

CIRCULAR N° 20**OBJETO**

Artículo del Not. Natalio P. Etchegaray.
Análisis de la observabilidad de los títulos de propiedad
sobre la fecha de la donación.

La Plata, abril de 2021.

Estimado colega:

Nos dirigimos a usted a los efectos de hacerle llegar el contenido de un artículo elaborado por el notario Natalio Pedro Etchegaray, titulado "Análisis de la observabilidad de los títulos de propiedad sobre la fecha de la donación"

El texto ha sido remitido a nuestro Colegio por el Consejo Federal del Notariado Argentino y publicado en Anales de Legislación Argentina – año 2021, resultando de sumo interés para la actividad notarial.

Los detalles para su búsqueda bibliográfica, o su eventual cita, son:

Etchegaray, Natalio P. Análisis de la observabilidad de los títulos de propiedad según la fecha de la donación. ADLA 2021-3, 17. Cita Online: AR/DOC/396/2021.

Seguidamente, reproducimos el contenido completo del artículo.

Sin otro motivo particular, saludamos muy atentamente.

Not. Guillermo Anibal LONGHI
Secretario de Gobierno y Administración

Not. Diego Leandro MOLINA
Presidente

Análisis de la observabilidad de los títulos de propiedad según la fecha de la donación

Autor: Etchegaray, Natalio P. ()*

Publicado en: ADLA2021-3, 17

Cita Online: AR/DOC/396/2021

Sumario: I. Introducción.- II. Aclaración metodológica.- III. Propongo distinguir tres períodos.- IV. Desarrollo.

I. Introducción

“Con evidente provecho para la circulación de los títulos de propiedad de bienes registrables que tengan antecedentes basados en donaciones, la ley 27.587 vigente a partir del día 25/12/2020 inclusive, permite avizorar un nuevo tratamiento para dichos títulos en el negocio inmobiliario, rechazando el estigma de observabilidad que los caracterizaba, exacerbado a partir del 01/08/2015, con la vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación”.

En un comentario jurisprudencial ⁽¹⁾ reiteré el título utilizado por el Dr. Jorge H. Alterini, en su discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires ⁽²⁾ y el espíritu de dicho discurso, para expresar: “Sin duda alguna existe una suerte de 'inconsciente colectivo' o 'mito' que asegura, sin discutir cada caso, que no son 'perfectos' los títulos de propiedad de inmuebles provenientes de donaciones. Pero cuando esa creencia se traslada como principio jurídico al campo científico y la expresan quienes tienen en sus manos, como operadores del derecho, determinar con precisión la bondad de un título, se impone reaccionar” ⁽³⁾.

II. Aclaración metodológica

Deseo aclarar que en este trabajo no se analizarán las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas entre coherederos, ya que se limita a tratar de visualizar lo relativo a la circulación de los títulos de propiedad que tengan como antecedente una adquisición a título gratuito.

Asimismo, todo lo que se exponga respecto a la no observabilidad de los títulos de adquisición del dominio, se debe considerar aplicable a los derechos reales constituidos onerosamente en favor de terceros de buena fe. (art. 2457, Cód. Civ. y Com.).

III. Propongo distinguir tres períodos

Hoy se pueden separar nitidamente tres períodos, según la fecha de adquisición gratuita del dominio:

Período I, desde el 25/12/2020 inclusive, en adelante; Período II, desde el 01/08/2015 hasta el 24/12/2020, ambos inclusive; y Período III, antes del 01/08/2015.

En cada período corresponde distinguir según la donación se hubiera efectuado a herederos legitimarios del donante (arts. 2445 y 2444 del Cód. Civ. y Com.), o a terceras personas, incluyendo en dicha categoría a los herederos no legitimarios del donante (arts. 2438 y 2439 del Cód. Civ. y Com.) y los donatarios sin parentesco alguno con el donante.

