto inválido puede ser nulo o ineficaz, pero no siempre un acto ineficaz es inválido. Antes bien, puede ser válido e ineficaz inicialmente o dejar de serlo con posterioridad.

3)- La inoponibilidad.

Al referirse a los vicios de los actos jurídicos y específicamente en materia de fraude el art 342 habla de la extensión de la inoponibilidad y dice que se pronuncia exclusivamente en interés de los acreedores que la promueven, y hasta el importe de sus respectivos créditos. Aquí estamos en presencia de un acto jurídico válido y eficaz erga-omnes: entre las partes que lo celebraron y todos los terceros en general, excepto aquellos terceros cuyos efectos no se le pueden oponer por estar protegidos normativamente. La finalidad de la acción de inoponibilidad priva al acto jurídico de su eficacia sólo con respecto a ciertos terceros, a quienes la ley les brinda su protección. Estos terceros podrán actuar como si el acto no se hubiese celebrado, desconociéndolo.

Entiende Armella (5) "que la norma del 342, marca el límite de la extensión de inoponibilidad reconocida en la sentencia favorable, la que sólo tiene alcances a favor del acreedor o de los acreedores que la promueven y no en beneficio de otros que, con igual o similar derecho, no hayan incoado la acción o participado en el proceso judicial. Además, la entidad patrimonial del decisorio reconoce el límite del crédito del accionante en cuyo beneficio exclusivo se dicta".

La inoponibilidad de los actos jurídicos tratada en el artículo 396 está dirigida a circunstancias ajenas a la estructura originaria del acto. La existencia de un acreedor defraudado, o la falta de inscripción registral de un título, no forman parte de los elementos que constituyen el acto inoponible. Ello explica que en el supuesto de un acto inoponible, los otorgantes llegaron a conformar íntegramente los elementos constitutivos del negocio según su modelo normativo. Por ello, el acto es válido y eficaz entre ellos. Es que la norma que impone la inoponibilidad está dirigida a proteger los intereses de terceros ajenos al acto.

Según los fundamentos del Código " es de estricta creación legal". El art. 396 señala que "El acto inoponible no tiene efectos con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley."

Comenta Marcelo Falbo (6) "En el Código de Vélez la referencia a la inoponibilidad aparecía aisladamente y sin sistematización. El art. 382 lo incluye entre los actos jurídicos ineficaces respecto de determinadas personas."

Así, refiriéndonos al "supuesto de donaciones inoficiosas" el acto en su origen reuniría todas las condiciones del negocio jurídico válido y no podría advertir la cualidad de ser inoponible en su origen. *"Lo que lo convierte en ineficaz es una circunstancia externa a sus elementos. Esa circunstancia externa se estableció en función de la protección de determinados terceros. Ello explica que el acto sea válido y eficaz entre las partes, quienes pueden exigir su cumplimiento, y que la ineficacia sólo sea en provecho de los terceros que indique la ley."*

*"La regla general de los actos jurídicos es la oponibilidad de sus consecuencias a toda la sociedad. En determinadas circunstancias la ley autoriza al tercero a conducirse como si el acto no se hubiese celebrado. Nace aquí el concepto de inoponibilidad en el sentido de que, para ese tercero, el acto será ineficaz. La ley ha considerado así circunstancias fundadas en "la apariencia" o en "derechos adquiridos". Así en determinadas situaciones **se protege** al sujeto que entabló una relación jurídica frente a una situación que sin culpa desconocía, o que era distinta de lo que aparentaba. Dentro de este criterio podemos incluir a la ausencia de la publicidad registral. La adquisición o transmisión de derechos reales no publicitada resulta inoponible a terceros interesados y de buena fe (art. 1893). El Código ofrece muchos ejemplos de este tipo de inoponibilidades registrales, pero hay otros supuestos que responden a la misma lógica de proteger a quien confió en la apariencia jurídica. Puede observarse que en estos supuestos el acto jurídico que "será inoponible se produce antes de que el tercero intervenga. Precisamente el tercero aparecerá luego de celebrado el acto, entablado una relación jurídica, ignorando su existencia por falta de publicidad, o confiando en una apariencia*

que no responde a lo real. Pero en otras circunstancias los terceros amparados por las normas están individualizados con anterioridad al acontecimiento que les será inoponible. El criterio común es que frente a un derecho adquirido, o al menos frente a una situación de derecho consolidada por parte del tercero, sus derechos deben prevalecer frente a actos posteriores que lo perjudicarían.

Dentro de estos supuestos debemos incluir al fraude. El art. 338 dispone que todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, y de las renunciaciones al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna." "Vemos entonces que el posible acto impugnado es intrínsecamente perfecto. La causa que engendra la inoponibilidad es externa y en algunos casos posterior a su celebración. Esta causa la establece la ley, y provendrá de su falta de publicidad o de la existencia de otra situación jurídica que merece prevalecer. En tanto el acto se celebró cumpliendo todos los requisitos exigidos por la ley, debe considerarse válido, no sólo entre las partes, sino además para el resto de la sociedad, con excepción de los terceros determinados por la ley. Por esa razón, las partes no pueden impugnarlo. Sólo los terceros que la ley indica pueden alegar la inoponibilidad. En los fundamentos del Código se afirma: "Se duda si los casos de 'inoponibilidad' pueden agruparse sobre la base de un fundamento común o deben tratárselos como meras situaciones de especie. De ello, puede inferirse el interrogante de su incorporación general dentro de las clases de ineficacia."

"Se distinguen dos situaciones distintas que la doctrina denominó inoponibilidad positiva y negativa. El primer caso supone un acto jurídico válido que resulta ineficaz respecto de determinadas personas. A la inversa, cuando el acto jurídico es ineficaz entre las partes, pero la ineficacia resulta inoponible al tercero, se la denomina inoponibilidad negativa. Este es el supuesto del art. 392.-"

Al hallar diferencias entre inoponibilidad y nulidad podrá decirse que en la última la aniquilación de los efectos del acto es total, por imperio de la ley, para las partes y para los terceros, mientras que en la primera la extinción de los efectos del acto se resolverá como consecuencia del accionar del tercero hasta

la medida de su interés, subsistiendo el resto de los efectos en provecho de quienes lo celebraron, pues para ellos el acto sigue siendo eficaz.

"El tercero puede hacer valer sus derechos en cualquier oportunidad, siendo ello por vía de acción o de excepción. Asimismo, establece que la acción para alegar la inoponibilidad puede extinguirse por el transcurso del tiempo." "Quien debe renunciar a la acción es el tercero a favor de quien se estableció la inoponibilidad. Si fueren varios los terceros, cada uno podrá renunciar separada e indistintamente, limitándose a la esfera de sus derechos."

En este razonamiento podemos decir entonces que la donación a herederos legítimos y a terceros en tanto no presente un vicio o defecto estructural o intrínseco originario que afecte su eficacia privándola de sus efectos normales, es un acto plenamente válido, otorgado por un sujeto capaz y legitimado para hacerlo, y que cumple con las formalidades exigidas por la ley. Sin embargo este acto válido entre las partes podría representar un caso de ineficacia relativa; y en su aspecto positivo podemos decir que el acto vale, es eficaz entre las partes aunque es inoponible con relación a ciertos terceros. Así, es considerada un dominio imperfecto eventualmente revocable ante el acaecimiento de una condición resolutoria compleja. Frente a este hecho la donación nacida válida podría tornarse inoponible frente a determinados terceros: los legitimarios triunfantes, ya que para estos terceros no resultaría generadora de efectos por cuanto ellos podrían comportarse como si el acto no existiera.

No obstante ello, la ley prevé elementos subsanatorios y remedios indemnizatorios para estos actos que analizaremos más adelante.

4)- La donación: ¿título perfecto? Antecedentes.

El contrato de donación es en particular uno de los que más controversias y dificultades ha generado en el ámbito notarial. Su relación estrecha con la acción reipersecutoria, acción de reducción y acción de colación generan dudas e inseguridad en la circulación de los títulos con la consecuente posibilidad de que sean tachados de "observables". Y entonces la

tan temida pregunta: ¿es o no "perfecto" el título que tiene origen en una donación?

La situación generada allá por el año 1912 con el Fallo Escary c. Pietranera (7) dio lugar a la reunión en pleno de las Cámaras Civiles de Capital Federal y determinó una primera etapa en la que la "supuesta" abstención en el otorgamiento de títulos cuya causa fuera una donación sólo las escondía tras la apariencia de "ventas simuladas" en pos de obtener títulos perfectos. Esta errónea solución agravó el panorama que suscitó herederos desprotegidos ante la dificultad de probar la simulación, donantes que no podían ejercer la acción de revocación, mutaciones de bienes propios en gananciales cuando los donatarios eran casados o los inconvenientes de orden fiscal de probar el origen de los fondos en dichas adquisiciones.

"Curiosamente en el plenario "Escary c. Pietranera", para los vocales que conformaron la mayoría, resulta inequívoco que el título que tiene su origen en una donación a heredero forzoso ES PERFECTO, pues en este caso no es viable el intento de una acción reivindicatoria por el legitimario afectado. (8)

Este fallo sentó la doctrina de que: 1) La acción de reducción por inoficiosidad de la donación se acuerda contra el donatario que no es heredero forzoso. 2) La acción reivindicatoria compete al heredero legítimo contra los terceros adquirentes del inmueble comprendidos en una donación inoficiosa sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero. 3) La colación tiene por objeto mantener la igualdad de las porciones legítimas entre herederos forzosos 4) Los jueces no pueden juzgar del mérito intrínseco de la ley en la cual no puede haber contradicciones.

