



DONACIONES - NECESIDAD DE MODIFICAR EL ARTÍCULO 2458 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Gabriel B. VENTURA*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I) Un poco de Historia vinculada a la Nueva Norma del Art. 2458 del Código Civil y Comercial.
- II) La obsesiva defensa de la legítima de los Herederos Forzosos
- III) El Orden Público Imperante en el tema.
- IV) También el Orden Público impera en los Títulos de Derechos Reales.
- V) La regulación adecuada.
- VI) No pueden coexistir el Art. 2458 y el Art. 2315 en el mismo Cuerpo Legal.
- VII) Nuestra propuesta de modificación.

*Profesor Titular de Derechos Reales y de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Católica de Córdoba. Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Introducción

A nadie escapa la dificultad que se genera al considerar que la donación resulte un título “observable”; expresión usada para significar lo endeble de la propiedad sostenida en esa causa de adquisición. Los motivos porque ha ocurrido así en el derecho argentino, son puramente históricos y no responden, en nuestra opinión, a una verdadera causa ontológica.

No podemos ignorar el grave trastorno que se genera en el tráfico inmobiliario con motivo de dispositivos como el del 2458 del nuevo CCCN.

Este tipo de normas, sobre todo por su efecto reipersecutorio, constituyen un gran obstáculo para la libre circulación de la riqueza y el engrandecimiento de la economía nacional. Bien es sabido que todo buen legislador debe procurar la libre transferencia de los derechos, porque con ello se logra que la riqueza quede en quién está interesado en su utilización y en hacerla producir en su caso.

Por ello el art. 398 del CCCN, en posición antinómica a lo que venimos exponiendo, categóricamente sienta una muy atinada regla general: “*Todos los derechos son transmisibles...*”. Pues bien, a ello no se puede llegar si los títulos de los derechos reales, en especial los que instrumentan causas de adquisición de inmuebles, sugieren cierta inestabilidad o falta de firmeza.

Por otra parte, con una norma restrictiva, que genera dudas sobre las titulaciones dominiales, en especial sobre inmuebles, amén de atentarse contra la libertad de los negocios y desincentivar el crédito, se fomenta la necesidad, casi ineludible, de simular negocios onerosos donde no los hay.

En este problema se encuentra afectada la seguridad jurídica, tanto en su faz estática o seguridad del derecho subjetivo, como en su aspecto



dinámico, o seguridad del tráfico y del crédito. Los bancos ponen objeción para otorgar créditos a quienes ostentan títulos provenientes de donación; los propietarios obtienen menores precios por sus propiedades si han sido adquiridas por donación; ello aún cuando lo hubieren sido luego de dos o más adquisiciones sucesivas, etc.

Creemos que a ningún jurista puede pasarle por alto la objetividad de nuestras precedentes apreciaciones. Pero es justo reconocer, sin embargo, que en diversas oportunidades, por motivos superiores aún a la seguridad jurídica, el legislador debe hacer primar otro valor, aunque éste presente una calidad inferior axiológicamente hablando. Esta actitud del legislador, proceder subvirtiendo “*prima facie*” los valores, si se nos permite la expresión, solo puede admitirse cuando existan motivos realmente muy justificados.

Pues bien, en estas reflexiones nos proponemos demostrar que no existen tales motivos para defender de manera tan extrema la legítima de los herederos forzosos. Por lo menos los supuestos objetivos esgrimidos no tienen la suficiente entidad como para desbaratar la seguridad jurídica inmobiliaria. Es lo que lamentablemente ha ocurrido al brindarse efecto reipersecutorio a la acción de reducción del heredero preterido, tal como lo hace el artículo 2458 del Código Civil y Comercial.

I. Un poco de historia vinculada a la Nueva Norma del Art. 2458 del Código Civil y Comercial

En verdad el tema no puede comprenderse acabadamente sin hacer al menos un brevísimo resumen histórico de lo regulado en el art. 2458 del nuevo CCCN.



La mencionada norma del art. 2458 CCCN, hace perseguible respecto de terceros una cosa mueble o inmueble que hubiere sido donada o legada lesionando la porción legítima de algún posible heredero. No podemos negar, como dijimos al comienzo, el trastorno que ello genera en la circulación de los bienes inmuebles en cuyo encadenamiento hubiere una donación. La situación repercute en la falta de acceso al crédito y la pérdida de valor venal de los bienes así adquiridos; pero no solo respecto del donatario directo, sino, como la norma indica, en relación a cualquier adquirente sucesivo.

Hay que comenzar por destacar que esa norma replica la injusta realidad que la interpretación doctrinaria hacía de la norma del art. 3955 del Código Civil derogado. Ella repercute en la observabilidad de las donaciones.