Período I. Desde el 25/12/2020, inclusive, en adelante:

a. Donaciones a legitimarios: no constituyen causa de observabilidad del título, porque los herederos legitimarios, solo tienen derecho a colación (art. 2386, Cód. Civ. y Com.).

b. Donaciones a no legitimarios o a terceros: no constituyen antecedente observable si los adquirentes del donatario lo son a título oneroso y de buena fe (arts. 2457 y 2458). La buena fe es un principio implícito en todo negocio (art. 9º, Cód. Civ. y Com.) y se presume en las relaciones de poder

(art. 1919, Cód. Civ. y Com.); y expresamente se le reconoce al adquirente de bienes provenientes de donaciones (art. 2459, Cód. Civ. y Com.).

Período II. Desde el 01/08/2015 hasta el 24/12/2020, ambos inclusive:

a. Donaciones a legitimarios: no constituyen títulos observables si el donante vivía al día 25/12/2020, fecha de entrada en vigencia de la ley 27.587 de reforma del Cód. Civ. y Com. y en consecuencia registrará los derechos de los herederos legitimarios del causante que fallezca a partir del 25/12/2020 inclusive (art. 2337, Cód. Civ. y Com.).

Tampoco constituyen títulos observables si han transcurridos más de 5 años del fallecimiento del causante (art. 2560, Cód. Civ. y Com.), o 10 años de la fecha de adquisición de la posesión por el donatario, aun cuando el donante se encontrará con vida a la fecha del acto de disposición por el donatario (art. 2459, Cód. Civ. y Com.).

Todo este período de vigencia del Cód. Civ. y Com. divide a la doctrina respecto de la aplicación de la ley en el tiempo (art. 7°, del Cód. Civ. y Com.). En efecto, esta división doctrinaria se evidencia al confrontar los derechos de los herederos con los derechos del tercer adquirente del bien proveniente de una donación, y buena parte de la doctrina se inclina por la no observabilidad, al considerar que la de tercer adquirente es una situación jurídica y en consecuencia debe aplicarse la ley vigente al tiempo en que el heredero inicie su acción contra el tercer adquirente.

Tampoco son títulos observables las donaciones a algún o algunos legitimarios, cuando se pacta reserva de usufructo, uso o habitación, o la contraprestación de una renta vitalicia, si han dado su consentimiento los demás legitimarios (art. 2461, Cód. Civ. y Com.).

b. Donaciones a no legitimarios o a terceros: igual situación a la del apartado a).

Período III. Antes del 01/08/2015:

a. Donaciones a legitimarios: no constituyen causa de observabilidad del título, porque por decisión jurisprudencial, doctrina notarial, civil y bancaria, los herederos legitimarios solo tenían derecho a colacionar. Esta doctrina ha sido expresamente incorporada al art. 2386 del Cód. Civ. y Com., por la ley 27.587.

b. Donaciones a no legitimarios o a terceros: igual situación a la del Período II, con excepción de lo relativo a casos comprendidos en el art. 2461, Cód. Civ. y Com., dado que este artículo recién entró en vigencia el 01/08/2015, por lo que, en los casos anteriores a esa fecha, la vigencia del Cód. Civil derogado, cuyo art. 3604 -homólogo al actual 2461- no distinguía entre contratos onerosos o gratuitos, y en consecuencia dejaba librada su aplicación, a la doctrina y jurisprudencia.

IV. Desarrollo

IV.1. Período I: desde el 25/12/2020, inclusive, en adelante

IV.1.a. Donaciones efectuadas a legitimarios

Estos títulos constituyen un antecedente inobjetable, excepto que los herederos pudieran justificar mala fe del tercer adquirente. Quienes adquieran onerosamente bienes registrables provenientes de donación u otros contratos a título gratuito, otorgados a favor de herederos legitimarios -ascendientes, descendientes y cónyuges- no deberían encontrar rechazo alguno a sus títulos para transferir o constituir derechos reales.

