

# Oferta de donación. Evolución e involución en nuestra legislación

## El nuevo marco regulatorio de la donación\*

Rubén A. Lamber

*Sumario: 1. Introducción. 2. Evolución. 3. Involución. 4. Vigencia de la oferta. 5. Promesa de donación. 6. Aceptación y entrega de la cosa. 7. Liberalidades. 8. La cosa como objeto de la donación. 9. Los alcances del nuevo concepto de donación. 10. El objeto. Cosas determinadas. Dominio. 11. La supresión del derecho de acrecer. 12. Partición por los ascendientes. 13. Conclusión.*

### 1. Introducción

La importancia del instituto resulta de las mismas variantes que ha tenido en su aplicación –totalmente ignorada durante más de cien años a partir de la sanción del Código Civil Veleziano– hasta un creciente desarrollo en los últimos veinticinco años, que lo ha convertido en uno de los actos notariales más frecuentes y sobre el cual se ha desarrollado una rica doctrina. ¿Cuál es la razón de este cambio casi intempestivo de las costumbres, no frecuente en los demás institutos civiles? Pensamos que está ligada a los costos de los actos gratuitos.

Mientras regía el impuesto a la transmisión gratuita de bienes, las donaciones estaban gravadas de un modo tal que desalentaba a muchas personas que pretendían ejecutar su voluntad en vida y postergaban esa decisión. Al derogarse este impuesto en el año 1976, se advirtió la sensible diferencia de costos para su celebración frente a los del proceso sucesorio, además de la ventaja de poder resolver en vida sin pasar por períodos de tiempo largos para que la transmisión *mortis causa* se perfeccionara en los herederos.

Actualmente, el impuesto a la transmisión gratuita de bienes ha vuelto a aplicarse y el furor inicial por economía se revierte en ventajas sociales indudables por la posibilidad de que los padres arreglen, en vida, sus intereses con sus hijos y demás

\* Especial para *Revista del Notariado*.

herederos, con un control del efecto que tiene saber cómo se usa el patrimonio recibido y poner freno a errores o defectos por inexperiencia o falta de madurez en los beneficiarios.

Esta circunstancia marca la importancia de la mal llamada oferta de donación por sobre la donación misma como contrato perfeccionado: quienes quieren transmitir bienes a sus descendientes pueden formar a sus herederos sobre el buen uso sin recurrir a la compleja revocación (que debe ser en vía judicial, sea por incumplimiento de cargos o condiciones, por ingratitud de los donatarios o por la causal que sea pertinente).

Sin embargo, la reforma de la legislación civil y comercial en curso, si bien mantiene vigente el instituto, le quita uno de sus principales puntales: la posibilidad de aceptarlo después de la muerte del donante (art. 1794 del Código Civil Velezano [CCV]). Por tal motivo, a los costos del proceso sucesorio hay que adicionarles las demoras por el cumplimiento de las formalidades y plazos procesales y la postergación de soluciones negociales, que resultan de una titularidad que los herederos alcanzarán retroactivamente una vez que se apruebe el testamento o la declaratoria de herederos, y se verán perturbados y hasta sacrificados los esfuerzos realizados.

En este trabajo analizaremos la oferta de donación en los dos aspectos que marca el título.

## 2. Evolución

Hablamos de evolución porque, en la medida en que el instituto alcanzó una firme aceptación, tuvimos que volver a analizar la expresión *oferta*, que no era compatible con la oferta de otros contratos: no sólo la excepcionalidad de este tipo de oferta, que se puede aceptar después de la muerte (art. 1794 CCV), mientras que las restantes caducan con ella, sino la imposibilidad de funcionar de la misma forma, dado que en un acto gratuito como este la oferta no admite contraoferta, sino que se acepta o se rechaza.

La oferta de contratos onerosos tiene un rico desarrollo dialéctico en la búsqueda de la voluntad común, que en definitiva será el contrato (art. 1137 CCV), porque se llega a él mediante propuestas de una parte, contrapuestas de la otra y así en forma sucesiva hasta llegar al acuerdo. Esta diferencia está marcada también por la propia norma en materia de dona-

ciones y hasta por la división que resulta de una definición inconclusa en el artículo 1789 del Código Civil Velezano, que se completa en el 1793 con tanta fuerza que condiciona la formalización del contrato a que la donación –no la oferta– no haya sido revocada. Por tal motivo, preferimos denominar a este instituto como donación diferida o donación de aceptación diferida, lo que desde el punto de vista de la expresión verbal o escrita es poco práctico. Tan es así que la expresión *oferta* mereció la aprobación de casi de todos los que analizaron su estructura jurídica y, más aún, de profesionales y usuarios que debieron aplicarla en sus negocios.

La reforma de la legislación civil y comercial proyectada marca una verdadera evolución en este aspecto y alcanza hoy la correcta terminología en la expresión *oferta*. Ello se debe no sólo a que ha desaparecido la posibilidad de su aceptación después de la muerte (art. 1545 del Proyecto<sup>1</sup> [Pr.]), sino que, además, se prohíben expresamente las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante (art. 1546 Pr.).

La falta de contraofertas, propia de los contratos onerosos, pierde intensidad frente a la importancia de semejantes modificaciones, que cambian sustancialmente los efectos en el tiempo. Esto marca una evolución en el tratamiento de la oferta de donación, con una terminología adecuada a la que era usual pero incorrecta entonces.