Algunos autores entienden que "lo que buscaban los juristas con este fallo plenario era la protección de los bienes del padre de familia prolongada en los sucesores legitimarios o forzosos."(9)

Como antecesoras de la ley, "la costumbre y las transformaciones sociales" marcan el rumbo para las modificaciones normativas. Con el advenimiento de la mayor cantidad de divorcios sumado a cambios de orden

impositivo, el tema de las donaciones cobró nuevamente protagonismo en la escena notarial.

Esta preocupación se vio plasmada en la XX Jornada Notarial Bonaerense celebrada en la Ciudad de San Martín en 1976 y en el mismo año, en la XVI Jornada Notarial Argentina en la Ciudad de Mendoza. (10)

Tras un interesante debate acerca del alcance de la acción de reducción, llegó a sostenerse que esta acción es SIEMPRE PERSONAL y no ejercitable contra terceros adquirentes.

Ya por los años 90, tras las modificaciones introducidas por las Leyes 23.264 y 23.515, se hablaba de la necesidad de una reforma del régimen patrimonial matrimonial y sucesorio, y que en este último aspecto redujera la importancia de la legítima y permitiera al causante disponer más libremente de sus bienes.

Las III Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 1967 y antes de la sanción de la ley 17.711 habían estimado que "debía concederse un prudente aumento de la porción disponible y una correlativa disminución de la porción legítima" (11)

El CCCN recepta este pensamiento. (Art. 2445)

También se destaca que uno de los motivos inspiradores de la sanción de la Ley 17.711 fue la protección de la seguridad del tráfico inmobiliario; reflejado en el agregado al art 1051 CC.

Ha sido largo el camino que ha recorrido el notariado, la doctrina y la jurisprudencia en aras de aplicar criterios valorativos justos respecto del contrato de donación y de los efectos que se derivan de su instrumentación.

5)- El contrato de donación en el CCCN.

Al legislar sobre DONACIONES el nuevo código acentúa el ámbito contractual respecto de las mismas. No hay distinción entre contratos consensuales y reales, dejando ahora expresamente aclarado que en el mismo acto se da cumplimiento a los efectos: "la entrega de la cosa donada".

El artículo 1542, lo define y mejora la redacción respecto del 1789 del Código Velezano. Éste sólo mencionaba la voluntad del donante de transferir gratuitamente a otro la propiedad de una cosa. Según Carlos Marcelo D'ALESSIO (12) *el art. 1542 del nuevo Código resalta el carácter contractual de la figura y la define como lo hace respecto de todos los contratos, por los efectos que ella genera: la obligación del donante de transmitir gratuitamente la cosa, con el requisito de la aceptación de la otra parte.*

Esta postura es la que lleva al legislador a aplicarle a la donación el régimen general de formación del consentimiento contractual.

Respecto de sus caracteres dice que es un contrato unilateral (art. 966), por cuanto genera obligaciones para una sola de las partes, el donante, y a título gratuito (art. 967), por cuanto asegura al donatario una ventaja independiente de toda prestación a su cargo. Se exceptúan las donaciones con cargo y remuneratorias, que serán consideradas onerosas en la medida del valor del cargo impuesto o del servicio retribuido (art. 1564).

Se impone la escritura pública para la donación de bienes inmuebles, de cosas muebles registrables y de prestaciones periódicas y vitalicias (art. 1552). La exigencia es bajo pena de nulidad, lo que permite calificar al contrato como formal, solemne absoluto. En consecuencia, por aplicación del art. 969, la escritura pública es en este caso constitutiva del contrato y, por ello, su omisión no permitirá ejercer derecho alguno respecto de ese acto, es decir será inaplicable el art. 1018. Se agregan ahora las cosas muebles registrables, es decir, los automotores, buques y aeronaves.

En cuanto a la capacidad y legitimación, el principio general es que quien tiene plena capacidad para disponer de sus bienes puede donar (art. 1548), lo que se refiere tanto a la capacidad de derecho o como a la de ejercicio.

6)- Donaciones inoficiosas.

La reciente reforma normativa ha instalado nuevamente en la agenda notarial el discutido tema de las "Donaciones Inoficiosas". Legisladas en el último artículo de la Sección 3ª del Capítulo 22 destinado a Donaciones en el

Título IV del Libro III del CCCN; bajo el epígrafe de "Algunas donaciones en particular", el "1565" las define como "aquéllas cuyo VALOR excede la parte disponible del patrimonio del donante" y remite para su regulación, a las normas sobre porción legítima (arts. 2444 a 2461).

Sabido es que sólo podremos determinar la inoficiosidad de una donación otorgada en vida del donante al momento de su fallecimiento. Es en esa instancia cuando traído a la masa hereditaria el VALOR de los bienes que fueron donados por el causante a través de disposiciones testamentarias o donaciones, podrá establecerse con certeza si se vieron afectadas las porciones legítimas de herederos legitimarios.

Del análisis del artículo 2386 del CCCN, la mayoría de la doctrina entiende que su redacción constituye un retroceso y algunos instan a interpretarlo de conformidad con la doctrina del Fallo Escary c/Pietranera.

La acción de reducción, en caso de prosperar tras verse afectada la porción legítima, comenzará por las instituciones de herederos de cuota y los legados, en ese orden (art. 2452). Y si las reducciones resultaren insuficientes, podrá pedirse la reducción de las donaciones en orden inverso a sus fechas (art. 2453).

Por su parte, el art. 2458 establece que el legitimario "PODRÁ" perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables.

Se deduciría entonces del juego de estos artículos, que "todo título de adquisición de un inmueble proveniente de una donación resultará observable", ya que eventualmente podría ser alcanzado por la interposición de una acción de reducción. Deberíamos así concluir que en toda donación se halla implícita "la condición resolutoria de fuente legal", consistente en que resulten inoficiosas a la muerte del donante.

Según D'Alessio (13),"El Código Civil y Comercial no distingue entre donaciones a herederos legitimarios y donaciones a terceros, como importante parte de la doctrina y la jurisprudencia hacía por aplicación del Código Civil de 1869. Así, se entendía que los títulos provenientes de una donación a herederos forzosos del donante no merecía observación por estar sujeta sólo a

acciones personales del legitimario afectado, mientras que respecto de las realizadas a terceros la eventual acción tenía efecto reipersecutorio por aplicación del art. 3955 del código derogado. Jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal de 1912 ("Escary c/ Pietranera", J.A. To, 5, p. 1), nunca modificada, avalaba esta postura, asumida en forma generalizada por la doctrina notarialista argentina."

7)- La confusa redacción del artículo 2386 del CCCN.

Aunque el artículo 2386 ha causado tanta controversia y dudas interpretativas, lo cierto es que la exposición de motivos de los Fundamentos del Anteproyecto de 2012 del CCCN (14) es clara cuando expresa: "Se limitan los alcances 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." También declara: "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 sólo se debe el VALOR del excedente a modo de colación. Se ha estimado preferible la solución según la cual, aunque haya dispensa de colación o mejora, esa donación está sujeta a reducción POR EL VALOR DEL EXCESO. Afirma que 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. 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".

No obstante, alguna doctrina (15) entiende que *"de la comparación entre el texto del Proyecto de 1998 y el del CCCN, surge que este último sustituye la última parte del artículo 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."

Por su parte Claudio Marcelo KIPER (16) sostiene que "la amenaza latente que establece el artículo 2386 de una acción de reducción sobre la donación hecha en favor de los descendientes, que es puesta en el capítulo "Colación de las donaciones", se vincula estrechamente con los artículos 2453 y 2454 del Título X, Libro V, que habla "De la porción legítima", en virtud de la cual los herederos legitimarios perjudicados por una donación pueden atacar la última donación y hasta resolverla. A su vez el artículo 2458 consagra claramente el carácter reipersecutorio subyacente en el artículo 2386, cuando establece que "El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario, satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima". Además, de prosperar la acción de reducción se extinguen con relación al legitimario reclamante los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores; en otras palabras, le son inoponibles conforme al artículo 2457. Cita a Francisco Cerávolo quien insta a la modificación del código y "propone cambiar el sistema, como lo hacía el Proyecto de 1998, en el sentido de que no procede acción alguna contra el tercero de buena fe que, a título oneroso, adquirió la cosa donada del donatario-legitimario o de sus sucesores, atento a que esa buena fe, principio inconcuso del derecho universal, halla incontestable sostén en el hecho de que no conoció la existencia de eventuales otros herederos legitimarios del donatario o no pudo llegar a ese conocimiento actuando con razonable prudencia, o que los derechos de ese donatario legitimario estuvieran judicialmente controvertidos."

Entendemos que la palabra "reducción" debe ser interpretada de modo sistémico y finalista, relacionándola con el sentido propio del concepto de la donación inoficiosa. Es decir, la existencia de una donación realizada en vida por el causante y cuyo valor ha "excedido" la parte disponible del patrimonio del donante, afectando así la porción legítima de otros herederos legitimarios. Sin embargo ese "valor" que exige ser reducido lo será "recién" en los términos y a los efectos de un posible cálculo de la cuenta particionaria, en la futura colación como consecuencia de la "eventual" interposición de la acción de reducción.

8)- Necesidad de interpretación sistémica y coherente.

