



El caso italiano

D. FEDERICO TASSINARI

Notario

Barcelona, 19 de octubre de 2023

Sumario: LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN. LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN. LA POSICIÓN DEL GOBIERNO Y DEL PARLAMENTO ITALIANO. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ITALIANA. ¿QUÉ PODÍAN HACER LOS NOTARIOS? EL SEGURO CONTRA LOS DAÑOS DERIVADOS DE UNA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN. ¿Y PARA LAS ORGANIZACIONES SIN ÁNIMO DE LUCRO DONATARIAS? ¿UNA POSIBLE NICHOS? ¿QUÉ PUEDE OFRECER EL NOTARIADO HOY EN DÍA? PRECISIONES SOBRE EL PUNTO C/ DE LA FICHA ANTERIOR (PRINCIPIO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS BIENES ORIGINADOS POR LA DONACIÓN)

La acción de reducción

Cada persona que reciba donaciones (directas o indirectas) de una persona física corre el riesgo de que, tras el fallecimiento de esta última, sus herederos forzosos interpongan acciones para recuperar el bien donado o su valor en efectivo.

De hecho, el artículo 555 del Código Civil italiano establece que:

«Las donaciones cuyo valor exceda la parte de la que el difunto podía disponer serán reducidas hasta alcanzar dicha parte.»

«Las donaciones solo se reducirán si el valor de los bienes dispuestos en el testamento está agotado.»

El artículo 559 del Código Civil italiano añade que:

«Las donaciones se reducirán comenzando por la última y remontrándose progresivamente hacia las anteriores.»

La acción de restitución

En el caso de donaciones de bienes inmuebles (o bienes muebles registrados), si el donatario, antes de la interposición de la acción de reducción, ha enajenado el bien donado a un tercero, el heredero forzoso perjudicado, tras el fallecimiento del donante (hasta diez años a partir de esta fecha), puede, si el donatario es insolvente e incapaz de pagar el valor del bien que le fue donado y posteriormente enajenado, interponer una acción contra el tercero que adquirió el bien para obtener la restitución del bien en especie (denominada acción de restitución) (art. 563, párrafos 1 y 2, primera frase, del Código Civil italiano).

En el caso de los bienes muebles, la acción solo podrá ser ejercida contra el tercero adquirente si este último no ha adquirido la posesión de buena fe (es decir, en desconocimiento de la existencia de los herederos forzosos perjudicados si la sucesión se hubiera abierto en el momento de la donación), lo que determina la adquisición de los bienes muebles a título originario (a non domino) (art. 563, párrafo 2, segunda frase, del Código Civil italiano).

En este caso, el derechohabiente del donatario demandado en restitución podrá liberarse de cualquier obligación restitutoria pagando el valor del bien en especie (art. 563, párrafo 3, del Código Civil italiano).

La acción de restitución no podrá ser ejercida si el bien ha sido donado hace más de veinte años, siempre que antes de la expiración del plazo de veinte años (a partir de la transcripción de la donación), la persona que tenga la calidad de heredero forzoso en ese momento no haya opuesto la pérdida del derecho de los veinte años mediante un acto extrajudicial transcrito en los registros de la propiedad (art. 563, párrafo 4, del Código Civil italiano, tal como fue modificado por el Decreto-Ley nº 80 de 14 de mayo de 2005, convertido en ley).

La posición del gobierno y del parlamento italiano

Esta legislación, según los servicios legislativos de los ministerios correspondientes, no puede ser modificada, incluso si se suprime la acción de restitución, porque cualquier otra modificación podría dejar a los herederos forzosos sin protección (se habla de ‘modificación adicional’ porque en

2006 entró en vigor en Italia la institución del ‘patto di famiglia’, que permite, si todos aquellos que serían herederos forzosos en ese momento participan en el acto público correspondiente, ‘blindar’ contra los riesgos de reducción y restitución la transmisión de sociedades y participaciones sociales a favor de los descendientes del empresario).