### 3. Involución

La legislación proyectada también produce un retroceso, que señala el desconocimiento del legislador acerca de la vital importancia que este instituto tiene en la vida familiar y negocial, que, por otra parte, no ha merecido reproche alguno ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

El instituto fue reiteradamente aplicado en relación con la vivienda familiar, en su forma más simple y elemental, y en negocios vinculados con explotaciones agropecuarias, industriales, comerciales, inmobiliarias, etc.

El primer supuesto marca el destino de las familias de escasos recursos, para las cuales la totalidad de su patrimonio es, prácticamente, la casa-habitación. Transferirla a los hijos, aunque sea con reserva de usufructo, plantea el problema del cón-

1. "... [la aceptación] debe producirse en vida del donante y donatario".

yuge no titular, quien, para parte de la doctrina, no puede ser beneficiado con él y queda desprotegido con la extinción que produce el fallecimiento del usufructuario y la plena disposición de los donatarios. Ante estas situaciones, la cautela hace que el donante se reserve desprenderse del dominio, pero sin por ello desistir de su intención de evitarles problemas sucesorios a sus herederos. Esta situación se resuelve con la donación de aceptación diferida u oferta, que deja latente la transmisión para después de su muerte y valida la condición de dar el usufructo al supérstite o de asegurar una parte de los bienes o renta.

Este supuesto está resuelto en el Proyecto con la amplia libertad de contratación entre cónyuges. Así, se podría celebrar la donación en vida del donante y de los donatarios, con el usufructo al titular y al no titular sin dificultad alguna. Sin embargo, este acto exige una transmisión definitiva, que, para caer, o sea, para ser revocada, requiere una instancia judicial, quizá tan compleja como la sucesión misma, y la prueba de la causal, lo que frustra cualquier solución que el donante pudiera dar con la simple revocación de la oferta.

La situación es más grave cuando se transmiten explotaciones comerciales, industriales, inmobiliarias, etc. Ponerlas en manos de los donatarios implica riesgos (la inexperiencia, el descuido, la mala administración) que la titularidad del donante evita en la medida en que la donación no se acepte. Este acto, del que el donante puede hacer reserva sin comunicarlo, se justifica para después de la muerte o para cuando el donante se convenza de que sus herederos están debidamente encaminados en un manejo regular del negocio. Incluso, lo somete al riesgo de la muerte repentina, que impide la transmisión y, por lo tanto, paraliza en gran medida las soluciones que su experiencia le dicta.

Se podría aducir que puede desarrollar un fideicomiso familiar, pero no todas las personas confían en este tipo de contrato. Otra opción es la sociedad, pero le resta la garantía de la titularidad que le permite el manejo sin traba de los negocios.

Como lo señaló Vélez Sársfield en la nota al artículo 3514 del Código Civil, referido a la partición por donación de ascendientes,

... la ley confiere este poder a los ascendientes como medio de prevenir las diferencias a que podría dar lugar la partición, des-

pués de muerte de ellos [...] Esa facultad evita también los gastos de división que podría necesitar la minoridad de los hijos. Los padres sustituyen su voluntad ilustrada a la decisión de la suerte, puede decirse, para atribuir a cada uno de sus hijos el bien que conviene a su carácter, a su profesión o a su posición pecuniaria.

Tan sabias causales no lograron imponer el instituto, debido a la entrega inmediata de los bienes y, de serlo por testamento, a la falta de vigencia efectiva hasta que la muerte del testador permita a los herederos consolidar su titularidad.

La oferta de donación permite obtener los mismos beneficios pensados por Vélez Sársfield sin los riesgos de la pérdida de titularidad y con la confianza de que se hará efectiva aunque la muerte sorprenda al donante. La actual limitación de la oferta a la vida de ambas partes frustra toda expectativa en este sentido y marca la involución notoria de una sana costumbre que no genera riesgo alguno y que da beneficios de todo tipo a sus otorgantes.

Cuando la legislación ignora estos parámetros, produce en la sociedad un verdadero retroceso, una involución que no es propia de una reforma.

#### 4. Vigencia de la oferta

La oferta de donación sigue vigente en el Proyecto, aunque limitada en la forma expresada. El Proyecto mejora la definición del contrato de donación (art. 1542) al señalar que “hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra y ésta lo acepta”.

El legislador no cae en el error de una conceptualización fraccionada, sino que comprende todo el contrato, que es indudablemente consensual, porque no se trata de transferir –como entendieron algunos intérpretes en los primeros tiempos del Código Velezano–, sino de *obligarse* a transferir. Con ello se refuerza la posibilidad de celebrar el contrato sin entrega de la cosa, situación que estaba admitida en el Código de Vélez y que ahora trata el Proyecto en el artículo 1555, estableciendo la obligación del donante desde que ha sido constituido en mora.

Hay una involución en la medida en que no trata el derecho de acrecer a que se refiere el artículo 1798 del Código

Velezano, pero mantiene el principio de solidaridad en los supuestos de pluralidad de donatarios. (Trataremos este tema más adelante, pero previamente nos vamos a referir a la exclusión de la promesa de donación que admite el CCV en el artículo 1790 y que el Pr. no menciona –tampoco se regulan las liberalidades–).

## 5. Promesa de donación

En el ámbito del Código Velezano la promesa es ajena a la oferta, aunque sus efectos pueden transformarla. La declaración de voluntad que contiene una promesa carece de intención para que sea recibida por su destinatario y aceptada para transformarla en un contrato. No obstante, el artículo 1790 del Código Velezano le da ese efecto cuando se hizo bajo la condición de que tenga efecto a partir de la muerte del testador, caso en el que el o los beneficiarios-donatarios podrán aceptarla. No se trata entonces de un contrato, sino de una transmisión *mortis causa*.