La complejidad del tema nos presenta un escenario fáctico en el que los protagonistas desarrollan sus roles protegiendo intereses que suelen ser muy disímiles. Así encontramos personajes como progenitores interesados en planificar su patrimonio para después de su muerte, con hijos a quienes desean proteger o mejorar a través de la transferencia gratuita de sus bienes. Otros, que entienden que su patrimonio puede ser dispuesto del modo que les satisfaga durante su vida, entidades bancarias celosas de posibles, eventuales o ulteriores ataques reipersecutorios de herederos perjudicados lo que conlleva al otorgamiento de actos cuyas causas son simuladas, normativas de organismos estatales y fiscales que generan presiones impositivas que derivan en la circulación de actos que pueden ser objetables, terceros interesados en la adquisición de propiedades que presentan entre sus antecedentes actos gratuitos, nuevos paradigmas familiares que despliegan una casuística novedosa y una diversidad de criterios interpretativos en la confección de instrumentos públicos válidos y perfectos para su circulabilidad.

La misión es pues reconocer los bienes jurídicos y ponderar correctamente entre la celeridad de la economía frente a la rigidez de la protección hereditaria, la cotidiana generación y circulación de títulos en el tráfico jurídico frente al hecho futuro e incierto de la muerte del donante y sus consecuentes efectos sucesorios, la multiplicidad de intereses de cada uno de los protagonistas en la escena jurídica frente a la respuesta jurídica "correcta" de los operadores del derecho.

Y nuevamente el dilema: **¿destino incierto o circulación válida?**

El artículo 2 del CCCN pregona una interpretación sistémica del nuevo plexo normativo destacando que deben tenerse en cuenta "sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de MODO COHERENTE con todo el ordenamiento."

Intentaremos realizar un análisis sistémico e integral de los artículos del CCCN relacionados con los institutos de la donación, colación, porción legítima:

"1565: Donación inoficiosa: aquélla cuyo **valor** excede la parte disponible del patrimonio del donante. (...)"

"2376: Composición de la masa: La masa partible comprende los bienes del causante que existen al tiempo de la partición o los que se han subrogado a ellos, y los acrecimientos de unos y otros. Se deducen las deudas y se agregan los **valores** que deben ser colacionados y los bienes sujetos a reducción." Es clara la distinción entre "valor colacionable" y sólo "reducción de bienes".

"2385: Colación de Donaciones: Personas obligadas a colacionar: Los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el **valor** de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento. Dicho **valor** se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. (...);

"2386: 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 reducción por el **valor** del exceso."

"2451: Acción de complemento: El legitimario a quien el testador le ha dejado, por cualquier título, menos de su porción legítima, sólo puede pedir su **complemento**" (se refiere al VALOR para cubrir su parte).

"2453: Reducción de donaciones: Si la reducción de las disposiciones testamentarias no es suficiente para que quede cubierta la porción legítima, el heredero legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante. Se reduce primero la última donación, y luego las demás en orden inverso a sus fechas hasta salvar el derecho del reclamante. Las de igual fecha se reducen a prorrata."

"2454: Efectos de la reducción de donaciones: Si la reducción es total, la donación queda 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. En todo caso, el donatario **puede impedir** la resolución entregando al legitimario la **suma de dinero** necesaria para completar el **valor** de su porción legítima. (...)"

"2455: Perecimiento de lo donado: Si el bien donado perece por culpa del donatario, éste debe su **valor**. Si perece sin su culpa, el **valor** de lo donado no se computa para el cálculo de la porción legítima. Si perece parcialmente por su culpa, debe la diferencia de **valor**. Y si perece parcialmente sin su culpa, se computa al **valor** subsistente."

"2458: Acción reipersecutoria: El legitimario **puede** perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, **pueden desinteresarse** al legitimario satisfaciendo en **dinero** el perjuicio a la cuota legítima."

Si bien de los artículos citados se deduce que toda aquella donación que se exceda más allá de la parte disponible afectando la porción legítima de cualquier legitimario será pasible de reducción, **siempre** el donatario **podrá desinteresarse** al heredero perjudicado con el **valor**, la **suma de dinero**, el **complemento** necesario para cubrir el perjuicio a la cuota legítima.

9)- La temida acción de reducción: artículo 2458 del CCCN

Néstor Daniel LAMBER (17) nos ilustra que la acción de reducción encuentra claros límites a sus efectos reipersecutorios. "El primer límite a dicho efecto es que por el art. 2458 CCCN sólo lo tiene en aquéllas que tuvieron por objeto bienes registrables". "El segundo está dado para el caso en que la donación sea totalmente reducible y quede por tanto resuelta (2454 CCCN), caso contrario el título no es observable. Y "El tercer límite lo configuraría el plazo de diez años de ejercicio de la posesión" (2459 CCCN) por el donatario o subadquirente.

A la luz de estos conceptos podemos inferir: La acción de reducción no prosperará frente a donaciones de bienes no registrables: cosas muebles, derechos o bienes de apreciación económica de cualquier naturaleza.

Especial consideración tendrá la cesión gratuita de herencia la que por considerarse una universalidad jurídica de la herencia o una parte alícuota sin consideración de los bienes en particular que la integran, no sería objeto de colación. No obstante atento al valor económico que pudiese surgir del proceso sucesorio, el cesionario recibe un beneficio del causante que el 2391 CCCN obliga a colacionar en caso de existir exceso en la porción legítima. Esa reducción no tendrá efecto reipersecutorio dado que el objeto de la cesión de herencia no es un bien registrable como lo exige el art. 2458 CCCN, por más que esté en proceso de determinación la existencia de bienes de este carácter dentro del patrimonio hereditario.

El cesionario recibe como resultado de la partición la parte alícuota del precio en caso de compraventa, u otro bien en caso de permuta. El heredero legitimario del cedente de herencia ejercerá la acción para traer en colación el valor de ese dinero o bien permutado, que nunca tendrá acción de reducción con efecto reipersecutorio por no ser la universalidad un bien registrable, ni haberse siquiera adjudicado bienes registrales.

El derecho a la protección de la legítima hereditaria en la sucesión del cedente de herencia, no puede impedir o limitar los actos partitivos de la herencia del primer causante (cuya herencia se cedió), y deberá solicitar en los autos sucesorio de la herencia cedida las medidas cautelares para asegurar su derecho sobre los bienes resultantes de la partición y adjudicación como un cualquier acreedor del herederos o cesionario. Lo mismo cabe para el caso del cesionario no heredero legitimario del cedente. (...)

La acción de reducción no siempre tiene efecto reivindicatorio, lo que no impide que exista un crédito a favor del heredero legitimario perjudicado, como surge claramente de la norma del art. 2454 CCyC para la reducción de las donaciones, que establece que si la porción legítima afectada es inferior a la mitad del valor del bien donado (atribuido a título gratuito) este sólo tendrá derecho a un crédito por el valor de su derecho, y queda al donatario (cesionario en el caso) el bien (universalidad). (...)

Podemos ver en esta acción, la de complemento del art. 2451 CCyC (art. 3600CC) como autónoma, o negar ésta y sostener que se está ante una acción

de reducción. Pero la falta de efecto reipersecutorio asimila a ambas en el caso, y no quita su efecto para reclamar el crédito por el valor. (...)"

(...) Asimismo cabe destacar el dinero donado en vida no forma parte de la masa indivisa; su reducción importa el computo de su valor en la masa partible pero no su incorporación a la indivisión hereditaria, y por ello si dispone de ese dinero donado, lo adquirido por él no importa la subrogación real para integrar la masa, porque lo donado no integraba la masa."

La ley sólo por excepción permite al heredero legítimo perseguir con efecto reipersecutorio el objeto de la donación, si y sólo si: **a)** Es un bien registrable (art. 2458 CCyC). **b)** El valor de la cuota legítima afectada supera la mitad del valor de lo donado (art. 2454 CCyC), la valuación se determinará a la época de la partición según el estado de la cosa a la época de la donación (arts. 2385 y 2445 CCCN). **c)** La posesión de la cosa por el donatario por este título -o subadquirente- sea inferior a diez años (art. 2459 CCCN) .

Respecto del segundo límite enunciado, el 2454 CCCN artículo aclara que en caso de ser la reducción de la donación total, ésta quedará resuelta. Mientras que si es parcial, no afecta a la mitad del valor de lo donado y el bien es divisible, se dividirá entre ambos. Cuando la cosa sea indivisible, quedará para quien le corresponda la porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho.

Debemos también mencionar que el art. 1919 ha eliminado entre los casos en los que la mala fe se presume, el de la gratuidad. Por tanto, el sólo hecho de estar en presencia de una donación a título gratuito no hace presumir mala fe y la consecuente observabilidad del título causa.

Según Gustavo A. BONO (18) "respecto del artículo 2454 devendría injusto exigirle al propietario (sea el donatario o sus subadquirentes) que, para poder conservar la cosa, deba abonar todo el valor del complemento de la legítima aun cuando ese monto fuese mayor al valor de la cosa misma. (...) la noción de perjuicio a la legítima no puede ser mayor que el valor actual de la

cosa cuya donación lo produce(...), resulta abusivo que el propietario deba optar entre perder la cosa donada o pagar un monto mayor de su valor.

(...) para conservar la cosa, debe abonar el menor de los montos cotejados (es decir: del valor de la merma de la legítima y del valor actual de la cosa").

Ya haciendo expresa referencia al tercer límite mencionado por Lamber, el artículo 2459 promueve la perfección del título con el transcurso de diez años de posesión, la que debe ser "continua", destacando este carácter para hacerlo compatible con la última parte que cita al art. 1901.

La norma hace referencia "no sólo" al donatario sino también a los subadquirentes. Por lo que se está refiriendo a los efectos reipersecutorios del 2458 CCCN y a la condición resolutoria legal del 2454 CCCN. La acción de reducción no se ha extinguido y quedará expedita desde el advenimiento del hecho futuro e incierto de la muerte del donante. Así, el dominio se consolidará al tiempo que ocurra el primero de los acontecimientos: el transcurso de los diez años continuos de posesión del donatario o subadquirente o el cumplimiento de los cinco años de prescripción liberatoria de la acción de reducción (2560 CCCN) sin que ésta se haya interpuesto.