Esta afirmación se basa en la reforma introducida al art. 2386 del Cód. Civ. y Com. por la ley 27.587, que expresamente determina como única posibilidad para el heredero legitimario la acción de colación. Esta acción, según el art. 2385 del Cód. Civ. y Com., obliga a los descendientes del causante y su cónyuge a agregar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, estimado a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación,

excepto que el bien se hubiera donado con dispensa de colación o en carácter de mejora. Muy bien explicaba Vélez, en su nota al art. 3477 del Cód. Civil, que su pensamiento era, al contrario de lo que ordenaba el Código Francés, que el bien donado pudo ser enajenado por el donatario, y lo lógico es que se tome en cuenta, para agregar al patrimonio relicto, el valor de aquel bien y no el bien mismo.

Remito en favor de mi afirmación las argumentaciones vertidas por Ángel Cerávolo y Néstor Lamber, en su dictamen ⁽⁴⁾, en las que destacan el acierto del nuevo texto del art. 2386 del Cód. Civ. y Com., modificación que califican como realizada “con adecuado criterio”, cuando toma literalmente la redacción propuesta por el Proyecto de 1998.

IV.1.b. Donaciones a herederos no legitimarios y a terceros

Este sector de donatarios, compuesto por herederos no legitimarios y otras personas humanas o jurídicas, se ha constituido beneficiario directo de la reforma traída por la ley 25.587.

En efecto, también el tercer adquirente de un bien registrable, con antecedentes de transferencias a título gratuito realizadas a partir del 25/12/2020 a favor de este universo de donatarios, tiene asegurada la inobservabilidad de su título, siempre que se cumplan las exigencias que plantea ahora el Cód. Civ. y Com.

Si se tiene en cuenta que, por imperio del art. 2386, el bien donado a legitimario queda fuera de toda posibilidad de persecución cuando ha pasado al tercer adquirente, las excepciones a la reducción declarada por los jueces, que surgen del texto de los arts. 2457, 2458 y 2459, deben ser aplicadas a las donaciones a no legitimarios y terceros.

Ello surge de la interpretación armónica de los agregados que efectuó la ley 25.587 a estos artículos, los que se subrayan en el texto:

“Art. 2457. Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue, con relación al beneficiario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. Sin embargo, la reducción declarada por los jueces no afecta la validez de los derechos reales constituidos o transmitidos sobre bienes registrables a terceros de buena fe y a título oneroso”.

“Art. 2458. Acción reipersecutoria. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el sub adquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”.

“Art. 2459. Prescripción adquisitiva. En cualquier caso, la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el sub adquirente que han poseído la cosa donada durante DIEZ años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el art. 1901. No obstará a la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”.

El Cód. Civ. y Com. en el art. 2457 sigue reconociendo que la reducción declarada por los jueces extingue, con relación al beneficiario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores, pero la reforma se encargó también de incorporar que dicha reducción “no afecta la validez de los derechos reales constituidos o transmitidos sobre bienes registrables a terceros de buena fe y a título oneroso”, con lo que todo tercer adquirente o acreedor que reuniese esas condiciones, ostentará un título inobjetable. Lo reafirma el art. 2458 al mantener la acción reipersecutoria contra los terceros adquirentes, pero encabezando el artículo con la expresión “Salvo lo dispuesto en el artículo anterior”, y por último el art. 2459 tras mantener el plazo de diez años computados desde la adquisición de la posesión y la aplicación del artículo 1901 - unión de posesiones sucesivas - introduce legislativamente la máxima: “No obstará a la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”, con lo que introduce un dato concreto para acompañar el cumplimiento del principio de “buena fe”, con el que deben ser ejercidos todos los derechos, según el art. 9° del Cód. Civ. y Com.