La exclusión de esta forma y la falta de tratamiento no impiden, desde la libertad contractual, la promesa de donación con efecto contractual en tanto en cuanto no se encuentre sujeta a la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante (art. 1546 Pr.).

Por lo tanto, podría hacerse una promesa sin condición alguna y al beneficiario no le quedaría más remedio que solicitar al promitente que la efectúe como oferta para poder aceptarla o que se la someta a una condición suspensiva para la vida del donante y donatario. A modo de ejemplo, prometer la donación de un inmueble si el beneficiario alcanza determinados objetivos, como la formación de una familia, la obtención de un título profesional o la ejecución de obras o servicios específicos que no afecten la moral, las buenas costumbres o el orden público. En tales supuestos, la simple promesa se transforma en una verdadera oferta, porque la intención al establecer la condición es subordinar a ella su perfeccionamiento como tal.

En el ámbito del Proyecto podrían formularse promesas de donación válidas en cuanto no se sometan a la condición suspensiva de producir efectos a partir de la muerte del donante.

Es fundamental diferenciar la condición suspensiva de su aceptación después de la muerte de los efectos después de la

muerte. La aceptación debe producirse en vida del donante y del donatario –como dijimos–, pero el tema es saber si los efectos se producen antes o después de la muerte del donante.

Entendemos que uno de los principales efectos del contrato es que el donatario disponga de la cosa y eso se obtiene si le fue entregada, pero como el Proyecto establece que en caso de falta de entrega de la cosa el donante debe entregarla desde que fue constituido en mora, el donatario ya es beneficiario de los primeros efectos, tales como exigirla. El Proyecto añade (art. 1555) que en caso de incumplimiento o mora, sólo responde por dolo.

En consecuencia, los efectos del contrato se producen desde la aceptación, aunque la cosa no haya sido entregada. Destacamos esta circunstancia porque en el tratamiento que hicieramos sobre donaciones diferidas respaldamos la misma solución.

## 6. Aceptación y entrega

La aceptación es una parte esencial para la existencia del contrato según resulta del artículo 957 del Código Civil, que expresa que “es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

Tiene carácter consensual porque se configura con el consentimiento de ambas partes, sin que sea necesario que la transferencia opere la entrega del bien objeto de la donación; en este supuesto el donatario deberá constituir en mora al donante (art. 1555 Pr.). La sola expresión referida a que el donante “se obliga” a la entrega de la cosa pone de manifiesto la *consensualidad*.

Así es también en el Código Velezano, aunque la definición del artículo 1789 deja alguna duda cuando establece que “habrá donación cuando una persona, por un acto entre vivos, transfiera [...] la propiedad de una cosa”. Esta contundencia queda luego desmentida por el artículo 1833 del Código Velezano cuando prevé el supuesto en que el donante no hubiera hecho tradición de la cosa donada y establece la obligación de entregarla y la regulación no sólo de la acción penal sino de la que corresponde en lo civil contra donante y sus herederos a fin de obtener la ejecución de la donación (art. 1834 CCV).

La única excepción a la *consensualidad* parecería ser el caso especial de la donación manual, la que, según el artículo 1554 del Proyecto, debe hacerse por la tradición del objeto donado (cosas muebles no registrables y títulos al portador).

Sin embargo, el alcance de esta norma no presenta las dificultades del Código Velezano cuando establece en su artículo 1816 que

... para que valgan las donaciones manuales es preciso que ellas presenten los caracteres esenciales del contrato y que la tradición que las constituye sea en sí misma una tradición verdadera.

Spota dijo que se trata de un contrato real,<sup>2</sup> opinión no compartida por otros autores. Zago interpreta que en el Código Velezano la donación manual es un contrato consensual, dado que la entrega de la cosa mueble puede efectuarse de manera simultánea o posterior a la donación. Esta facultad resulta del artículo 1815: “puede no ser hecha por un acto escrito”. Al contrario, atento a que puede exigirse su cumplimiento no habiendo entrega, puede serlo con un acto escrito.<sup>3</sup>

Concluimos que la donación manual es también consensual.<sup>4</sup> La nueva redacción supera definitivamente la cuestión al regular la entrega en el artículo 1555, cualquiera sea la cosa comprendida en el contrato y una vez constituido en mora.

### 6.1. *Forma. Expresa o tácita*

Artículo 1545 del Proyecto:

Aceptación. La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario.

Como contrato que es, la donación requiere la manifestación de voluntad de ambas partes, donante y donatario, pero mientras del donante se espera una declaración expresa para que no queden dudas de la voluntad de donar, la aceptación puede ser tácita.

En el artículo 262 el Proyecto establece cómo se debe manifestar la voluntad: los actos deben exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un

2. SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1982, t. I, p. 177.

3. ZAGO, Jorge A., en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, t. 4D, p. 83.

4. LAMBER, Rubén A., *Donaciones*, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 39.

hecho material. A su vez, en el artículo 264 del Proyecto se establece que la manifestación tácita de la voluntad resulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre; carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa.

Todo lo dicho queda subordinado a la forma que debe revestir el acto. La forma difiere entre las donaciones para transmitir un inmueble, un mueble registrable o las prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552 Pr.) y las de cosas no registrables o títulos al portador (art. 1554 Pr.). Por tal motivo, las soluciones son distintas.