Si bien el artículo se titula Prescripción Adquisitiva, entendemos que no existen en este caso los elementos que conforman el justo título (1902 CCCN) ya que el título del que emane una "posible donación inoficiosa" lo será de un donante capaz y que está legitimado al efecto; y el mismo estaría revestido de las formalidades exigidas para su validez. No estamos como se ya ha referido, ante un caso de ineficacia por nulidad; sino frente a un acto plenamente eficaz, válido y lícito. Además no se necesita sentencia alguna que determine la perfección del título ante el acaecimiento del transcurso de los diez años de posesión continua que exige el 2459 CCCN. Creemos que estamos en presencia de un caso especial de prescripción establecida por la ley en aras de la seguridad jurídica.

En igual sentido estimamos que la denominación de Acción Reipersecutoria con la que se titula al art. 2458 CCCN, no es tal, ya que se

trataría de una evidente acción de carácter personal, no real, cuando permite desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima afectada sin exigir la cosa misma.

Es coherente el ordenamiento cuando al mencionar el dominio revocable en el artículo 1965 CCCN establece en su segundo párrafo que "la condición o el plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa o **por la ley**". Y en su párrafo final refiere que las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o éste sea mayor o incierto. Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio **debe** quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto."

Coherente también con el 2459 y el 1965 es el art 1972 CCCN 2° párrafo cuando establece que: "en los actos a título gratuito todas las cláusulas señaladas en el párrafo primero (inenajenabilidad) son válidas si su plazo no excede de diez años."

Agrega Nestor D. Lamber (19) que: "*Estas normas guardan estrecha relación con la del art. 1050 CCyC en materia de evicción que expresamente dice: "Prescripción adquisitiva. Cuando el derecho del adquirente se sana por el transcurso del plazo de prescripción adquisitiva, se extingue la responsabilidad por evicción". Nótese que al igual que el art. 2459 CCyC se sana el derecho sólo por transcurso del plazo de prescripción adquisitiva, y no por la sentencia judicial que admite la acción o la excepción que oponga el titular del dominio cuestionado.*"

Encontramos asimismo otros límites al efecto reipersecutorio de la acción de reducción. Así en el art 2461 CCCN cuando establece en su parte final "que 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".

Igualmente los artículos 2380 y 2381 al establecer ejemplos de atribuciones preferenciales de establecimientos que constituyen unidades

económicas que sirven de habitación o que tienen uso profesional. El adjudicatario podrá conservarla y generará un crédito a favor de los legitimarios por el saldo en la medida en que sean afectados. Estas normas parecen vislumbrar un claro espíritu tuitivo en la conservación de la vivienda y de empresas o actividades relacionadas con el tráfico jurídico por sobre la protección de la legítima.

10)- Relación entre los artículos 2459 y 2560 del CCCN.

Es importante aclarar que la posesión para adquirir y consolidar el derecho del que habla el art 2459 CCCN debe entenderse en el sentido de posesión adquirida mediante título y modo suficientes. Lo contrario podría presentarnos situaciones en las que poseedores ilegítimos y hasta usurpadores estuvieran igualmente tutelados.

Asimismo el plazo de prescripción legal establecido en el 2459 CCCN debe aplicarse conjuntamente con el plazo de prescripción liberatoria que prevé el art. 2560 CCCN para la acción de reducción. De este modo, el que ocurra primero determinará la consolidación de los derechos. Así, la acción de reducción del heredero legítimo que cree ver afectada su porción legítima quedará expedita al momento de producirse la muerte del donante, no antes. Esto no significa perjudicarlo, tan sólo es congruente con el sistema legal mediante el cual la acción no puede ser interpuesta sino luego de ocurrido el hecho futuro e incierto al cual se halla condicionado su "eventual" reclamo: el fallecimiento del donante. Así entendemos que sólo tiene un derecho en expectativa y es por ello que insistimos en que la calificación de inoficiosa de una donación "sólo" puede asegurarse al tiempo de efectuarse la partición hereditaria tras el deceso de quien fuera su otorgante, donante-causante.

Se pregunta Gustavo A. BONO(20) "¿qué ocurre si el plazo de prescripción de la acción de reducción concluye antes o después del plazo decenal computado desde la donación?, a lo que indica que el mecanismo del Proyecto de 1998, establecía que los diez años siempre se computaban "en vida del causante" (se contaban desde su deceso hacia atrás); de manera que, producida su muerte, sólo restaría esperar el reducido plazo bienal de prescripción de la acción de reducción, ello así sólo en el caso de que la

donación se hubiera hecho dentro de los últimos diez años de vida del causante."

En el nuevo código entendemos que aquel interrogante plantea varios escenarios fácticos: **a)**-Transcurridos diez años desde la adquisición de la posesión por el donatario o sus sucesores, sin haberse producido la muerte del donante, su derecho se perfecciona y consolida sin haber mediado interposición de acción de reducción. El título se habrá saneado. **b)**- Si antes de cumplirse el plazo de los diez años dispuestos por el art 2459CCCN acaece la muerte del donante, el heredero legitimario que entienda vulnerada su porción legítima podrá incoar la acción de reducción de la que pueden resultar varias posibilidades: **1)**- Que la reducción resulte ser parcial pero inferior a la mitad del valor de su porción legítima, con lo cual el derecho del donatario también se verá consolidado; **2)**- Que ante una reducción parcial ésta resulte superior a la mitad del valor de su porción legítima, lo que habilitará el efecto reipersecutorio sobre la cosa donada. Si ésta es divisible se dividirá entre donatario y legitimario; mientras que siendo por lo contrario indivisible, la cosa deberá quedar para quien le corresponda la porción mayor con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho (2454). En ambas situaciones siempre el donatario o sucesor o tercero subadquirente podrá impedir este efecto reipersecutorio de la acción entregando al legitimario la indemnización substitutiva correspondiente como complemento del valor de su porción legítima afectada; **3)**- También puede ocurrir que la reducción sea total. El legitimario podrá entonces perseguir la restitución de la cosa y el donatario asimismo frenar sus efectos con la entrega de la suma de dinero necesario, siempre teniendo en cuenta los topes mencionados, es decir, abonar el valor del complemento en la medida del perjuicio a la legítima lesionada, pero nunca por un valor mayor al de la cosa donada por el causante; **4)**-Puede suceder que aún teniendo el heredero la posibilidad de instar la acción de reducción, por hallarse ella expedita y no habiendo transcurrido el plazo legal de prescripción liberatoria, opte por no entablarla en tiempo y forma, con lo cual el derecho del donatario quedará definitivamente saneado y perfecto por no cumplimiento de la condición resolutoria legal establecida.

"En casos extremos en que el causante muera poco antes de producirse el plazo de diez años desde que tuvo lugar la donación, se entiende que la acción de reducción nace con la muerte del causante pero debe entablarse antes del vencimiento del plazo de su prescripción liberatoria o del decenal desde que tuvo lugar la donación, lo que ocurra primero. Ello así, por cuanto estimamos evidente que el legislador de la nueva ley ha querido dar firmeza a las cadenas dominiales donde aparecen eslabones de títulos gratuitos tomando en consideración sus fechas (la de esos títulos) y no la ulterior y normalmente variable fecha de la muerte del causante; más aún, cabe resaltar que la norma ha llamado a esta figura de consolidación e irrevocabilidad del derecho como una "prescripción adquisitiva" (21).

De ello se deduce que según los casos puede el donatario aún antes de los diez años de posesión haber saneado su título tras haberse producido la muerte del donante y no haber iniciado el heredero la correspondiente pretensión dejando así prescribir su acción o aún habiéndola instado, resultar vencido en el proceso. Entendemos que al resolverse la prescripción en sentido favorable para el poseedor donatario o tercero subadquirente: el efecto retroactivo a la fecha de adquisición de la posesión provocará la convalidación de todos los derechos reales constituidos y su plena oponibilidad a terceros interesados. El artículo 1903 CCCN, segundo párrafo, dice "la sentencia declarativa de prescripción breve tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión". La sentencia es declarativa ya que el derecho real ya fue adquirido al momento de perfeccionarse la donación.

11) Naturaleza del plazo del 2459 del CCCN.

Los escenarios posibles desde el otorgamiento del contrato de donación como acto jurídico válido, fundado en un título suficiente (1892 CCCN), revestido de las formalidades establecidas por la ley, cuyos otorgantes son personas capaces y legitimadas al efecto, hasta el cumplimiento del plazo legal de los diez años de posesión continua que exige el art 2459 CCCN, nos plantea la cuestión de la naturaleza jurídica de este mecanismo de saneamiento que la ley ha dado en mencionar: **Prescripción Adquisitiva.**

Para algunos, el plazo de diez años fijado por el artículo 2459 importa una especie de inoponibilidad o restricción de ejercicio de la acción de reducción. (22)

Para otros, se trata de un plazo de caducidad, operando como resultado de la inacción del acreedor, por no haber ejercido su derecho durante un cierto plazo antes de haber acontecido un hecho futuro. Esto provoca la aniquilación total del derecho y no solamente de la acción para reclamarlo, siendo una de las diferencias estructurales con la prescripción. (23) Esta postura no es compartida por Kiper, ya que según él "no habrá inacción del acreedor si el donante está vivo".