Con respecto al inicio del plazo de diez años, cumplido el cual no procederá la acción de reducción, parece oportuno aclarar, dada la cantidad de donaciones de la nuda propiedad del bien que se realizan permaneciendo el derecho real de usufructo, uso o habitación queda en cabeza del donante, que el donatario de la nuda propiedad inicia desde el momento de la donación el transcurso del plazo de diez años, para poder así rechazar una eventual acción de reducción, dado que inicia la posesión *constituto possessorio* desde el momento de la escritura (arts. 1892 y 1923 del Cód. Civ. y Com.).

IV.2. Período II: desde el 01/8/2015 hasta el 24/12/2020, ambos inclusive

Este período comprende desde el día de la plena vigencia del Cód. Civ. y Com. -01/08/2015- hasta el 24/12/2020, ambos inclusive, ya que el 25/12/2020 entró en vigencia la ley de reformas 27.587. Frente a la observabilidad que puedan ostentar los títulos provenientes de transmisiones a título gratuito otorgados durante este período pueden presentarse situaciones propicias para defender su validez, fundamentalmente basadas en la supervivencia del donante o del plazo transcurrido desde su fallecimiento, dependiendo su aplicación de lo que pueda interpretar finalmente la jurisprudencia, a la vista del art. 7° del Cód. Civ. y Com., que regula la eficacia temporal de las leyes.

Si el donante fallece después del 25/12/2020, los derechos del tercer adquirente del bien registrable son oponibles al heredero legitimario del donante, ya que la ley vigente -arts. 2457, 2458 y 2459- rige las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y la situación conflictiva entre tercer adquirente y heredero, recién se plantea en esta ocasión, con el fallecimiento del donante (art. 2337, Cód. Civ. y Com.).

Divide a la doctrina, la aplicación de este criterio en los casos en los que el donante falleció entre el 01/08/2015 y el 24/12/2020. Unos se basan en que los derechos del heredero legitimario nacieron en la fecha del fallecimiento del causante, momento en el que regía el Cód. Civ. y Com., mientras los otros basan su argumentación en que la nueva ley rige a partir de su entrada en vigencia y en consecuencia la nueva ley debe amparar la situación jurídica del tercer adquirente, frente al heredero que recién ahora inicia su acción. En otras palabras, si bien los derechos del heredero nacieron con la muerte del donante, cuando el heredero inicia la acción, la situación jurídica del tercer adquirente, debe analizarse con la nueva ley, que deja a salvo esos derechos en el art. 2458 con su referencia al art. 2457. Comparto esta segunda postura doctrinaria que surge de la interpretación del art. 7° del Cód. Civ. y Com.

De cualquier manera, si ya han transcurrido 5 años desde el fallecimiento del donante y no ha iniciado el heredero legitimario la acción de reducción, este perdería su derecho por aplicación del art. 2560 del Cód. Civ. y Com., que establece el plazo genérico de la prescripción en 5 años, reduciendo los 10 años que establecía el Cód. Civil. Este nuevo plazo, por ser menor al anterior, entró en vigencia el 01/08/2020, por aplicación del art. 2537 del Cód. Civ. y Com.

En cualquier caso, por el art. 2459 del Cód. Civ. y Com., si han transcurrido 10 años desde que el adquirente a título gratuito recibió la posesión del bien registrable, su título será perfecto.

Recordemos que los casos que el causante hubiera transmitido gratuitamente, a alguno (o algunos) de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, los restantes legitimarios que hubieran consentido con esa transferencia, no tendrán derecho de colación. Baso esta afirmación en el párrafo final del art. 2461 del Cód. Civ. y Com. que puso término a la discusión doctrinaria que suscitaba el art. 3604 del derogado Cód. Civil, que solamente se refería a entregas por contrato, sin distinguir si fueran a título oneroso y gratuito, lo que llevo a una parte de la doctrina a considerar solamente los contratos a título oneroso, con la voz contraria del gran maestro Alberto G. Spota, que lo consideraba aplicable a todo tipo de contratos, tanto onerosos como gratuitos, tal como lo expresa hoy el Cód. Civ. y Com.