Ya que en el primer supuesto las donaciones deben hacerse en escritura pública, la aceptación tácita debe tener la misma forma, aunque el carácter tácito resulta de la propia manifestación de voluntad, como cuando en una escritura se acepta sin declaración expresa pero sin dejar lugar a dudas acerca de la intención del donatario. Podría estar aceptando sin hacerlo expresamente cuando constituye una hipoteca u otro derecho real, porque con ese solo hecho, y bajo la forma de escritura pública, actúa como dueño, lo que implica la certidumbre de su aceptación.

En otros supuestos, como señalábamos respecto de los muebles no registrables y los títulos al portador, la propia intención del donante de transmitir puede resultar de un acto no escrito a través del cual se desprende de la cosa y se la entrega al donatario, quien la recibe sin dejar lugar a dudas sobre su adquisición como dueño y no como mandatario, depositario, comodatario o de cualquier otro modo en que la tiene en nombre de quien la entrega. Hay signos inequívocos de la adquisición como donatario: deposita los títulos a su nombre de inmediato o los da en garantía de sus obligaciones, o coloca los muebles no registrables bajo su custodia y cuidado, sin constancia escrita alguna de compromiso de su devolución, reintegro, etc. a quien se lo entregara.

Mientras en el Código Velezano la aceptación podía hacerse aún después de la muerte del donante (art. 1795), el último párrafo del artículo del Proyecto establece la condición de vida de ambas partes al momento de la aceptación. De esta manera, el Proyecto marca una transformación total en la materia.

Por otra parte, nada dice de la incapacidad del donante sobrevinida posteriormente a su otorgamiento. Por ese motivo, si al momento de aceptar se diera esta circunstancia, el acto

sería válido en la medida en que el donatario sea capaz para aceptar donaciones o, si es incapaz, que acepte su representante legal o tutor especial (art. 1549 Pr.)

La limitación respecto de la vida de ambas partes en las donaciones presenta algunas dificultades prácticas que es necesario señalar. Sucede en muchos casos que la voluntad de aceptar no se formula por inconvenientes técnicos, legales o económicos que impiden su formalización, sin que por ello deba entenderse inexistente. A continuación, citaremos algunos de los problemas por los cuales el donatario no formaliza su aceptación a pesar de estar totalmente de acuerdo en hacerlo.

Entre los obstáculos técnicos se encuentra la indeterminación de lo donado, que no puede transmitirse si no se confecciona previamente un plano de mensura, de unificación o de subdivisión, o el estado parcelario (requisito para toda transmisión de dominio). En otros supuestos, el corrimiento de los límites del lote, invadiendo espacios públicos o sobrantes fiscales, requiere la previa transmisión del excedente ante el Municipio, para incorporarlo a la parcela.

Los obstáculos legales se presentan, por ejemplo, cuando, previamente a la transmisión, debe concluirse un proceso sucesorio por el que el donante acredita su propiedad desde la muerte del titular originario, a quien sucedió a partir de su muerte, o cuando debe finalizar un juicio de usucapión, o ante el levantamiento de medidas cautelares en cuanto al bien o a la persona del donante.

Las dificultades de carácter económico están relacionadas con deudas de impuestos sobre la cosa o con el pago del impuesto a la transmisión de inmuebles y los costos de escritura, entre otras.

Estos obstáculos no deberían configurar una imposibilidad para aceptar la donación. No obstante, como está directamente relacionada con la transmisión de la cosa, se confunde el no poder con el no querer. En tales términos, la libre voluntad de dar del donante está condicionada por la libre voluntad del donatario de poder recibir –no de aceptar–; y es allí donde encontramos un obstáculo, por el efecto que produce la muerte, frustrando la donación. La muerte puede llegar incluso en el *iter* que conduce a la formalización, frustrándola, circunstancia que genera una verdadera injusticia por la expectativa perdida y los gastos sin reembolso.

Se lesiona el derecho de aceptar mucho más que en otros contratos porque en este caso el que recibe no frustra una contraprestación sino la percepción de un beneficio de otro, que no está condicionado y que podría haber querido revocarlo, pero mantuvo su voluntad. No se pretende consumir actos para después de la muerte sino evitar que ésta impida lo que la libre voluntad ha tratado de ligar.

Si la voluntad del donatario ha quedado en alguna medida formalizada en escritura pública, aunque no se hubieran concluido los trámites que permitan la registración –cuando de inmuebles se trata–, no por ello se debe desconocer y tener por rechazada o extinguida la donación por un efecto no querido.

Por lo tanto, consideramos que la misma puede formalizarse por escritura pública bajo la condición de cumplir los requisitos de registración que la obstaculizan. La aceptación quedaría así formalizada y la condición no se referiría a la aceptación sino a los trámites de registración.

La aceptación podría incluso formalizarse por vía de un testamento, que, si tiene la forma de escritura pública, no ofrecería dudas sobre el cumplimiento de la exigencia formal, dado que una cosa es que la interpretación debe ser restrictiva en cuanto a la forma y otra, no excluyente. No se trata de una disposición de última voluntad para adquirir un derecho después de la muerte, sino de poner de manifiesto, en ejercicio de su libertad y en cumplimiento de los acuerdos celebrados, la aceptación de la donación.

Si, al otorgar el testamento, el testador acepta una donación que se le ha hecho en vida, se cumpliría con la exigencia del artículo 1545 del Proyecto –probada la vida del donante–, pero quedaría pendiente la registración de ese acto, porque la aceptación no tiene expresión hasta la muerte y debe preservarse la privacidad del acto.