"El proyecto de 1998 permitía interpretar un plazo de caducidad, pues limitaba la reducción a las donaciones hechas por el causante "en los diez años anteriores a su deceso" (art. 2402), consagrando, de este modo, un plazo de caducidad para las donaciones anteriores a los diez años, que se volvían inatacables. En cambio, el Código actual alude a la posesión durante diez años."

"Por otro lado, aludir a la caducidad o al plazo resolutorio supone que un plazo está corriendo a favor del legitimario perjudicado, quien si no demanda la reducción dentro del período de 10 años pierde su derecho. Pero, según Kiper, no está corriendo aún ningún plazo a favor del heredero cuya legítima no fue respetada. Ni siquiera se sabe si esto es así, pues recién se sabrá cuando muera el donante. El plazo que corre es a favor del poseedor o de sus sucesores, y a ese término no lo podemos llamar caducidad, se trata de la posesión apta para la prescripción".

"La caducidad no se suspende ni se interrumpe (art. 2567). Aquí, en cambio, el plazo de 10 años está apoyado en la posesión, la que puede sufrir interrupciones. Justamente, el Código exige que la posesión apta para la usucapión sea continua (art. 1900)". "La prescripción puede hacerse valer como defensa (art. 2551)". "En la prescripción breve las posesiones deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico.(1901) Sumado a ello, el artículo 1902 exige el estudio de los títulos antecedentes".

"(...) una donación como antecedente no debe ser asimilado a un caso de mala fe, sino de una situación imperfecta que puede ser consolidada a través de la posesión. La cosa ya fue adquirida legítimamente, y lo que hace esta prescripción es consolidar la adquisición y ponerla a resguardo de todo reclamo".(24)

Coincidimos en que se trata de un plazo de prescripción breve especial establecido legalmente. Ciertamente entendemos que lo que determina la consolidación y saneamiento del derecho del donatario o sus sucesores a los diez años o antes, teniendo en cuenta la multiplicidad de situaciones fácticas descritas, es el acaecimiento de una condición resolutoria legal dentro de un plazo también dispuesto normativamente y que concuerda con lo dispuesto por el artículo 1965 en el sentido de que las condiciones pueden ser impuestas por disposiciones voluntarias expresas o por la ley.

Antes de esto el dominio que ostenta el donatario es imperfecto, esencialmente revocable y sujeto a esta serie de hechos futuros e inciertos que configuran la esencia de las condiciones. Esta compleja condición resolutoria es a la que subordina la plena eficacia o la resolución de su derecho todo donatario que suscribe el acto jurídico unilateral, gratuito y formal de la donación.

Se entiende que la "calificación" de prescripción adquisitiva no es la adecuada para este modo de saneamiento ya que en la donación el derecho del donatario nació desde el mismo momento de la aceptación, cierto es que surgió imperfecto, esencialmente resoluble por una condición legal, pero nació. Mientras que el derecho del usucapiente no nace sino hasta el dictado de la sentencia de prescripción adquisitiva que así lo resuelve.

En opinión de Kiper(25), *se trata de un supuesto especial de prescripción de diez años. No es el único caso. Como es sabido, el Código, cuando hay mala fe, exige 20 años para la prescripción larga (art. 1899).(...) Esto significa que el legislador, si así lo pretende, puede fijar reglas generales para la prescripción larga y la corta, y luego fijar excepciones a dichos principios. Esto es lo que sucede con la acción de reducción, pues la posesión de 10 años la detiene, sin necesidad de justo título. En verdad, aquí hay un título suficiente,*

que genera un derecho real revocable, imperfecto.(...) destaca la armonía de los artículos 1965 y 1972 y además se pregunta:"por qué debe estar en mejor situación el adquirente a non domino, de una cosa ajena, que quien adquiere de su legítimo propietario, como ocurre con el donatario.Si es factible sanear aquella situación por el transcurso del tiempo, no veo motivos para impedirlo en la segunda, que no ha sido irregular. Lo importante es que haya un título válido, y el derivado de una donación lo es.El fundamento y finalidad del instituto de la prescripción es asegurar la paz y el orden jurídico al conferir estabilidad a las relaciones de derecho, tornándolas inatacables por el transcurso del tiempo". Al referirse a la buena o mala fe expresa (...) "Para que haya mala fe debe haber existido negligencia para no advertir un error de hecho inexcusable, o haber incurrido en un error de derecho. Lo cierto es que la donación es un contrato válido; nada tiene de malo, salvo la posibilidad de estar expuesto a una eventual acción de reducción. El estudio de títulos revelará la existencia de una donación, y no por ello el adquirente debe ser reputado de mala fe. Sabe cuáles son las reglas y que su dominio es imperfecto, pero eso no obsta a esta suerte de prescripción breve. Distinta sería la situación, entiende, si hubiera algún vicio o irregularidad en la cadena de transmisiones".

Al tratar puntualmente lo referente a la observabilidad o no de estos títulos, Cristina Armella (26) expresa: *"Las entidades bancarias y financieras no aceptan las donaciones en sus antecedentes dominiales de adquisición". Jurisprudencialmente un "Título perfecto" debe reunir 1)- un elemento de valor jurídico y 2) un elemento de valor comercial a los efectos de la mayor o menor eficacia para el ejercicio de los derechos del propietario en las transacciones inmobiliarias y constructivas de los derechos reales. Si falta alguno de ellos el valor se ve disminuido y la perfección del título no existe."*

Un documento enviado a la Cámara de Diputados por el Colegio de Escribanos de Capital Federal expresa que la jurisprudencia distingue dos casos: 1)- Donaciones a hijos (títulos perfectos) y 2)- Donaciones a terceros (títulos observables hasta diez años desde que se celebró el contrato de donación, desde allí el donatario, podrá oponer la prescripción corta ante cualquier reclamo). El Código Civil Velezano establecía veinte años desde la muerte del donante. El CCCN, diez años desde la toma de posesión del bien

*donado. Donación a herederos: Donatario es dueño y está habilitado para enajenar; ya que la acción de sus coherederos solamente deberá rendir a la masa hereditaria **el valor del bien** y no el bien mismo. Donación a terceros: 2458. La acción reipersecutoria contra terceros adquirentes y contra subadquirentes. Se desinteresa al legitimario con **dinero**. Diez años de prescripción adquisitiva desde la posesión. El perfeccionamiento no es originario (al nacimiento del título) si no a los diez años con perfeccionamiento del título. Según ella se limitan los efectos reipersecutorios de la acción de reducción cuando se admiten que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción breve. Para evitar los problemas de las donaciones en el tráfico jurídico. **El cambio más significativo**. **A)**- 1)- Haber reducido los plazos para que el título sea perfecto. 2)- Inicio del cómputo. El CC establecía el inicio del cómputo a la muerte del causante; mientras que el CCCN lo hace desde la adquisición de la posesión. **B)**- Fija el plazo de diez años (descarta el de 20 años) Art 2457-2458-2386-*

Creemos que es importante recordar las conclusiones de las 39° Jornada Notarial Bonaerense de 2015 cuando expresaban que “La ampliación de la porción hereditaria disponible cuando existen descendientes (art. 2445 CCyC), la limitación del efecto reivindicatorio de la resolución legal del art. 2454 en cuanto al valor afectado y los supuestos legales que la impiden (arts. 2454, 2458, 2380, 2381 CCyC), y la limitación temporal del plazo de la acción de reducción con efectos reivindicatorios (art. 2459 CCyC), obligan a analizar en cada caso la observabilidad o no del título sin incurrir en conductas de mala fe o abuso de derecho”.(27)

12)- Carácter de la acción de reducción.

Frente a las diversas corrientes doctrinarias que se postulaban a favor y en contra de la validez de los títulos en cuyos antecedentes existieran donaciones, ante el peligro de afectar el derecho de propiedad de títulos "supuestamente" ineficaces, y tras evitar "las prohibiciones por las dudas", se intentó determinar el carácter de la acción de reducción y sus efectos:

¿Es una acción real o personal? En el segundo de los casos, ¿podría tener efectos reipersecutorios?

Entendemos que al momento de realizar las cuentas particionarias en una sucesión, no necesariamente debe traerse a la masa los excedentes en especie. La interpretación armónica y coherente de las normas se refiere a "valores". Por tanto la acción de reducción debe entenderse naturalmente personal.

Coincidimos con Laura Chiappinotto cuando dice: *"La acción de reducción en el nuevo código no es real reipersecutoria, aunque así la llame en el art. 2458 CCCN, sino que se trata de una acción personal, con sus características propias. El término "acción reipersecutoria" se otorga como una prerrogativa para el legitimario activo, ya que siempre podrá desinteresarse, pero no necesariamente con la entrega de la "cosa", sino con el valor del inmueble (art- 2458 CCCN).(28)*

13)- Legitimados pasivos de la acción de reducción en el CCV.

Respecto de las distintas posturas Natalio Etchegaray (29) sistematiza la cuestión hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación: "a) Posición de López de Zavallá, que niega a la acción de reducción toda posibilidad de ser invocada con intención reivindicatoria, ya se tratara de donaciones a legitimarios o extraños. Esta posición ha sido defendida por el notariado de la Provincia de Buenos Aires, fundamentalmente por los escribanos de la Delegación Morón de dicho Colegio. b) Posición de Salvat - Acuña Anzorena, Fornieles, Lafaille, Maffía, Laje y abrumadora doctrina y jurisprudencia que sostiene que la acción de reducción y por tanto, la resolución de la donación lo mismo que la reipersecución de terceros adquirentes, es improcedente cuando la donación ha sido hecha a quien resulte ser legitimario. c) Posición de Borda, Zannoni y Belluscio, que reconoce a la acción de reducción la posibilidad absoluta de ser invocada con intención reivindicatoria, ya se tratara de donaciones a legitimarios o extraños. De las tres posiciones doctrinarias, la primera niega efectos reivindicativos a la acción de reducción; y la segunda y la tercera se la reconocen; de estas dos últimas, una aplica la posibilidad de reivindicación sólo en los casos de donación a quienes no fueran herederos legitimarios y la otra admite la reivindicación en todos los casos de donación".