Corresponde igualmente destacar que esta precariedad de los títulos de donación, no estaba en el esquema originario de nuestro Primer Codificador, o al menos podríamos decir que era dudoso que estuviera. En efecto, Vélez expresamente había aclarado respecto de la firmeza de los títulos de donación en la nota al artículo 3477 del Código derogado. Recordemos que en ese artículo se disponía que los herederos, tanto ascendientes como descendientes, debían reintegrar al acervo hereditario los valores que hubieren recibido en vida por el donante. Pero, como adelantáramos, en la nota a dicha norma expresaba el fundamento por el que solo hablaba de valores y no de las cosas mismas. Textualmente puede leerse en Vélez: *“Designamos los valores dados por el difunto, y no las cosas mismas, como lo dispone el Cód. Francés. La donación fue un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donante, y este ha podido disponer de ellas como dueño. Ese dominio no se revoca por la muerte del donante...”*.



Como puede advertirse la opinión del Gran Codificador estaba más que clara en esa nota; si bien las había vertido en lo referente a la acción de colación, nadie podría dudar que están referidas a la donación como contrato traslativo, con total abstracción de la acción que pretendiera agredir el título.

Creemos que debemos admitir, sin que se diga que es una opinión tendenciosa, que Vélez estaba convencido de la bondad del título de donación; puesto que el donatario, como lo dice en sus palabras, habría podido traspasar legítimamente la cosa a un tercero, ajeno a la sucesión hereditaria. Dicho sea de paso, cuando se refiere a la acción de reducción en el artículo 3955, Vélez también apunta a la doctrina francesa a la que había criticado previamente en la nota parcialmente transcripta más arriba¹. Siendo así, no resulta lógico, a nuestro parecer, pensar que el Sabio Jurista Argentino haya reservado esa opinión solo para la colación y no para la reducción, cuando él mismo critica justamente la idea de disponer que pueda recuperarse la cosa misma (típico de un efecto reipersecutorio), como dispone el Código Francés, a cambio de requerir solo los valores, evitando la subversión de la seguridad estática y dinámica en materia inmobiliaria.

Lo cierto es que a esta situación poco clara, sobre todo atendiendo a lo normado en el art. 3955 del viejo Código, que aludía a una supuesta acción de reivindicación² por el heredero que hubiere sido burlado en su legítima, generó, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, dos fuertes corrientes de opinión, sostenidas ambas por enjundiosos juristas nacionales.

El verdadero punto de inflexión, que es ya de larga data, se dio cuando en 1912 se dictó el conocido fallo plenario en autos “Escary contra

¹ En efecto, en la nota al art. 3955 se remite a lo anotado respecto del art. 3953, y allí cita a Aubry y Rau, a Marcadé y a Trolpong. Todos ellos franceses y que integran el grupo de los llamados anotadores del Código Francés.

² Recordemos que la acción reivindicatoria, regulada en el art. 2248 y 2255 del CCCN, como regla general, permite recuperar la cosa en manos de quien se encuentre. Justa-mente por ello es una acción real y no personal. También era así en el viejo Código de Vélez, art. 2758.

Pietranera”³. El caso que lo motivó fue la demanda del vendedor de un inmueble mediante contrato privado cuando el comprador se negó a seguir abonando el precio, dado que, según adujo, el título del vendedor no era perfecto pues provenía de una donación que podría llegar a considerarse inoficiosa, y posibilitar la acción de reivindicación prevista en el art. 3955 del Código Civil⁴. Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que este fallo plenario, “Escary c/ Pietranera”, dio una destructiva firmeza al error interpretativo que ya se venía pergeñando. En efecto, a partir de ese momento las donaciones entraron en franca decadencia como títulos firmes para la adquisición dominial⁵.

No importaba para estos desprevenidos intérpretes que un último adquirente hubiera ignorado si la donación antecedente quitaba la legítima de algún heredero forzoso; bastaba con que ello ocurriera para que, sin más, la errada hermenéutica confiriera la acción contra quien fuere su actual y legítimo propietario. Así, ejemplificando lo absurdo diremos que, si Juan donó una casa a Pedro, éste la vendió a Enrique y finalmente Enrique volvió a venderla a José, el heredero de Juan podrá, si al salir ese bien del patrimonio del causante mediante la donación se hirió su legítima, accionar en contra de José exigiéndole la entrega de la cosa.

Sin embargo, no podemos dejar de remarcar, para ser justos, las clarísimas expresiones del Dr. Federico Helguera, voz cantante de la minoría en el plenario citado, que con una para nosotros incuestionable lógica, expresó que “Considerada la mencionada disposición legal (3955 C.C.), como acor-

3 J.A. Año III, Nº 31.

4 D’ALESSIO, Carlos M. (Director), María T. ACQUARONE, Norberto R. BENSEÑOR y Eleonora CASABÉ: “Teoría y Técnica de los contratos, Instrumentos Públicos y Privados”, Ed. La Ley, Bs.As. 2007, Tomo I, pág. 545 y 546. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. Ob.cit. pág. 349, 350.