Sin embargo, dado que esta aceptación es una disposición extrapatrimonial (receptada por el art. 2462 Pr.), porque no es la cosa que la recibe por este medio sino una manifestación para poner en evidencia una voluntad que permite consolidar la transmisión, podría, con la conformidad del testador, ponerse de manifiesto aun durante la vida del otorgante y la revocación del testamento no produciría la revocación de la aceptación, porque el contrato ha quedado firme e irrevocable en lo referido al consenso.

Como sostuviera Fassi, “debemos denominarlas disposiciones extrapatrimoniales, aun cuando puedan tener repercusión patrimonial”<sup>5</sup>, como sucede en este caso y particularmente en cuanto a los propios herederos del donatario que ven incrementada la masa sucesoria.

Zannoni sostiene que el reconocimiento de hijos en el Código Velezano –típica disposición extrapatrimonial– es irrevocable y produce efectos desde el momento en que es hecho, como presupuesto para la obtención del título de estado:

... en este caso, esta disposición, a pesar de estar contenida en un testamento, se registrará por las normas atinentes a los actos entre vivos en cuanto a su materia y a su forma<sup>6</sup>.

Entendemos que a la aceptación de la donación en testamento debe aplicársele el mismo criterio, porque receipta una declaración de voluntad que, si no se produce, lesiona el derecho de su beneficiario y restringiría el ejercicio de sus derechos.

## 6.2. Donación bajo condición

Artículo 1546 del Proyecto:

Donación bajo condición. Están prohibidas las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante.

El Proyecto ha desplazado supuestos de donaciones contenidos en el Código de Vélez Sársfield tales como las *mortis causa* (valen desde la muerte del donante), admitidas únicamente por la vía testamentaria (art. 1790) y las que, naciendo como un contrato en vida del donante, producen efecto a partir de su muerte (las donaciones entre cónyuges para después del fallecimiento, a las que se refieren los arts. 1232-1237 CCV). Respecto de estas últimas Spota expresó:

... la promesa de atribución patrimonial gratuita sometida a la modalidad suspensiva (o término suspensivo) de la muerte del donante no es disposición testamentaria en cuanto tal promesa no quede sujeta a la revocación o al arbitrio del promitente [...] si esa revocación *ad nutum* no ha sido establecida, entonces la promesa sujeta a la modalidad suspensiva de la muerte

5. FASSI, Santiago C., *Tratado de los testamentos*, Buenos Aires, Astrea, 1970, t. I, p. 244.

6. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Astrea, 2006, t. 2, p. 271.

del promitente no es disposición testamentaria sino supuesto de donación. En ese caso, la donación ya tiene efecto, sólo que sometido a esa modalidad suspensiva de la muerte de la persona, o sea que el derecho nace a favor del donatario y nace, no como expectativa [...] sino como derecho modal pero con un derecho al fin.<sup>7</sup>

La nueva normativa deja totalmente desiertas estas posibilidades, prohibiéndolas expresamente. Tampoco se regulan las promesas de donación, que valían sólo si estaban contenidas en un testamento.

No hay donación *mortis causa* en el Proyecto; para canalizarlas como disposición de última voluntad, habrá que hacerlo bajo la forma de “legados”, tal como resulta de los artículos 2278, 2479 y concordantes. Concretamente, no tienen más recepción en la legislación los dos institutos antes señalados, vigentes en el Código Velezano, que Guastavino distinguió como “actos *mortis causa*” e “*in diem mortis dilati*”. Mientras los primeros nacen como tales a partir de la muerte del otorgante, los restantes nacen con su otorgamiento, pero difiere el cumplimiento de los efectos para el momento de la muerte.<sup>8</sup>

No obstante, la supresión de estos actos bajo condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante no impide que se realicen las donaciones bajo condición resolutoria o suspensiva en que no se dé la circunstancia de la muerte.

El Proyecto supera un viejo error en el que incurrió el Código Velezano al referirse a las donaciones por causa de muerte (art. 1803 CCV), que no eran tales sino supuestos de revocación por la causa de muerte; en el primer supuesto, por la sobrevivencia del donante que había hecho la donación bajo condición suspensiva de que quedara en su patrimonio si él no moría en un lance previsto (no es que la muerte perfeccione la donación sino que impide la perfección por la sobrevivencia); en el otro, un típico caso de revocación, porque el donatario fallece primero (actualmente contemplado como supuesto de reversión).

Spota sostenía que no se trata de verdaderas donaciones *mortis causa* sino de donaciones modales, aunque comprendían también las condiciones suspensivas.<sup>9</sup> Por su parte, Belluscio considera que se trata de condiciones resolutorias, pero admite que la cosa no sea entregada, ya que no hay prohibición expresa para concretarla sin esa entrega; en tal caso, cuando

7. SPOTA, Alberto G., ob. cit. (cfr. nota 2), t. VII, p. 249.

8. GUASTAVINO, Elías P., *Pactos sobre herencia futura*, Buenos Aires, Ediar, 1968.

9. SPOTA, Alberto G., ob. cit. (cfr. nota 2), t. VII, p. 277.

hay que restituir la misma no se efectuará, pero el derecho sobre la cosa operará a favor del donante.<sup>10</sup>

La validez de los actos bajo condición resolutoria resulta de la propia regulación en materia de reversión (art. 1566 Pr.), y el plazo o la condición suspensiva resulta del artículo 280 del Proyecto, incluso aunque el objeto del acto haya sido inicialmente imposible, si deviene posible antes del vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición. Asimismo, aun cuando nada se dice de las condiciones que le otorguen directa o indirectamente al donante el poder de revocar la donación o de neutralizar o restringir sus efectos (como establece el art. 1802 CCV), resultaría igual efecto del objeto mismo del acto jurídico, el que, según el artículo 279 del Proyecto, no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana.