La necesidad de protección de los herederos forzosos, especialmente a juicio de los mencionados magistrados, debe prevalecer sobre la de proteger a los donatarios, incluso si se trata de donantes sin ánimo de lucro, y aunque esto ponga en cuestión la comerciabilidad misma del bien adquirido por donación.

En Italia, lamentablemente, la protección post-mortem de los miembros de la familia prevalece sobre la necesidad de garantizar la seguridad de las donaciones y la libre circulación de los bienes.

La posición de la jurisprudencia italiana

Las reglas mencionadas anteriormente son consideradas por la jurisprudencia de la Corte de Casación como completamente imperativas para la autonomía privada, ya que, por una parte, cualquier renuncia anticipada a este derecho por parte del futuro heredero forzoso, incluso si está justificada, constituiría un pacto sucesorio de renuncia, y como tal sería nulo en virtud del artículo 458 del Código Civil italiano, y por otra parte, nadie puede vulnerar los derechos de los posibles futuros herederos forzosos.

Sin embargo, existe una doctrina notarial minoritaria según la cual solo se pueden derogar las reglas relacionadas con la acción de restitución, pudiendo el futuro heredero forzoso renunciar a

tal acción de restitución respecto a los terceros adquirentes incluso en vida del donante; no obstante, la práctica notarial misma es reacia a seguir este enfoque minoritario, dada la ausencia de decisiones de la Corte de Casación y el riesgo de nulidad que resultaría de ello.

Un aspecto positivo, sin embargo, es que la Corte de Casación ha reconocido ahora, en dos decisiones específicas y bien fundamentadas, que la acción de restitución, que es una acción de recuperación que presupone que el bien ya ha sido dado por el donante, solo es posible en el caso de una donación directa (es decir, por acto notarial), y no también en el caso de una donación indirecta (como la inscripción de un bien inmueble a favor de un tercero, el pago del precio debido por el adquirente por parte del tercero, etc.), garantizando así un espacio de seguridad en la circulación de los bienes.

¿Qué podían hacer los notarios?

Desde hace más de veinte años, las donaciones en Italia, cuando se realizan entre miembros de una misma familia, tienen un costo fiscal notablemente inferior al de los actos a título oneroso.

Sin embargo, debido a la legislación mencionada anteriormente, cada donación constituye (al menos durante veinte años) una 'mancha' sobre la futura circulación del bien, que el notario debe explicar claramente a sus clientes.

Por esta razón fiscal, y debido al deber de transparencia del notario, la 'simulación' de las donaciones como ventas con precio a pagar ya no es una solución, ya que los riesgos civiles (la simulación puede ser probada) y el costo fiscal más alto anulan cualquier ventaja de proceder de esta manera.

Esperar veinte años para que prescriba la acción de restitución es, a su vez, impracticable, porque el tiempo de la operación suele ser muy corto y, de todos modos, siempre podría haber un heredero forzoso potencial que ejerza la oposición prevista en el artículo 563, párrafo 4, del Código Civil en los plazos establecidos.

En la práctica notarial, por tanto, hasta hace unos años, se realizaban donaciones, pero si el bien donado luego debía ser vendido (o hipotecado), se

firmaban contratos de disolución consensuada de esas donaciones antes de la venta misma, de manera que el vendedor (el donante original) pudiera vender sin perjuicio de una compra por donación, transfiriendo, si fuera el caso, la totalidad del precio de venta al donatario anterior a título de donación indirecta.

El seguro contra los daños derivados de una acción de restitución

Desde hace unos 7-8 años, a raíz de la iniciativa de varios notarios italianos que iniciaron largas negociaciones con Lloyd's de Londres, se ha establecido en Italia el seguro denominado 'donación segura'.

Se trata de un instrumento cuya solidez jurídica ha sido cuidadosamente examinada por una comisión de juristas especializados en materia de sucesión y contratos de seguros, que se limita a proteger al tercero adquirente del bien donado, y no directamente al donatario.