5 DI CASTELNUOVO, Gastón: “El Distracto”, Ed. Fundación Editora Notarial, Bs.As. 2002, pág. 9 y 10. Véase igualmente VENTURA, Gabriel B. “La renuncia a la colación en las frecuentes fórmulas notariales – (“Desheredación consentida”)”, en Anuario de Derecho Civil, Ed. EDUCC – Alveroni, Córdoba, 2011, pág. 196.



dando una acción reivindicatoria al heredero contra los poseedores de inmuebles donados, importa indirectamente hacer ineficaces y peligrosas las donaciones y afectar a los títulos de propiedad de vicios que los invaliden e impidan su tramitación. Las consecuencias de tal sistema no pueden traer sino trastornos y dificultades y mantener permanentemente sobre los dueños de bienes raíces una amenaza que hace ilusorio su derecho (...)"⁶. Como si fuesen palabras premonitorias, las donaciones comenzaron a tener esa estigmática naturaleza, que efectivamente ha traído los trastornos indicados a los que aludía el Dr. Heguera. Entre ellos miles y miles de simulaciones diarias, que no podemos condenar del todo, procuran evitar el arbitrario efecto reipersecutorio⁷.

Pero corresponde aclarar, para tener una mayor conciencia del nefasto efecto de esta interpretación, que poco importaba si el donatario tuviera o no herederos legítimos, o si éstos hubieran sido heridos en su porción legítima por la donación efectuada. Al adquirente posterior, o al posible acreedor hipotecario, esas circunstancias le tendrán sin cuidado, directamente no adquiere o no acepta la hipoteca sobre ese bien. No sería dable que el interesado en adquirir, o el Banco que otorgue el crédito se pusiera a investigar; por otra parte no sabría qué investigar.

¿Puede acaso endilgarse mala fe en quien, aun analizando y estudiando los títulos antecedentes advierte una donación entre los mismos?; ¿basta con que aparezca dicho contrato en el tracto para considerarlo de mala fe?; ¿puede exigirse al adquirente que se informe de la situación familiar de todo donante cuando encuentre entre los antecedentes de su vendedor una donación, para tener la certeza de que no se vulneró ninguna legítima?

6 J.A. Año III, Nº 31. El plenario se vota en mayoría, por cinco contra cuatro. El paréntesis aludiendo a la norma, es nuestro.

7 Ver VENTURA, Gabriel B. "La Desprotección de la Legítima en el Código Civil y en el Proyecto 2012". JA – 2013



En su caso ¿cómo hacerlo?

Debe tenerse presente la distancia temporal que puede haber entre la venta actual y la donación que aparece en el encadenamiento. Si bien ahora el plazo se ha reducido a los diez años previstos en el art. 2459 del CCCN, aún ese lapso es demasiado largo para dejar fuera del comercio dicho inmueble y para poder efectuar investigación retrotrayéndose al momento de la donación.

Sin dudas, con una regulación como la que interpretó el Plenario citado, y la prevista en el CCCN, en estos casos, para poder conocer la buena o mala fe de un comprador, descartando cualquier fantasma de reducción, antes de cumplidos los diez años del art. 2459, se debería acudir a un investigador profesional, que no necesariamente sea operador del derecho. Éste debería indagar a los vecinos en estrecha relación con el donante; averiguar cómo estaba compuesto su grupo familiar, si tenía o no hijos con derecho a legítima. Pero para más, esto tampoco sería suficiente, pues bien podría ocurrir que el causante tuviere hijos extramatrimoniales de los que, ni su cónyuge, ni menos sus vecinos, tuvieran noticia.

Por otra parte, aún cumpliendo con todas estas diligencias que podría exigirsele a un comprador de un bien que alguna vez fue donado, o a un acreedor hipotecario, de nada le servirá en fin, pues aunque el mismo adquirente estuviese firmemente convencido de la inexistencia de causales de reducción o de la prescripción de la acción, ni el futuro adquirente, ni el banco que pudiera otorgar un crédito le creerán, ni se tomarán la molestia de averiguarlo por sus propios medios. Directamente negará el mutuante todo crédito en basamento de ese título y perderá su vocación de comprador el interesado, o exigirá un precio acorde a la supuesta “observabilidad” de



este título, francamente inferior al real.

Estimamos que lo absurdo de este relato, un tanto novelado, facilita la respuesta: La sola existencia de una donación no autoriza a presumir mala fe en el adquirente. Todo lo contrario, si algo habremos de presumir en relación a la buena o mala fe de cualquier persona, en el ámbito civil, será justamente la buena fe, tal como lo hace el legislador en cuanta norma alude a ella. Por ello hacer procedente una acción con efecto reipersecutorio en caso de reducción por un heredero preterido, resulta una situación que subvierte todo el sistema jurídico inmobiliario.

Luego de este fallo, los notarios, en su noble objetivo de brindar la mayor seguridad a los negocios inmobiliarios, aplicaron, lo que de nuestra parte consideramos correcto cuando se trata del ejercicio del notariado latino: “el criterio del máximo rigor”; pues no puede correrse el riesgo de la observación respecto de la bondad o no de un título sobre inmueble. Téngase presente que el legislador, tanto en el Código de Vélez, como en el nuevo CCCN, descansan en el asesoramiento correcto de los requirentes, y la perfecta instrumentación notarial de estos funcionarios expresamente preparados, tanto en teoría como en técnica, para lograr estos menesteres.