Por otra parte, la irrevocabilidad de la donación resulta del artículo 1569 del Proyecto. Esta norma limita los supuestos en que la revocación se puede producir: por inejecución de los cargos, por ingratitud del donatario y, en caso de habérselo estipulado expresamente, por *supernacencia* de hijos del donante. Ninguna otra reserva de revocación puede producir efectos legales.

### 6.3. Pluralidad de donatarios

Artículo 1547 del Proyecto:

Oferta conjunta. Si la donación es hecha a varias personas solidariamente, la aceptación de uno o algunos de los donatarios se aplica a la donación entera. Si la aceptación de unos se hace imposible por su muerte o por revocación del donante respecto de ellos, la donación entera se debe aplicar a los que la aceptaron.

10. BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 2007, t. 9, p. 38.

11. LAMBER, Rubén A., ob. cit. (cfr. nota 4).

Este artículo, titulado “oferta conjunta”, nos aproxima a la oferta de donación regulada en el Código Velezano, que hemos criticado y denominado donación diferida o sujeta a posterior aceptación.<sup>11</sup> Esta normativa, a pesar de las aproximaciones que hace a la oferta, no llega a conformar una integración total; la única excepción se configura, quizá, en el artículo 977 (Pr.), que, al tratar el contrato plurilateral, le permite a la mayoría

celebrar el contrato en nombre de todos sin representación ni gestión a la vista.

Los principales argumentos que esgrimimos para sostener la diferencia hoy están derogados: la subsistencia de la oferta después de la muerte del donante (art. 1795 CCV) y el derecho de acrecer que se concedía de conformidad con el artículo 1798 del Código Velezano, que, como beneficio contractual, sólo es admitido, además de este supuesto, en la renta vitalicia, que se mantiene, por previsión contractual, cuando hay pluralidad de beneficiarios (art. 1603 Pr.), y en el usufructo, que lo admite si en el acto constitutivo se deja expresamente establecido (art. 2132 Pr.).

En el artículo 3810 del Código, Vélez rechazó el derecho de acrecer en lo contractual, reservado para los testamentos, aunque justificó el derecho de no decrecer en la nota a dicho artículo:

... si resultase formalmente de los términos de la donación que ella es hecha *in solidum* a cada uno de los donatarios, la no aceptación del uno no podría dañar al otro, puesto que el aceptante habría aceptado por el todo, no por el derecho de acrecer, sino por lo que se llama *jus non decrecendi*.

Este rechazo desaparece de la normativa proyectada.

Prueba de la extensión del derecho de acrecer en lo contractual es el supuesto contemplado para los beneficiarios del fideicomiso, según el art. 1671 del Proyecto.

En su momento, hicimos la distinción entre la donación hecha solidariamente a varios donatarios y el derecho de acrecer, aunque producían iguales efectos por distintos caminos: en el primer supuesto, por efecto, de la solidaridad en materia de obligaciones (arts. 701 y cc., CCV) y, en el otro, por el derecho de acrecer, que debía estar convenido expresamente (art. 1798 CCV). Para algunos autores, como Belluscio, una depende de la otra. Para otros, el tratamiento es independiente.

En el primer supuesto, Belluscio condicionaba el efecto del artículo 1794 del Código Civil al pacto de acrecimiento del artículo 1798 de modo que, si se hizo en forma solidaria, no por ello hay acrecimiento del que acepta cuando son varios:

... ello no significa que su aceptación aproveche a los otros beneficiarios, sino que vale como aceptación por el todo para la eventualidad de que tenga lugar el derecho de acrecer.<sup>12</sup>

12. BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 10), t. 9, p. 20.

Zago dice para el caso de solidaridad que

... si los donatarios que no habían aceptado lo hacen con posterioridad, ello obliga a los donatarios solidarios que ya lo habían hecho a reconocerles su parte en la cosa motivo de la donación.<sup>13</sup>

Luego, hace la diferencia de la donación hecha *in solidum*, que se pacta con derecho de acrecer, conforme al artículo 1798 del Código Velezano, y trata este caso en forma autónoma.<sup>14</sup>

Esta contradicción está hoy resuelta y el artículo 1547 del Proyecto trata la donación hecha solidariamente a varias personas sin que, por ello, desconozca que se pudo hacer por partes, en cuyo caso, la aceptación de unos no tiene influencia sobre los otros.

Nos remitimos al título de las obligaciones para ver el tratamiento de aquellas que son solidarias y nos encontramos allí con dos artículos que tienen influencia directa sobre la norma que comentamos. Según el artículo 827 del Proyecto:

Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores por cualquiera de los acreedores.

Ello no contradice lo dispuesto en el artículo 1547 del Proyecto, sino que lo complementa, dado que resultaría de la propia ley el efecto de la solidaridad, pero también del pacto expreso que las partes hagan en la escritura. Esta interpretación se condice con lo que establece el artículo 828 del Proyecto cuando dice, refiriéndose a la fuente, que “la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación”.

Podría decirse expresamente que la donación se hace solidariamente, en cuyo caso concurren las dos fuentes: la ley, porque regula los efectos de la donación solidaria, y el acuerdo o voluntad del donante, porque así lo ha dispuesto. Sin embargo, también podría ocurrir que se haga la donación de la misma cosa, en el mismo acto, a las mismas personas, diciendo que podrá ser aceptada por cualquier de los donatarios por el todo. En este supuesto la solidaridad no es expresa, pero resulta del artículo 827 del Proyecto, ya que admite que cualquiera pueda exigir el cumplimiento por el todo.