La protección se basa en la consideración de la acción de restitución como un siniestro que, dado el derecho del tercero adquirente del bien donado de pagar en efectivo en todos los casos (artículo 563, párrafo 3, del Código Civil italiano), puede ser indemnizado por la compañía de seguros.

Esta solución es hoy en día ampliamente utilizada, incluso recomendada, y a veces incluso 'impuesta' por los bancos que se preparan para inscribir una hipoteca sobre el bien adquirido por donación.

Este seguro no se contrata en el momento de la donación, sino solo en el momento de la posterior reventa del bien donado (siempre que no hayan transcurrido ya los veinte años establecidos en el artículo 563, párrafo 4, del Código Civil italiano), por un costo que normalmente no supera los mil euros; todo ello se hace online en un plazo máximo de unos diez minutos, inmediatamente antes de la reventa en cuestión, mencionando los detalles de este seguro en el acto.

¿Y para las organizaciones sin ánimo de lucro donatarias?

Normalmente, las organizaciones sin ánimo de lucro reciben donaciones directas, siendo más frecuentes

aquellas que tienen como objeto dinero o legados testamentarios.

En este supuesto, no surge ningún problema relacionado con la acción de restitución, sin perjuicio de la posibilidad de una acción de restitución contra el propio legado por parte de los herederos forzosos perjudicados.

En la práctica, las organizaciones italianas sin ánimo de lucro, condecoradas de la ley, intentan realizar, antes de la donación, un control de probabilidad sobre la posible ocurrencia de acciones de reducción, también con el fin de determinar si la aceptación de la donación requiere provisiones presupuestarias, a la luz de su probabilidad mayor o menor.

Es poco probable que renuncien al legado o que tomen otras precauciones, teniendo en cuenta también que la solución del seguro mencionada anteriormente solo se aplica a las acciones de restitución contra el derecho del donatario, y no al donatario directo, cuya posición no parece asegurarse según la legislación italiana vigente.

El riesgo, ya sea grande o pequeño, sigue estando completamente a cargo de la organización donataria sin ánimo de lucro.

¿Una posible nicho?

Si la donación tiene por objeto una suma de dinero, no es concebible ninguna solución alternativa que no sea la asunción integral del riesgo de una acción de reducción por parte de la entidad sin ánimo de lucro.

Si, en cambio, la donación tiene por objeto un bien inmueble o mueble distinto de una suma de dinero, la única solución posible, para evitar una futura y eventual acción de reducción contra un bien que haya incrementado su valor entre la donación y el fallecimiento del donante, es que el aspirante a benefactor realice, en primer lugar, una donación de dinero a la entidad sin ánimo de lucro y, en segundo lugar, venda el bien mueble o inmueble a dicha entidad, que lo pagará con el dinero que le ha sido donado, de manera que el objeto de una posible acción de reducción sea únicamente la suma de dinero donada según su valor nominal (principio nominalista).



Cualquier otra solución, que no se traduzca en una simulación pura y simple, haciendo que el acto de donación aparezca ficticiamente oneroso, consiste en esperar una reforma legislativa (actualmente, en Italia, muy improbable).

¿Qué puede ofrecer el Notariado hoy en día?

La reserva forma parte de la historia y de la mentalidad italiana (y de la europea continental) y, como tal, no puede ser objeto de intervenciones suprimidas o, en todo caso, radicales.

Y esto, incluso si hoy en día la función de la institución no es solo la histórica de proteger a la familia, sino también la de proteger al cónyuge «del último día» o al hijo desconocido, cuando esta protección va también en contra de los intereses de los propios miembros de la familia.