Es por ello que en ambas legislaciones, la derogada y la nueva, se impone la forma escritura pública, para casi todas las operaciones sobre inmuebles (art. 1184 de Vélez y 1017 del CCCN). Se quiere garantizar con ello, la mentada seguridad en el ámbito inmobiliario, tanto estática o del derecho subjetivo, como dinámica o del crédito.

Se procura pues que nadie se atreva tan siquiera a dudar de la propiedad de los sujetos involucrados en los negocios inmobiliarios. Sin dudas



este celo legislativo en la formalidad, responde también, en alguna medida, a la aplicación de la regla “res mobili res vile” heredada de nuestro sistema romanista. Se toman muchas más precauciones sobre la seguridad en las cosas inmuebles que en las muebles, como resultado de esta sana herencia.

Lo cierto es que las disputas subsistieron, hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, que directamente en su art. 2458, titula y consagra de manera indiscutida la reipersecución de la reducción, según hemos esbozado en los párrafos precedentes.

Una cierta y curiosa indiferencia en legisladores, jueces y doctrina, aparecen en connivencia con la injusta interpretación que ya se había dado respecto del viejo art. 3955 del Código de Vélez. Téngase presente que la inicua norma consagrada en el 2458 del nuevo CCCN, amén de generar una gran inseguridad, obliga a los “donantes” a simular ventas, justamente para evitar el nefasto efecto reipersecutorio, que, por otra parte, se abstrae del cumplimiento efectivo del supuesto normado; es decir el propietario por donación, o subadquirente de éste, no podría solicitar crédito aunque demostrara que el donante no tiene hijos ni ningún otro heredero con llamamiento imperativo. A esto se agrega que el citado efecto acompañará a los adquirentes sucesivos, sean dos o más los sujetos involucrados en el encadenamiento.

Creemos que no puede condenarse moralmente a un donatario, porque simule su donación tras una venta; no tiene otra forma de donar con firmeza un bien en agradecimiento a un amigo, o a su compañera de toda la vida, etc. Es por ello que, ya en otras oportunidades, habíamos manifestado que estas simulaciones eran “simulaciones legítimas”, apartándonos expresamente de las técnicas expresiones “lícitas o ilícitas” utilizadas en la norma



del art. 334 del CCCN⁸.

Lamentablemente, con la nueva norma del art. 2458, pareciera que más que haberse buscado una solución justa, aprovechando la nueva legislación, se hubiere querido la demostración por parte de un sector, de que estaban en lo cierto en la interpretación que hacían de atribuir efecto reipersecutorio a la acción de reducción.

Dice el art. 2458 del CCCN, 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”*.

II. La Obsesiva defensa de la legítima de los Herederos Forzosos

Antes de referirnos a la defensa de la legítima que, con la interpretación del Plenario Escary contra Pietranera y con el nuevo art. 2458 del CCCN se ha llevado a un extremo exagerado y dañino, creemos necesario advertir que no estamos en contra de esa tutela. En efecto, compartimos y creemos de provecho, proteger la porción legítima de los herederos forzosos; pero ese resguardo debe limitarse, tal como creemos que lo proponía Vélez, tan solo respecto del donatario directo, o al valor de lo donado, cuando el donatario ya hubiere dispuesto de la cosa a un tercero de buena fe. Recordemos, como quedó dicho más arriba, que para nuestra opinión, la existencia de la buena fe no se destruye porque se haya advertido una donación en el transmitente o en su encadenamiento dominial previo. Esto da justificación al calificativo de “obsesiva” con que encabezamos este título.

8 VENTURA, Gabriel B. “La Desprotección de la Legítima...” ob. cit. Pág. 12, 13

Con la tutela de la legítima, tanto en el Código de Vélez, como en el nuevo CCCN, el legislador ha querido evitar que la familia, como institución que cobija, protege y brinda las bases para la formación integral del individuo, y que se caracteriza por un alto grado de solidaridad entre sus componentes, se vea desvirtuada en sus fines por una liberalidad excesiva a favor de alguno de sus miembros o de un tercero, desprotegiendo o desvirtuando esos logros respecto de los otros herederos que pudieren existir⁹.

Podemos definir la porción legítima de manera sencilla, expresando que es la parte de la herencia de la que no pueden ser privados los herederos forzosos, ni por donaciones que hubiere efectuado el difunto en vida, ni por disposiciones testamentarias. Nuestro concepto se determina con lo normado en los arts. 2444 al 2461 del CCCN. Complementa nuestro concepto el art. 2337 del Código Civil y Comercial, que refiriéndose a los herederos forzosos expresa que *“Si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante...”*.