13. ZAGO, Jorge A., ob. cit. (cfr. nota 3), t. 4D, p. 23.

14. Ídem, p. 30.

En cambio, si se dispusiera la donación en partes (por ejemplo, a A un cuarto, a B un medio y a C un cuarto), estamos ante una obligación simplemente mancomunada, que el artículo 825 del Proyecto define como aquella en que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones independientes entre sí como acreedores haya. Asimismo, al considerarse –como dice el párrafo final del artículo– deudas o créditos distintos los unos de los otros, aplicables a la donación por partes, quien acepta su parte no tiene vinculación alguna con los restantes y, si éstos no aceptan o caduca la oferta por revocación o muerte, pierde su derecho.

En la solidaridad en general y en la regulación que se da en materia de donaciones resulta que la aceptación de uno o algunos de los donatarios se aplica a la donación entera. De este modo, ya no existe posibilidad de que el donante revoque la donación, dado que, aunque haya aceptado uno solo, su aceptación perfecciona la transmisión en cabeza del aceptante, dejando la expectativa de aceptación para los restantes, que se incorporarán al todo por efecto de la solidaridad.

A los efectos prácticos, y tratándose de inmuebles o bienes registrables, la inscripción debería hacerse a nombre del aceptante, con la aclaración de que se trata de una donación solidaria a favor de otros más, quienes, como una gestión de negocios, comparada sólo desde la práctica registral, podrán ir aceptando y completando su parte a expensas del total registrado originariamente a nombre del primer aceptante.

¿Qué sucede si alguno de los aceptantes pendientes fallece o si el donante revoca contra los no aceptantes? El hecho de la registración del todo a nombre del aceptante no le quita al donante la facultad de revocar donaciones no aceptadas, pero el donante no puede recuperar parte de la cosa, porque la solidaridad produce el acrecimiento en favor del aceptante. Lo mismo sucede con la muerte del que no aceptó y beneficia al aceptante en cuanto a su parte, porque el último párrafo del artículo 1547 del Proyecto dice expresamente que “la donación entera se debe aplicar a los que la aceptaron”. En cambio, si la donación es por partes, la revocación del donante de una parte o el fallecimiento del no aceptante vuelven esta parte a su patrimonio y lo único donado y perfeccionado será la parte del aceptante.

Es por demás evidente que el tratamiento que se da a la oferta de donación no es equiparable al que corresponde a los

demás contratos, especialmente en la medida en que se trate de contraprestaciones y no de absoluta gratuidad, como en este supuesto.

Tan particular es el contrato de donación que su forma en la oferta no puede ser otra que la exigida por el contrato mismo. La oferta de donación no se puede formular de modo que quede sujeta a contraofertas que modifiquen la oferta originaria (art. 978 Pr.), porque nada se puede modificar. Queda sujeta al único camino de aceptar o no. Tampoco se puede aceptar por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia del acuerdo, como dice en general el artículo 971 del Proyecto, porque para el caso rige el artículo 1545.

En cuanto a la capacidad de las partes, la del donante debe existir al momento de manifestar su voluntad de donar y no cuando acepta el donatario, dado que la única condición a la que se sujeta la mentada aceptación es que ambas partes estén con vida (art. 1546 Pr.), mientras que, para los contratos en general, la oferta caduca cuando el proponente o el destinatario fallecen o se incapacitan antes de la recepción de la aceptación (art. 976 Pr.).

No es compatible con el instituto de la donación la invitación a ofertar (art. 973 Pr.) y no puede aplicarse a las donaciones lo regulado en el artículo 981 del Proyecto sobre retractación de la oferta, porque, una vez aceptada, perfecciona el contrato en forma irrevocable y no hay posibilidad de dejarla sin efecto, salvo causal admitida de revocación. Tampoco es aplicable el régimen sobre acuerdos parciales (art. 982 Pr.), porque, al no haber posibilidades de contraprestación, se acepta o no.

Una de las pocas coincidencias entre oferta de donación y oferta de contratar en general resulta del artículo 977 del Proyecto, pero con la diferencia de que, mientras el artículo 1547 del Proyecto está referido únicamente a la pluralidad de donatarios, en este supuesto se trata la pluralidad en general:

Si el contrato ha de ser celebrado por varias partes y la oferta emana de distintas personas o es dirigida a varios destinatarios, no hay contrato sin el consentimiento de todos los interesados, excepto que la convención o la ley autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlo en nombre de todos o permitan su conclusión sólo entre quienes lo han consentido.

El efecto del artículo 1547 del Proyecto es expreso y único: si hay solidaridad, la aceptación de unos implica la aceptación por el todo. Aun dentro de la excepción de la parte final, es muy distinto que decir que la mayoría de ellos, si los autoriza la convención o la ley, pueden celebrarlo en nombre de todos o concluirlo entre los que consintieron.

Ni hay en la donación una opción abierta, ni se refiere a mayoría de ninguna especie. El régimen es absolutamente especial; tanto que, cuando el artículo 980 del Proyecto habla de perfeccionamiento y dice que, entre presentes, se produce cuando la aceptación es manifiesta y, entre ausentes, si es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que ella, ignora la constante en la oferta de donación de aceptación diferida, porque de serlo en el mismo acto no es tal sino formación actual del consentimiento y consumación del contrato de donación o no es nada.