Se entiende que hoy la norma no hace distinciones entre herederos legitimarios y terceros subadquirentes. Asimismo aún refiriéndola como "acción reivindicatoria", de la interpretación coherente del ordenamiento se desprende que no lo es: toda posible pretensión accionaria se resolverá en "valor"; "suma de dinero", "compensación" no sólo respecto de donatarios legitimarios si no también con relación a terceros.

14)- El estudio de títulos en el nuevo ordenamiento

Analizaremos la situación de aquella donación que nació válida, aunque resoluble, sujeta a una compleja condición resolutoria legal y que por imperio legal podrá tornarse irrevocable si transcurridos diez años de posesión continua no acaece el hecho futuro e incierto de la reducción que lejos de otorgar plena eficacia a su derecho, puede resolverlo.

Por lo que acaecida dicha condición aparecerá en escena la dura norma del 2457 y con ella la donación se tornará inoponible al legitimario vencedor quien podrá lograr la extinción de los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores.

Ello conlleva una serie de trastornos y dificultades para el derecho de propiedad; genera conflictos de intereses no deseados y hasta el desgaste de poner en funcionamiento el aparato judicial para dirimir cuestiones que fácilmente podrían resolverse con la modificación de las normas que provocan discordancias interpretativas.

Insistimos en que la incertidumbre no puede erigirse como un valor jurídico protegible. Como operadores del derecho ¿qué previsiones debemos tomar antes estas situaciones fácticas?

Pablo Luis Manganaro (30) cita a Etchegaray quien define "el estudio de títulos como la relación de actos y negocios jurídicos que legitiman al titular de un bien para disponer de éste y así asegurar la eficacia del nuevo negocio que el titular va a realizar. Esta relación de antecedentes 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. Le agrega 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. Genera en el escribano en la etapa inicial del negocio, la convicción certera acerca de la perfección del título que posee el disponente. Al hablar de título perfecto: nos referimos al origen y extensión del dominio. Ello logra una certeza sobre la imposibilidad de iniciar una acción de reivindicación o la posibilidad de rechazarla.(...) El estudio de títulos no es el estudio de su publicidad."

Ya se ha expresado que la NULIDAD: Es la sanción que priva al acto de los efectos que lo son propios, en virtud de una causa existente al momento de su celebración. El 1051 sólo protegía a las nulidades o anulabilidades de carácter relativo."Art 399 CCCN: Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas."Art 392 CCCN: reitera el principio establecido por el art 1051 CCV, que protege a los subadquirentes de buena fe y a título oneroso. El artículo se refiere a inmuebles y agrega los muebles registrables. Suprime la mención de actos anulables, ya que la nueva categoría de nulidades no los contempla.

El CCCN reconoce expresamente al estudio de títulos como necesario para que exista buena fe en el adquirente. (Art 1902). Este artículo resalta la importancia del trabajo del profesional que realiza el estudio de los antecedentes, no meramente recopilatorio y no circunscripto únicamente a examinar las constancias registrales, si no que requiere un examen exhaustivo y una verificación de todos los actos relevantes del negocio en cuestión".

En aras de determinar si un título puede ser calificado de suficiente ante una eventual consulta para el otorgamiento de un acto escriturario de transferencia y la estimación de buena fe de quien pretende adquirir, el exhaustivo análisis de los antecedentes nos permitirá determinar fácilmente el transcurso del plazo legal de diez años exigido por el 2459 y eventualmente la existencia de un proceso sucesorio iniciado en caso de donantes fallecidos, con las posibles constancias de acciones de reducción entabladas. Sin embargo más dificultoso se tornaría el estudio de títulos frente a donantes vivos y no conocidos por el autorizante o donantes fallecidos con procesos

sucesorios no iniciados o iniciados en extrañas jurisdicciones, lo que conllevaría el obstáculo de desconocer posibles causas de acciones de reducción entabladas en esos procesos o carecer de elementos precisos para su búsqueda y consiguiente verificación de su estado. Todo ello determina que el análisis de los antecedentes pueda resultar impreciso y hasta de imposible cumplimiento.

Es importante destacar que la eventual inoficiosidad y la insolvencia posterior que permita la acción reipersecutoria, *no es ostensible* en un estudio de títulos, por lo que no hace presumir la mala fe del adquirente ni afecta el deber de asesoramiento del profesional interviniente en el análisis de los antecedentes.

Volvemos sobre el artículo 392, referido a los efectos de terceros en cosas registrables, en el que la norma hace mención a quien ha adquirido en virtud de un acto "NULO".

Seguimos con el razonamiento hasta aquí expresado, la donación no constituye para nosotros un acto nulo. Sin embargo la interpretación armónica y coherente de los artículos 382, 392 y 2457 nos lleva a pensar que en caso de prosperar la eventual acción de reducción con su consecuente efecto reipersecutorio, ocasionará la restitución de la cosa de manos del donatario o subadquirente, convirtiéndose en un acto INOPONIBLE, y por tanto ineficaz, de ineficacia relativa respecto de determinada persona: "el legitimario vendedor". ¿Podríamos entonces propiciar la modificación del artículo 2457 en protección de los terceros subadquirentes de buena fe a título oneroso, ya que si el artículo 392 permite que estos terceros puedan oponer sus derechos reales y personales constituidos cuando han adquirido en virtud de un acto NULO; por qué no proteger a estos mismos terceros que han resultado adquirentes de su legítimo dueño y en virtud de un acto VÁLIDO: "Donación". Insistimos en el razonamiento ya expresado de Francisco Cerávolo (16): *"La buena fe como principio inconcuso del derecho universal, halla inconstmovible sostén en el hecho de que no conoció la existencia de eventuales otros herederos legitimarios del donatario o no pudo llegar a ese conocimiento actuando con*

razonable prudencia, o que los derechos de ese donatario legítimo estuvieran judicialmente controvertidos". Para pensar!

Insistimos en que el conocimiento del subadquirente respecto de la existencia de una donación entre los eslabones de la cadena de transferencias no lo hace poseedor de mala fe, que la gratuidad entre los casos de mala fe presunta ha sido eliminada del nuevo código (1919) y que el pago de una contraprestación tornaría injusta la pérdida de la cosa por él adquirida.

Queda por supuesto excluido el caso de terceros que adquieren derechos litigiosos sabiendo que lo son. En tales casos no podrá substraerse luego a las resultas del proceso (art. 1009).

Hasta tanto no se logre una reforma del código el derecho del donatario o subadquirente debe considerarse irrevocablemente adquirido una vez transcurridos los diez años desde la adquisición de la posesión (con todas las consideraciones antes expuestas). Sólo la conducta negligente o real conocimiento de aquéllos de la existencia de una acción de reducción entablada haría perder sus derechos. También el eventual heredero legítimo debe procurar conductas diligentes en aras de la oponibilidad de su pretensión.

15)- Particularidades del límite temporal a la acción de reducción.

1. ¿Cómo juzgamos la validez de las donaciones a terceros otorgadas antes del 1/8/2015?

Adriana Abella (31) respecto de los supuestos de donaciones anteriores al 1/8/2018 explica las distintas posturas:

A)- 2459. *Inicio del cómputo de los diez años desde la adquisición de la posesión.*

B)- Donación anterior al 1/8: *Plazo comienza desde el 1/8; caso contrario importaría una aplicación retroactiva de la ley vedado por el art 7CCCN.*

C)- Donación anterior al 1/8: Es relevante la muerte del donante: *la cuestión principal se vincula con la legítima regida por la ley VIGENTE al tiempo de la muerte. Entonces 1)- Si el causante murió ANTES DEL 1/8/15:*

*Plazo comienza a correr NO desde adquisición de la posesión, SINO desde el 1/8/15. 2)- Si el causante murió **LUEGO DEL 1/8/15**: Plazo comienza a correr desde adquisición de la posesión.*

La situación es diferente en la donación a legitimarios en que el consenso es mayor a favor de no ser observables las anteriores a la entrada en vigencia de la reforma.(32)

Se destaca que no hay en el nuevo Código Civil y Comercial una norma específica que sienta que el curso de la prescripción de las acciones sucesorias corre desde la muerte del causante, como bien se establecía en el derogado art. 3953 del viejo Código Civil. Existe asimismo un principio básico por el cual la ley que rige la sucesión es la vigente al tiempo de la muerte del causante. Entendemos que hoy el artículo **2537** hace expresa referencia a que "los plazos de prescripción en curso al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley se rigen por la ley anterior". No obstante aclara que si por esa ley (la anterior) se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, **contado desde el día de su vigencia**, "excepto" que el plazo fijado por la ley antigua **finalice** antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso **se mantiene el de la ley anterior**.

2. Incertidumbre de los terceros adquirentes antes y después del plazo decenal del 2459.

Entendemos que los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso merecen amparo legal por tanto propiciamos la reforma del art. 2457.

16)- Posibles subsanaciones a títulos proveniente de donaciones hechas a terceros en el CCV.