Cada una de estas categorías de herederos, descendientes, ascendientes y cónyuge, depende en cierta medida de la existencia o inexistencia del anterior. Así, sólo si no hay descendientes, heredan los ascendientes más próximos en grado (art. 2431 CCCN) y el cónyuge, a quien corresponde la mitad de la herencia (art. 2434); pero si hubiere descendientes, los ascendientes no heredan, y el cónyuge lo hace en igual parte que los descendientes (art. 2433). En ningún caso el cónyuge tendrá parte alguna en los bienes gananciales (art. 465 CCCN) que correspondan al fallecido cuando concurra a la herencia junto con los descendientes, según lo dispone el citado art. 2433 del Código Civil y Comercial.

⁹ VENTURA, Gabriel B. “El valor de la donación como título al dominio” En J.A. Número Especial de Derechos Reales. JA – 2012 – IV.



La mitad de los bienes gananciales corresponderá al cónyuge supérstite, según lo determinado en el art. 498 del CCCN, que regula lo relativo a la liquidación de la sociedad conyugal; pero ello no le corresponderá en su carácter de heredero, que sin dudas también lo es, sino por ser copartícipe en la comunidad de gananciales o socio de la sociedad conyugal. Ocurre que el fallecimiento del cónyuge, genera dos comunidades o universalidades: la comunidad de gananciales, y la llamada de los “proherede” o comunidad hereditaria. Pues bien, en la liquidación de la comunidad de gananciales, por fallecimiento de uno de los esposos, corresponde al supérstite la mitad, según la norma citada, y la otra mitad corresponderá a los descendientes en su carácter de herederos.

El art. 2444 expresa que *“Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, ascendientes y el cónyuge.”*

Como puede advertirse, las normas transcriptas se refieren exclusivamente a los herederos con “llamamiento imperativo”; es decir los herederos forzosos, o legitimarios¹⁰.

La protección de estas porciones se hace aplicable tanto a las donaciones hechas por el causante a alguno de sus herederos forzosos, o a terceros extraños sin vocación hereditaria (arts. 2450 y 2451 CCCN), como a las disposiciones testamentarias (art. 2452).

Es esta situación, sobre todo la donación en vida por el difunto a terceros extraños a la herencia, lo que más convoca nuestro interés y nuestra

¹⁰ Corresponde distinguir dentro del llamamiento a suceder, el denominado “llamamiento imperativo” que corresponde justamente a los herederos forzosos o legitimarios, que son los mencionados en el artículo; el “llamamiento supletorio” que se aplica en los supuestos en que la sucesión se defiere a herederos colaterales; y finalmente el “llamamiento testamentario”, cuando el causante ha otorgado testamento, instituyendo herederos o efectuando legados. Ver sobre el punto ASPIRI, Jorge O. “Derecho Sucesorio”, 4ta. Ed. Hammurabi, Bs.As. 2006, pág. 589, 590, que aunque referido al Código derogado, tiene aplicación también al nuevo CCCN.



crítica. No por las normas que hemos mencionado, sino por el efecto reipersecutorio que en tutela de la dicha porción legítima otorga el ya mentado art. 2458 del Código Civil y Comercial.

El art. 2450 ya citado, otorga al heredero legitimario la posibilidad de demandar la reducción de las donaciones inoficiosas, exigiendo que se le entregue su porción legítima, sea que las mismas se hayan efectivizado a otros herederos forzosos o a terceros ajenos a la herencia. Puede pedir solo el complemento cuando lo que ha quedado no alcanza a satisfacer la cuantía de la legítima (art. 2451). También el art. 2386 confiere al heredero la posibilidad de exigir la reducción cuando la donación se hubiere hecho al cónyuge o a un descendiente, hiriendo su legítima.

Ello quiere decir que, con independencia de las preferencias, afectos y rencores particulares que pueda haber sentido el difunto por cada uno de sus herederos, éstos tienen la certeza, fundada en ley, de que no podrán ser privados de todo, obvio está, si no han incurrido en algunas de las causales de indignidad previstas en el Código Civil y Comercial a partir del art. 2281, que se hiciere valer luego de abierta la sucesión (art. 2283 CCCN).

De la porción legítima reservada para cada heredero en los casos previstos, surge por oposición, la “porción disponible” por parte del testador o donante. Se presenta así, la institución de la legítima, como un freno o tope a la facultad dispositiva por contratos gratuitos o testamentos, cuyo cálculo resulta de la deducción o resta que hagamos de la porción legítima de cada heredero, respecto al patrimonio del causante al momento de abrirse la sucesión.

En definitiva, nuestra ley civil y comercial confiere a los herederos



forzosos, es decir a los hijos, ascendientes y cónyuges, una porción de los bienes, que su propietario tiene un cierto deber de respetar. Justamente decimos “un cierto deber”, porque en realidad la ley no le prohíbe hacerlo, sino que considera ineficaces los actos respecto de los herederos legitimarios, cuando éstos decidan impugnarlos, limitándolos a la porción disponible del causante¹¹.