En este período no cabe distinguir entre donaciones a herederos legitimarios y no legitimarios y terceros.

IV.3. Período III: antes del 01/08/2015

IV.3.a. Donaciones efectuadas a legitimarios

Por decisión absolutamente mayoritaria de la doctrina emanada de dictámenes notariales, de instituciones de crédito, de doctrinarios civilistas, y en las que se basó el negocio inmobiliario hasta el 01/08/2015, los títulos de los terceros adquirentes de bienes que tuvieran antecedentes de transmisiones a título gratuito a legitimarios fueron considerados inobjectables. Las diferentes doctrinas sobre la valoración de los títulos de donación otorgados durante la vigencia del Cód. Civil pueden dividirse en tres:

1. Posición de López de Zavalía, que niega a la acción de reducción toda posibilidad de ser invocada con intención reivindicatoria, ya se trate de donaciones a legitimarios, no legitimarios o extraños. Esta posición ha sido defendida por el notariado de la provincia de Buenos Aires, fundamentalmente por los escribanos integrantes de la Delegación Morón de dicho Colegio ⁽⁵⁾.

2. Posición de Borda, Zannoni y Belluscio que reconoce a la acción de reducción la posibilidad absoluta de ser invocada con intención reivindicatoria, ya se trate de donaciones a legitimarios o extraños.

3. Posición de Salvat, Acuña Anzorena, Fornieles, Lafaille, Maffia, Laje y una abrumadora cantidad de doctrina y jurisprudencia que sostiene que la acción de reducción y por lo tanto la resolución de la donación, lo mismo que la reipersecución a terceros adquirentes, es improcedente cuando la donación ha sido hecha a quien resulte ser legítimo. Esta posición mayoritaria debe seguir manteniéndose para analizar los títulos de donaciones a legítimos anteriores al 01/08/2015.

IV.3.b. Donaciones a herederos no legítimos y a terceros

Hasta el 01/08/2025, es decir unos 4 años y medio de hoy, entiendo que los títulos que presenten antecedentes de transmisiones de dominio o constitución de derechos reales de bienes registrables a no legítimos o terceros, otorgados con fecha anterior al 01/08/2015, se deben considerar en igual situación que la que se analiza precedentemente para el Período II. Pasada esa fecha no habrá ninguna posibilidad legal de atacarla, por haberse cumplido el plazo de caducidad de la acción que pudiese corresponder al heredero legítimo (art. 2459, Cód. Civ. y Com.).

() Decano honorario del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Consejero académico titular de la Academia Nacional del Notariado. Director del Instituto de Técnica Notarial de la Universidad Notarial Argentina. Profesor de Derecho Notarial II en la Universidad Notarial Argentina. Miembro correspondiente del Instituto de Derecho Notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Miembro de número del Instituto Histórico Municipal de Lomas de Zamora. Asesor emérito de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Histórico. Profesor invitado de Derecho Notarial para el Curso de Postítulo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Salvador.*

(1) ETCHEGARAY, Natalio P.: "Los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito. Alcances del dictamen notarial" Revista Código Civil y Comercial, La Ley, Buenos Aires, diciembre 2017, Año III N° 11 p. 199.

(2) ALTERINI, Jorge H., "La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito" ADLA, Año XLVI, segunda época, N° 39, separata, abril 2002.

(3) ETCHEGARAY, Natalio P., ob. cit. p. 200.

(4) CERÁVOLO, Ángel y LAMBER Néstor, "Dictamen sobre la ley 27.587" presentado a la Academia Nacional del Notariado, Buenos Aires, diciembre 2020 (pendiente de publicación).

(5) JULIANO, Alberto F. y otros "Hacia una reivindicación de las donaciones", Revista Notarial, 1976, p. 699, El Derecho, 1978, t. 78, p. 843.