Planteadas las vicisitudes con las que puede enfrentarse una donación ante la eventual inoficiosidad, y si bien el transcurso del tiempo que propone el plazo legal de prescripción adquisitiva del 2459 es una posibilidad de perfeccionamiento del dominio, surge el imperativo de postular algunas "subsanaciones" para sanear los títulos proveniente de donaciones hechas a terceros en el CCV.

En consecuencia se han ensayado posibles alternativas de subsanación y métodos de bonificación de títulos. Entre ellos: el distracto o rescisión bilateral, el reconocimiento de la simulación y la revocación de donación por incumplimiento o inejecución de cargos previstos, la revocación por liberación del deber de prestar alimentos al donante (art. 1837 CCIV), el reintegro voluntario del inmueble al donante para librar al donatario de la obligación alimentaria, la declaración de onerosidad mediando un reconocimiento de simulación, la apertura de sucesión, obtención de declaratoria de herederos o lograr acción meramente declarativa, en caso de que el tribunal lo resuelva conducente, la prescripción adquisitiva.

Respecto del distracto muchos entienden que no pueden extinguirse las obligaciones creadas por un contrato de donación a terceros porque ya se encuentran extinguidas. Se cree que estamos en presencia de una nueva donación con todas las consecuencias que ello significa.

Según Gastón Di Castelnuovo (33) el distracto es un acto jurídico bilateral y patrimonial de carácter extintivo; constituye por tanto un acto jurídico mediante el cual se dejó sin efecto un contrato que se encuentra en vías de cumplimiento. La mayoría de la doctrina sólo lo admite en contratos en vías de cumplimiento de ejecución continuada o tracto sucesivo o en aquellos en los que los efectos no han comenzado a producirse. El mismo autor (34) plantea los casos en los que se halla postergada la entrega de la posesión en la donación hasta el fallecimiento del donante; donde el donatario podría tomar posesión de la cosa donada y convertirse en propietario. Podría hasta abrir la sucesión si acredita este extremo y demostrando que no existen herederos legitimarios que puedan reclamar, sanear así su título. Y aún ante situaciones imprevistas se podría antes del fallecimiento del donante, recurrir ambas partes a la rescisión bilateral porque el cumplimiento del contrato no se encuentra agotado ya que no se ha entregado la posesión".-

Otros entienden que el distracto es un buen medio de subsanación ya "que estaríamos en presencia de un supuesto de extinción por frustración del fin del contrato cual es que una donación en la cadena de antecedentes impida tomar un préstamo hipotecario o no pueda circular válida y eficazmente o

pueda ser objeto de reducción por un legitimario." *"Hay frustración del fin del contrato cuando el sentido que las partes habían acordado perdió su eficacia debido a circunstancias sobrevinientes. Para ello es necesario que exista un contrato válido; un acontecimiento anormal sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes que no hubiera sido provocado por ninguna de ellas; que incida en la finalidad del contrato, de manera que malograra el motivo que impulsó a contratar al punto de hacer desaparecer el interés o la utilidad en la subsistencia del contrato"*. (35)

C)- CONCLUSIONES.

A la pregunta formulada al inicio de este trabajo **¿DESTINO INCIERTO O CIRCULACIÓN VÁLIDA?** y del análisis efectuado, entendemos que la "incertidumbre" no puede ser tenida como un valor protegido desde el punto de vista jurídico. La norma debe procurar un marco regulatorio claro en el cual puedan encuadrarse la mayor cantidad de situaciones jurídicas dejando un margen acotado para aquellos casos excepcionales de cuya interpretación y resolución se encargarán los principios generales del derecho y en última instancia los tribunales. En la redacción de documentos notariales destinados a circular el notario debe procurar la debida instrumentación de títulos suficientes. Asimismo aplicará el deber de consejo para con sus requirentes asesorando claramente respecto de las ulterioridades jurídicas de los actos que otorgan. Una hermenéutica finalista nos llevaría a interpretar que la intención del legislador se ha inclinado por dar mayor protección a la seguridad del tráfico jurídico cuando en el artículo 2445 ha concedido un prudente aumento a la porción disponible con la correlativa disminución de la porción legítima de los legitimarios. El ejercicio de la acción de reducción ante el eventual exceso de la porción disponible más la legítima del donatario, coloca al legitimario ante la posibilidad de perseguir sólo "bienes registrables" del donatario y subadquirentes demandados. PERO además, PERMITE a estos últimos (sin hacer distinción) desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima. Y ADEMÁS los protege (sin hacer distinción) de dicha acción

de reducción, en caso de haber poseído por diez años la cosa donada, computados desde la adquisición de la posesión.

Por tanto ante la existencia de factores enunciados como límites al efecto reipersecutorio de la acción de reducción, el título no puede ser observable, siendo válida e inatacable la donación. Caso contrario la donación: nacida como un dominio imperfecto eventualmente resoluble ante el acaecimiento de una condición legal compleja, podrá atacarse. Insistimos en que el donatario SIEMPRE podrá, salvo caso de insolvencia, impedir la ejecución de la condición resolutoria legal satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima (2458) o entregando la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima (2454). Siempre existirá un crédito y no podría el legitimario negarse a ser satisfecho de este modo.

Así arribamos a las siguientes conclusiones:

1)- El contrato de donación, en tanto no revista características de ilicitud o fraudulencia, debe recuperar su imagen de "acto jurídico válido y eficaz, un verdadero "título suficiente de libre circulación"; y ser considerado como "uno de los tipos contractuales regulado en la normativa vigente y perfectamente utilizable en el tráfico jurídico, generador de efectos lícitos e inobjetables".

2)- De ningún modo las llamadas donaciones inoficiosas quedan sujetas a causales de ineficacia, producto de una nulidad. Creemos que constituyen actos jurídicos válidos y perfectos, para los que en caso de ser objeto de una posible acción de reducción, el CCCN prevé mecanismos compensatorios tendientes a una indemnización substitutiva a favor de los legitimarios afectados. No parece justo que un adquirente a non domino o un poseedor ilegítimo se hallen en mejor posición jurídica que quien adquiere de su legítimo propietario, como ocurre con el donatario.

3)- La donación reputada inoficiosa constituye un caso de dominio imperfecto, sujeto a una condición resolutoria legal compleja, que se sana con el transcurso del tiempo.

4)- La intención de donante puede estar orientada no sólo a favorecer en vida a sus legitimarios sino también a gratificar a terceros sin lesionar derechos. Por

ello entendemos que si la ley no hace distinciones entre donatarios legitimarios y terceros, las soluciones deben ser similares para ambos casos. En consecuencia, en aras de la seguridad jurídica y la seguridad económica consideramos que tanto en las donaciones a legitimarios como aquellas otorgadas a terceros la acción de reducción tiene carácter personal y sus efectos reipersecutorios sólo se orientan a satisfacer un valor o suma de dinero por el perjuicio a la cuota legítima afectada pero nunca la reivindicación de la cosa donada.

5)- El plazo especial regulado por el CCCN en el artículo 2459 constituye un caso especial de prescripción adquisitiva con efecto subsanatorio cuyo acaecimiento consolida el dominio, tornándolo irrevocable e inatacable en los casos en que no se entable la acción de reducción en el plazo oportuno (art. 2560) o bien temporalmente instada, no prospere. Consecuentemente, los efectos de la muerte del donante habilitan la acción de reducción, con la posible convalidación de derechos reales adquiridos como consecuencia del efecto retroactivo de la sentencia de prescripción adquisitiva triunfante. Se agrega que durante la vida del donante el eventual heredero no tiene derecho ni acción algunos, sino simple expectativa, inoponible a la usucapión cumplida.

6)- El CCCN insta a realizar una interpretación coherente de los preceptos vinculados con la porción hereditaria disponible, los límites al efecto reivindicatorio de la acción de reducción, la limitación temporal del plazo del 2459 en pos de asegurar un ejercicio no abusivo de los derechos y una ponderación prudente y equilibrada de los valores jurídicos protegidos.

7)- El conocimiento de la existencia de una donación entre los eslabones de la cadena de antecedentes no hace presumir la mala fe del poseedor-tercero adquirente. (artículo 1919)

8)- Es importante destacar que la eventual inoficiosidad y la insolvencia posterior que permita la acción reipersecutoria, no es ostensible en un estudio de títulos, por lo que no hace presumir la mala fe del adquirente ni afecta el deber de asesoramiento del profesional interviniente en el análisis de los antecedentes.

9)- La utilización de términos como: "valor", "sumas de dinero", "complemento" en la mayoría del articulado relacionado con donaciones inoficiosas, colación y porción legítima, permiten realizar una interpretación sistémica y coherente del ordenamiento de conformidad con el artículo 2 y concluir que el donatario, subadquirente o tercero siempre podrán impedir la resolución de su derecho a través de una indemnización substitutiva.

10)- Una interpretación armónica de los artículos 382, 392 y 2457 permite entender que los terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso pueden oponer sus derechos reales constituidos a los legitimarios frente a una eventual acción de reducción.

11)- Parece ser razonable y clara la intención del legislador cuando pondera en mayor valía el principio de seguridad del tráfico jurídico frente a la protección de la legítima, ya que aumenta la porción disponible y reduce las porciones legítimas. No obstante y en pos de una armónica interpretación del conjunto de los preceptos legales y de la confección de documentos notariales inobjetables, se propone la urgente modificación de los art 2386, 2457 y 2459 en los siguientes términos:

a)-Art 2386: 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 compensarse la diferencia en dinero".

b)-Art 2457: Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. Sin embargo, la acción de reducción no podrá ejercerse contra terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso".

c)-Art. 2459: Prescripción adquisitiva legal: La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que ha poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901. El conocimiento de la existencia de la donación no hace presumir la mala fe del poseedor".