III. El Orden Público imperante en el tema

Esta intención tutelar puesta de manifiesto en el CCCN en todas las normas que venimos mencionando, surge con énfasis no sólo de la importancia que el legislador da a los supuestos regulados, sino del hecho de hacer aplicable a las mismas la regla de Papiniano¹², en cuanto a la imposibilidad de los particulares de alterar o dejar sin efecto las normas en las que esté interesado el orden público, según lo determina categóricamente el art. 2449 del Código Civil y Comercial. En efecto, se atribuye al Sabio Jurisconsulto Romano, el proloquio “*ius publicum privatorum pactis non potest*” (“Las normas de orden público no pueden ser alteradas por pactos particulares”), transcrito casi literalmente en el art. 12 del Código Civil y Comercial de la Nación¹³. En nuestro caso, se hace aplicable por la citada norma del art. 2449, que dispone que “*Es irrenunciable la porción legítima de una sucesión*

11 COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H.; “Contrato de Donación”, Ed. Hammurabi, Bs.As. 2011, pág. 346 a 348. VENTURA, Gabriel B. “El valor de la donación como título al dominio”, Ob.cit.

12 Recordemos que Aemilius Papinianus, junto con otros cuatro jurisconsultos romanos (Gayo, Paulo, Ulpiano y Modestino) estaba incluido en la ley de citas del año 426. Ver al respecto Eugène PETIT, “Tratado Elemental de Derecho Romano”, Trad. por Manuel Rodríguez Carrasco, Ed. Araujo, Bs. As. 1943, pág 43 y ss.

13 El orden público está constituido por todos los valores, políticos, sociales, jurídicos y económicos que se consideran en un orden jurídico determinado, como esenciales o fundamentales para toda la comunidad (Público). Hay algo de coyuntural en su concepto y algo de ideológico. Por ejemplo en los regímenes totalitarios, en donde el Estado pasa a ser el principal protagonista, lo de público involucrará necesariamente los intereses estatales; mientras que si el régimen es más participativo, lo de público aludirá a la conveniencia social y colectiva de los administrados. Pero siempre deben considerarse intereses fundamentales a veces involucrados en una palabra sofisticada, que aparece como necesidad imperiosa frente a una problemática del momento: Ej. El problema de la vivienda, el problema de la desocupación, el problema de la corrupción. Ver sobre orden público: SALVAT, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Tomo I, Ed. TEA, Bs.As. 1958, pág. 148; ALLENDE, Guillermo L. “Panorama de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Bs.As. 1967, pág. 65 y ss; GATTI, Edmundo, “Derechos Reales – Teoría General”, Ed. Lajouane, Bs. As. 2006, pág. 119 a 121.

aún no abierta". Con igual criterio, pero referido a las herencias futuras en general, el art. 1010 del CCCN prohíbe que las mismas sean objeto de contratación¹⁴. Obviamente, una vez abierta la sucesión, la legítima puede renunciarse, expresa o tácitamente, y también puede constituir el objeto de un contrato.

IV. También el Orden Público impera en los Títulos de Derechos Reales

Debemos tener presente que, cuando el legislador determina el orden público respecto de alguna institución, tácitamente nos está diciendo que considera de suma importancia lo regulado; pero también, y más técnicamente, apunta a la aplicación imperativa de los preceptos que la regulan, según la mentada regla de Papiniano que hemos explicado más arriba. Por ello, para apreciar totalmente el conflicto generado por el artículo 2458 del CCCN objeto de nuestro análisis, corresponde aclarar que, si bien en la cuestión de la legítima (art. 2444 y ss. del CCCN) está en juego el orden público (art. 2449), también lo está en todo lo referido a los derechos reales, y más aún cuando éstos recaen sobre inmuebles. En efecto, la doctrina especializada se ha pronunciado en tal sentido. Así, podemos leer en Highton: "(...) *el régimen legal de los derechos reales está dominado por el orden público, mientras que el de los derechos personales está basado en la autonomía de la voluntad. De ello se desprende que la reglamentación del código civil en materia de derechos reales es inderogable y que, por el contrario, en cuanto a de-*

14 La norma reitera el pronunciamiento que contenía ya el Código de Vélez, en el art. 1175. Dicho sea de paso, es también en esta norma, tanto la de Vélez, 1175, como la del CCCN, art. 1010, que se prohíben las cesiones de derechos hereditarios sobre bienes determinados. Sin embargo este tipo de cesiones se venían instrumentando en casi todo el País. Ver sobre el particular VENTURA, Gabriel B. "Cesión de Derechos Posesorios", Abeledo Perrot, Córdoba, Agosto de 2008, pág. 843 (nota 13); trabajo en el que analizá-bamos, entre otros temas, los bienes no cesibles. También tocamos el tema, a propósito de la registración de las cesiones en algunas demarcaciones, en nuestro "Ley 17801. Registro de la Propiedad Inmueble – Comentada. Anotada", Ed. Hammurabi, Bs.As. 2009, pág. 95 y 96. En el nuevo CCCN, se procura evitar esta costumbre contralegem, disponiendo la validez del contrato solo en el caso en que el bien sobre el que recae, sea adjudicado al transmitente (art. 2309 CCCN).



rechos personales, es supletoria”¹⁵.