Los objetivos que el Notariado puede tratar de alcanzar, en mi opinión, conciernen a tres aspectos específicos, todos ellos ya aparecidos en la reunión preparatoria de esta conferencia:

- a) La reducción cuantitativa de la reserva a un porcentaje del patrimonio de referencia que nunca pueda ser superior, en todo caso, al 50% del patrimonio de referencia (relictum - deudas + donatum), de manera que la parte disponible nunca pueda ser inferior a la parte reservada (principio de libertad);
- b) La eliminación, si es posible total, de la obligación de restituir la reserva en especie, dejando siempre la posibilidad a los sucesores y donatarios, así como a los herederos de los donatarios, si son perseguidos por acción de reducción o restitución, de decidir, si lo desean, restituirla en dinero (principio de simplificación);
- c) Una clara apertura a la autonomía privada en cuanto a la renuncia preventiva, es decir, en vida del donante, con garantías precisas, a la acción de restitución del artículo 563 del código civil, tanto en relación con los reservatarios en ese momento

como con los reservatarios futuros o desconocidos, sacando así del mercado la póliza de seguro descrita anteriormente y hoy dominante en Italia (principio de libre circulación de los bienes originados por la donación).

Precisiones sobre el punto c/ de la ficha anterior (principio de la libre circulación de los bienes originados por la donación)

La propuesta, en detalle, podría ser la siguiente:

1. Superación de una normativa ausente en otros sistemas jurídicos, a saber, la acción de restitución en virtud del artículo 563 del Código Civil que se describe a continuación, no por su derogación (el donatario sometido a reducción podría simplemente vender el bien a un tercero de confianza y quedar “desposeído” para la acción de reducción de los reservatarios), sino por la introducción de la facultad, para aquellos que serían reservatarios si la sucesión se abriera en ese momento, de renunciar a la acción de restitución incluso en vida del donante (y no a la acción de reducción, actualmente prohibida por el artículo 557, párrafo 2, del Código Civil italiano), siempre que dicha renuncia se refiera a donaciones específicas y sea redactada con la garantía de la información proporcionada por el acto público notarial.
(Cabe señalar que, como ya se mencionó, parte de la doctrina considera que esta facultad ya está garantizada hoy por el artículo 563, párrafo 4, del Código Civil italiano, penúltima frase, ya que, por un lado, está ajena a la prohibición del artículo 557, párrafo 2, del Código Civil italiano, que se refiere únicamente a la acción de reducción, y, por otro lado, se aplica de forma extensiva aunque el párrafo 4 citado se refiere textualmente

únicamente a la renuncia a la objeción prevista en este párrafo, y no también a la renuncia a la acción de restitución).

2. Introducir en el Código Civil una norma *ad hoc* que, en caso de aparición de reservatarios supervivientes (nuevo cónyuge o nuevo hijo), con el fin de proteger el principio de la libre circulación de los bienes, excluya ex lege la acción de restitución de los reservatarios futuros o desconocidos cuando todos aquellos que eran reservatarios en el momento de la donación ya hayan renunciado a la acción de restitución misma (sin perjuicio de la acción de reducción en todo caso). Una norma de este tipo, en la medida en que tiene como objetivo no derogar completamente la acción de restitución, sino solo en la medida necesaria para garantizar el principio de la libre circulación de los bienes, no debería encontrar objeciones de inconstitucionalidad, ya que el futuro reservatario conserva en todo caso la acción de reducción y, salvo para los bienes donados a los que se aplicaría la nueva norma, la misma acción de restitución frente a terceros. Si quedaran dudas, podría, sin embargo, introducirse una norma que, en caso de que este efecto jurídico preventivo se oponga a las acciones de restitución contra los derechos de los herederos, permita, en lugar de esta última, que quien fuera entonces reservatario futuro o desconocido frente a los reservatarios que han renunciado (y sus herederos), ejerza una acción de restitución *ad hoc*, a ser ejercida por el reservatario que se convirtió en futuro o desconocido (en el momento de la renuncia del donante a la acción de restitución) como resultado del ejercicio con fracaso total o parcial de la acción de reducción a la que tenía derecho.

¡Gracias por su atención! ■