NOTAS

(1) **CAMINOS, Pedro A. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ¿UNA NUEVA GARANTÍA** Facultad de Derecho – UBA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ¿UNA NUEVA GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES? - Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año VIII, N°13, 2014 ISSN 1851-3069 la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(2) **KIPER, Claudio Marcelo.** Naturaleza del plazo para sanear una donación. Revista del Notariado N° 928 (abr-jun 2017) Pub: septiembre, 2017, pág. 54.

(3) **CARMINIO CASTAGNO, José Carlos.** Algo más sobre los actos nulos y anulables. Rev. del Notariado N° 854, pág. 52.

(4)- **LORENZETTI, Ricardo Luis.** Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Rubinzal - Culzoni. Santa Fe. 2015. Tomo II, pág. 503.

(5)- **CLUSELLAS, Eduardo G. CCYCN Comentado, anotado y concordado.** Art 332 a 342. Comentario: ARMELLA, Cristina. Astrea 2015.

(6)- **CLUSELLAS, Eduardo G. CCYCN Comentado, anotado y concordado.** Art 382 a 397. Comentario: FALBO, Marcelo M. con la colaboración de FALBO, Santiago. Astrea 2015.

(7) Doctrina del Fallo Escary c/Pietranera: (Autos: ESCARY c/PIETRANERA. Tribunal: CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL en pleno, 11 de junio de 1912)

(8) **ARMELLA, Cristina Noemí, LLORENS, Luis Rogelio y LAMBER, Rubén Augusto.** *Usufructo y Donaciones como negocios jurídicos familiares.* Carlos A. Vicino Editor. Ediciones Centro Norte. Bs. As. Nov 1990. pág. 101.

(9) **CHIAPPINOTTO, Laura A.** La donación como título suficiente. Una nueva ley, una nueva interpretación.

(10) **ARMELLA, Cristina Noemí, LLORENS, Luis Rogelio y LAMBER, Rubén Augusto.** *Ob cit. pág. 103.*

- (11) **ARMELLA, Cristina Noemí, LLORENS, Luis Rogelio y LAMBER, Rubén Augusto.** *Ob cit. pág. 104.*
- (12) **D´ALESSIO, Carlos Marcelo.** El contrato de donación en el Código Civil y Comercial.
- (13) **D´ALESSIO, Carlos Marcelo.** *Ob cit.*
- (14) **Fundamentos del Anteproyecto de CCCN.** Año 2012. pág. 272.
- (15) **D´ALESSIO, Carlos Marcelo.** *Ob cit.*
- (16) **KIPER, Claudio Marcelo.** *Ob cit.*
- (17) **LAMBER, Néstor Daniel.** Límites de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción en relación a las donaciones de inmuebles. 42° Convención Notarial Colegio de Escri. Cdad de Bs.As. 6, 7 y 8 sept de 2017.
- (18) **BONO, Gustavo A.** El Artículo 7° frente a los derechos reales: Esquema general y consideración especial de las adquisiciones por usucapión y por Donación.
- (19) **LAMBER, Néstor Daniel.** *Ob cit*
- (20) **BONO, Gustavo A.** *Ob.cit*
- (21) **BONO, Gustavo A.** *Ob.cit*
- (22) **MARTÍ, Diego M.** Donación a herederos legitimarios, Aplicación del Código Civil y Comercial. Acción de reducción. Rev.del Notariado N° 919, 2015.
- (23) **CASABÉ, Eleonora R.** ¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio? Rev. del Notariado N° 924, 2016. pág. 80
- (24) **KIPER, Claudio Marcelo.** *Ob cit.*
- (25) **KIPER, Claudio Marcelo.** *Ob cit.*
- (26) **ARMELLA, Cristina Noemí.** La donación inmobiliaria y su carácter observable frente al derecho sucesorio.

(27) Conclusiones: 39ª Jornada Notarial Bonaerense, 2015, Col. Esc. Pcia. de Bs.As., T. 9, pág. 55).

(28) **CHIAPPINOTTO, Laura A.** Ob cit

(29) **ETCHEGARAY, Natalio P.**, "Donación a herederos legitimarios en el Código Civil y Comercial", LA LEY, 2015-D, 885.

(30) **MANGANARO, Pablo Luis.** 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.

(31) **ABELLA, Adriana.** Donación inoficiosa Subsanación. Interpretación de la aplicación de la ley según la fecha del acto. Cuadernos de Apuntes Notariales N° 148. Abril, 2017 Asesoría Notarial Personalizada Col. Escrib. Prov. Bs. As.

(32) Conclusión de la 41ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (junio 2015), en la que se afirmó: El "donatario legitimario" de un bien inmueble que se le haya transmitido a título de donación en vigencia del Código Civil de la Nación (Vélez Sarsfield); y/o el subadquirente de un bien inmueble, que tiene como antecedente una donación a heredero legitimario; tienen y tendrán, una vez que entre en vigencia la Ley 26994, nuevo Código Civil y Comercial, un "dominio perfecto", no pasible de ser atacado por los distintos alcances de las acciones de protección de la legítima que prevé el nuevo régimen.

(33) **DI CASTELNUOVO, Gastón R.** El distracto. Medio inadecuado para bonificar títulos que emanan de una donación. Rev.Not N° 919, pág 497.

(34) **DI CASTELNUOVO, Gastón R. y LLORENS, Luis Rogelio.** La donación con transmisión de dominio y entrega de posesión aplazada. Rev.Not N° 978, pág 797.

(35) **HERNÁNDEZ, Carlos A.** Suspensión y extinción del contrato. pág. 56. Rubinzal Culzoni 2015.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLA, Adriana. Donación inoficiosa Subsanción. Interpretación de la aplicación de la ley según la fecha del acto. Cuadernos de Apuntes Notariales N° 148. Abril, 2017 Asesoría Notarial Personalizada Col. Escrib. Prov. Bs. As.

ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado, Tratado exegético 2da. Ed. Tomo VII. Editorial La Ley. Art. 1565.—Donaciones inoficiosas.

ARMELLA, Cristina Noemí. *La donación inmobiliaria y su carácter observable frente al derecho sucesorio.*

ARMELLA, Cristina Noemí, LLORENS, Luis Rogelio y LAMBER, Rubén Augusto. *Usufructo y Donaciones como negocios jurídicos familiares.* Carlos A. Vicino Editor. Ediciones Centro Norte. Bs. As. Nov 1990. pág. 101.

BONO, Gustavo A. El Artículo 7° frente a los derechos reales: Esquema general y consideración especial de las adquisiciones por usucapión y por Donación.

CAMINOS, Pedro A. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ¿UNA NUEVA GARANTÍA Facultad de Derecho – UBA. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ¿UNA NUEVA GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES? - Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año VIII, N°13, 2014 ISSN 1851-3069 la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. Algo más sobre los actos nulos y anulables. Revista del Notariado N° 854, pág. 52.

CASABÉ, Eleonora R. ¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio? Revista del Notariado N° 924, 2016. pág. 80

CRUSELLAS, Eduardo G. CCYCN Comentado, anotado y concordado. Astrea 2015.

CHIAPPINOTTO, Laura A. La donación como título suficiente. Una nueva ley, una nueva interpretación.

D´ALESSIO, Carlos Marcelo. El contrato de donación en el Código Civil y Comercial.

DI CASTELNUOVO, Gastón R. El distracto. Medio inadecuado para bonificar títulos que emanan de una donación. Rev. Not N° 919, pág 497.

DI CASTELNUOVO, Gastón R. y LLORENS, Luis Rogelio. La donación con transmisión de dominio y entrega de posesión aplazada. Rev. Not N° 978, pág 797.

ETCHEGARAY, Natalio P., "Donación a herederos legitimarios en el Código Civil y Comercial", LA LEY, 2015-D, 885.

Fundamentos del Anteproyecto de CCCN. Año 2012. pág. 272.

HERNÁNDEZ, Carlos A. Suspensión y extinción del contrato. Rubinzal Culzoni 2015.

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2015.*

KIPER, Claudio Marcelo. Naturaleza del plazo para sanear una donación. Revista del Notariado N° 928 (abr-jun 2017) Pub: septiembre, 2017, pág. 54.

LAMBER, Néstor Daniel. Límites de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción en relación a las donaciones de inmuebles. 42° Convención Notarial Col. Esc. Cdad de Bs.As. 6, 7 y 8 de septiembre de 2017.

LAMBER, Néstor Daniel. Cuaderno de apuntes notariales N°133. Enero 2016 Col. Esc. Prov. Bs.As. Donación a favor de terceros. Cómputo del plazo de prescripción (art. 2459)

LORENZETTI, Ricardo Luis. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Rubinzal - Culzoni. Santa Fe. 2015.

MANGANARO, Pablo Luis. 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.

MARTÍ, Diego M. Donación a herederos legitimarios, Aplicación del Código Civil y Comercial. Acción de reducción. Revista del Notariado N° 919, 2015.

SILVA, Roque. Donaciones en el nuevo Código Civil y Comercial

ZINNY, Mario Antonio. Nulidades. Instrumentos Públicos. Mandato, Apoderamiento y Poder de Representación. Ad-Hoc 2010.

Doctrina del Fallo Escary c/Pietranera: (Autos: ESCARY c/PIETRANERA. Tribunal: CÁMARA NACIONAL EN LO CIVIL en pleno, 11 de junio de 1912)

Conclusiones: 39^a Jornada Notarial Bonaerense, 2015, Col. Esc. Pcia. de Bs.As., T. 9, pág. 55).

Conclusión de la 41^a Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (junio 2015).