Con todo ello queremos expresar que si el fundamento de tan injustificado efecto reipersecutorio radica en el orden público que impera respecto de la porción legítima, tal argumento quedaría totalmente neutralizado frente al orden público que también gobierna el régimen de los derechos reales (art. 1884 CCCN).

Por otra parte, con la tutela a la legítima basada en el efecto reipersecutorio, a favor del heredero preterido, se defienden los intereses de un solo sujeto, y se genera en cambio una inseguridad en el tráfico inmobiliario y un estancamiento del crédito, que repercute en toda la comunidad.

V. La Regulación adecuada

La regulación que estimamos sería adecuada a los intereses en juego, evitando la injusticia que genera la norma del art. 2458, pasa por hacer inoponible la donación al heredero preterido. Como expresa Alterini, la reducción no sería sino la consecuencia de la inoponibilidad (ineficacia funcional relativa) del acto de donación respecto del heredero supuestamente preterido¹⁶, según lo receptado en el art. 382 CCCN que dispone que “*Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas*”. Agregamos de nuestra parte que dicha inoponibilidad debe limitarse solamente en relación al donatario directo; es decir al que recibió la cosa donada directamente del causante. No debe transformarse pues la donación en lo que podríamos llamar una suerte de “vicio real” que acompañe a la cosa hasta la prescripción de la acción (art.

15 ALLENDE, Guillermo L. “Panorama de Derechos Reales”, Ed. La Ley, Bs.As. 1967, pág. 65, 66. Igualmente HIGHTON, Elena I. en su “Lineamiento de derechos reales”, Ed. Ad-hoc, Bs.As. 1991, pág. 45; VENTURA, Gabriel B.; “Algunos aspectos de la usucapión en la propiedad horizontal”, en “Prescripción”, Ed. Alveroni, Córdoba, 2005, pág. 219. VENTURA, Gabriel B.; “Análisis de la Ley Nacional de Catastro 26209. Hacia una reglamentación adecuada”, Bs.As. (16/5/2007) JA, 2007, Fascículo 7, pág. 3.

16 ALTERINI, Jorge H.; “Resolución de los Contratos y Dominio Revocable”, en El Derecho, 50 – 639 – 40.



2459 y 2560 CCCN); ya que ello subvierte la seguridad jurídica inmobiliaria y obliga al donante a una simulación.

Es importante reafirmar el carácter de inoponibilidad, porque de ello deviene, como lógica consecuencia, la legitimidad y validez del acto, tal como debe serlo, en honor a la seguridad jurídica que debe imperar en los derechos reales sobre inmuebles.

Por otra parte es la opinión que ya sustentaban los grandes maestros del derecho civil, Colmo, Lafalille, Alterini, Di Castelnuovo, entre otros¹⁷. Concluimos pues que lo que debería ser característico de la acción de reducción, es que sólo debe poder ejercerse en contra del donatario o legatario directo, y no contra los terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso. En suma y para hablar más técnicamente, dicha acción, como regla general, no debe tener el efecto reipersecutorio que el art. 2458 le atribuye.

Afirmando nuestra crítica negativa al precepto referido, acudimos a la autoridad de Colmo, quien en autos “Viero v. Bonahora”, cuando el destacado Jurista era vocal de la Cámara I ra de la Capital, del 12/08/1927, dijo que “(...) preceptos como el del art. 3955 (hoy art. 2458 del CCCN) deben ser entendidos con relación a los casos en que la reivindicación es efectivamente posible, ya por mala fe en la última adquisición, ya porque la adquisición de referencia es gratuita (...) De otra suerte, la circulación de los valores, que es todo un postulado de la ley, se encarece y restringe, lo que no puede ser de buen derecho”¹⁸.

17 LAFAILLE, Héctor; “Curso de Contratos (compilado por Argüello y Frutos)”, Tomo III, pág. 55, 65, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, Bs.As. 1928. LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando; “Teoría de los Contratos” Parte Especial, Tomo I, Ed. Zavalia, Bs.As., pág. 526: “¿(...) la de reducción es una acción reivindicatoria en nuestro derecho? Estimamos que no (...)”. DI CASTELNUOVO, Gastón; “Donación a Terceros”, Ed. FEN, La Plata, pág. 16 y 17. Ya nos habíamos pronunciado sobre el punto en VENTURA, Gabriel B. “Donaciones Distracto como medio subsanatorio”, en Revista Notarial de La Plata, Nro. 954, pág. 751 y ss.

18 JA., XXV, 926 a 931. Obviamente, la actualización aludiendo al nuevo art. 2458 del CCCN, e insertadas en el párrafo textual entre paréntesis, es nuestra.



Para estar ante un buen derecho, parafraseando a Colmo, concluimos que la posibilidad de reducción debe concebirse como una acción personal que no tenga efecto reipersecutorio. Solo debe poder dirigirse contra el donatario directo, también contra el tercer subadquirente cuando éste hubiere adquirido del donatario primitivo conociendo la inoficiosidad de la donación; igualmente podrá proceder contra el adquirente también a título gratuito del donatario primitivo. Pero, remarcamos una vez más que no habrá mala fe en quien solo conozca que hay un título de donación en el encadenamiento, sino en aquél que conoce que la misma hiere alguna porción legítima. En todos los casos pues, deben quedar a salvo los derechos del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso.

No cabe dudar, en definitiva, que una oportuna reforma terminaría con la traba a la circulación de la riqueza y a la libre contratación que ha significado, tanto el Plenario Escary c/ Pietranera, como lo normado en el nuevo art. 2458 del CCCN.

VI. No puede coexistir el Art. 2458 en el mismo Cuerpo Legal que el Art. 2315

En aras de la coherencia del sistema legal, debemos poner de resalto la diferencia de criterio usada por el legislador, cuando protege la legítima, que cuando protege el total del patrimonio heredado por el sucesor.

Tal como surge del título, se advierte una seria contradicción entre los arts. 2458 y 2315 del CCCN. En efecto, resulta muy ilustrativo recordar la solución brindada a la anomalía que se puede generar en los títulos dominiales sobre inmuebles, cuando un heredero, arrogándose la exclusividad de ese carácter u omitiendo deliberadamente a otro coheredero, transfiere



una propiedad del acervo hereditario a un tercero de buena fe.

El tema está expresamente consagrado en el art. 2315 del Código Civil y Comercial que establece que son válidos “...*los actos de disposición a título oneroso a favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de éste están judicialmente controvertidos*”. En el último párrafo agrega “*El heredero aparente de buena fe debe restituir al heredero el precio recibido; el de mala fe debe indemnizar de todo perjuicio que haya causado*”.

Adviértase que la norma transcrita no tutela sólo la legítima, sino el total de los bienes que hubieran correspondido al heredero; pero ello no hace mella en el derecho de tercer adquirente de buena fe a título oneroso. No se lesiona con este pronunciamiento la seguridad jurídica, ni se traba la circulación de la riqueza.

Sin dudas la norma del art. 2315, cuyo postulado ya estaba en el art. 3430 del Código de Vélez (tanto en el originario, como en el modificado por ley 17711), constituye todo un avance en cuanto a seguridad jurídica se refiere para el adquirente y, por ende, para el Juez o Notario instrumentador que adjudique los bienes, o que intervenga en operaciones subsiguientes. El adquirente, mientras sea de buena fe, tendrá la certeza de la solidez de su derecho; ya que, aun cuando se hubiere burlado a algún heredero, no sólo en su porción legítima, sino de toda la herencia, si se cuenta con la declaratoria, tal circunstancia no le será oponible. Quedará sólo al damnificado iniciar acción de reparación en contra del heredero aparente; pero no podrá reprochar nada al adquirente, ni pretender ninguna acción reipersecutoria sobre el bien de la sucesión transferido¹⁹.

19 ASPIRI, Jorge O. “Derecho Sucesorio”, 4ta. Ed. Hammurabi, Bs.As. 2006, pág. 304, 305.



Esta norma se erige en todo un ejemplo para la seguridad, tanto en su faz estática (o del derecho subjetivo) como en su faz dinámica (o del tráfico). Sería de desear que el Congreso Nacional modifique la norma del art. 2458 del CCCN, apuntando a una solución acorde a la ya materializada en el art. 2315.

VII. Nuestra propuesta de modificación

En atención a todos los argumentos que hemos vertido en los precedentes párrafos, proponemos la modificación de un solo artículo del Código Civil y Comercial de la Nación. Hemos recorrido las otras normas que aluden a reducción e inoficiosidad, tales como los artículos 1565, 2386, 2450, 2451 y 2452, entre otras; pero en ninguna de ellas advertimos la necesidad de una reforma; éstas, automáticamente, caerán bajo los principios generales establecidos en el nuevo art. 2458 cuya modificación propondremos.

Sí será menester la abrogación del art. 2459, que genera una suerte de prescripción breve en favor del poseedor, porque justamente al desaparecer la reipersecución atribuida a la reducción, se habrá vuelto abstracta.

Esta sería nuestra propuesta:

“Se sustituye el art. 2458 del CCCN, por el siguiente:

La reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes inmuebles constituidos o transmitidos por el donatario, a favor de terceros de buena fe y a título oneroso, respecto de quienes no tendrá efecto reipersecutorio. En estos casos, el heredero preterido solo podrá reclamar al donatario el valor de los bienes incluidos en la donación inofi-



ciosa.

La buena fe del tercer adquirente se presume; y sólo se considerará de mala fe al tercer adquirente a título oneroso cuando haya conocido la inoficiencia de la donación al momento de la adquisición. La sola existencia de una donación entre los antecedentes dominiales del bien adquirido no lo hace de mala fe”.