Tan diverso es el régimen de oferta de los contratos en general que, a pesar de las modificaciones introducidas en el nuevo Código con el cercenamiento del derecho de acrecer y de la imposibilidad de aceptar después de la muerte del donante, no deja de tener un régimen tan particular que nos obligaría a seguir hablando de donación diferida y no de oferta de donación, porque se trata de cosas totalmente distintas, pero el efecto de la costumbre instalada nos hace desistir del intento.

En la donación de aceptación diferida el donante tiene una expectativa cierta y determinada, que resulta de su voluntad absoluta en cuanto al contenido del contrato y que no lo subordina en modo alguno a la voluntad del donatario. No obstante conservar su poder de revocarla mientras no fuera aceptada, late en su espíritu la convicción de haber hecho un acto de desprendimiento patrimonial que beneficia a la otra parte, sin pretensiones de obtener más devolución que el reconocimiento moral del donatario.

En el mundo de los negocios, en el que se disputan ventajas y beneficios a veces al límite de lo legal, esta actitud no puede degradarse con una asimilación que lo único que tiene de particular es el nombre, aunque el donante dice “dono” y no “ofrezco” a la espera de una respuesta conveniente y con el aval de una reconsideración favorable de mi posición contractual.

## 7. Liberalidades

La escueta definición de donación del Código Velezano necesita dos artículos para adecuarla a su carácter de “contrato”: por un lado, el 1789, en la formulación inicial y, por el otro, el 1792, a fin de darle efectos legales a través de la aceptación.

El Proyecto avanza en precisión cuando no limita –como el artículo 1789 del Código Velezano– la donación a la transferencia en propiedad de una cosa y, así, permite incluir otros derechos reales. De esos derechos reales, el usufructo fue el más cuestionado porque, a pesar de su naturaleza como uno de los dos aspectos del dominio (nuda propiedad y usufructo), está considerado como simple liberalidad en la amplia limitación del inciso 8 del artículo 1791 del Código Civil:

... no son donaciones: [...] 8º) todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente; pero no con el fin de transferir o de adquirir el dominio de ellas.

No sólo desaparece el concepto amplio de propiedad del 1789 sino también el de dominio, para establecer un límite entre donación y liberalidad. Sin embargo, la diferencia se profundiza, siguiendo el avance que a través de los años tuvo el tema al suprimir totalmente el concepto de liberalidad, con lo que nos enfrentamos con un análisis ni tan amplio como para considerar que toda liberalidad es hoy una donación, ni tan estrecho como para que ninguna liberalidad pueda considerarse tal.

En el análisis que hicieramos de esa norma advertíamos sobre las dos modificaciones más importantes: la primera, con la ley de fe de erratas, que excluye de las liberalidades la cesión gratuita de un crédito (art. 1791, inc. 1, de la primitiva numeración) y la renuncia de una deuda (art. 1791, inc. 3). En la segunda etapa, con la sanción de la Ley 17.711, se introducen otras dos limitaciones al concepto de liberalidad: se deroga el inciso 1 del artículo 1791, según el cual “la repudiación de una herencia o legado con miras de beneficiar a un tercero” deja de serlo, y el inciso 6, conforme el cual “el pago de lo que no se debe, con miras de beneficiar al que se llama acreedor” tampoco es liberalidad.<sup>15</sup>

Entendíamos entonces que, al suprimir como liberalidad la cesión gratuita de un crédito, nos aproximábamos más al concepto de donación, por cuanto el artículo 1437 del Código

15. LAMBER, Rubén A., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 64.

Velezano establecía que a aquel contrato se le aplicaban las reglas de las donaciones.

En cuanto a la renuncia de una deuda, que Belluscio corrigiera adecuadamente como renuncia de un crédito, dado que las deudas no se renuncian,<sup>16</sup> hay por parte del acreedor un desprendimiento patrimonial que se aproxima al acto precedente.

Igual criterio parece aplicable a los otros dos supuestos que resultan de la derogación impuesta por la Ley 17.711, mas cuando en la repudiación de una herencia o legado, si establece que lo sea con miras a beneficiar a un tercero y en el pago de lo que no se debe, tiene la intención de beneficiar al acreedor. Marcamos la intencionalidad porque, al estar establecida en forma expresa, nos plantea la falta de inclusión del supuesto contrario. Si podemos deducir que no son liberalidades estos supuestos cuando hay intención de beneficiar a alguien, queda por ver si la falta de esa intención produce el efecto contrario. Al no estar incluida entre las liberalidades, no podía considerarse tal, pero la reflexión vale si consideramos que con la intención se aproxima a la donación.

Porque en otras liberalidades, aún suprimidas como tales, es difícil adecuarlas al concepto de donación. Tales “la renuncia de una hipoteca o la fianza de una deuda no pagada, aunque el deudor esté insolvente” (art. 1791, inc. 2, CCV). En ninguno de estos casos, hay renuncia a percibir el crédito. El debilitamiento de la garantía no implica renuncia al cobro del crédito. Lo mismo sucede con “el dejar de cumplir una condición a que esté subordinado un derecho eventual, aunque en la omisión se tenga la mira de beneficiar a alguno” (inc. 3), porque lo que se deja perder es un derecho eventual.

Tales reflexiones valen para la “omisión voluntaria para dejar perder una servidumbre por el no uso de ella” (inc. 4) o el “dejar de interrumpir una prescripción para favorecer al propietario” (inc. 5) o el “servicio gratuito, por el cual el que lo hace acostumbra a pedir un precio” (inc. 7).

En consecuencia, ni en el Código Velezano (art. 1789), que exige la transferencia de la propiedad de una cosa, ni en el Proyecto (art. 1542), que exige la obligación de transferir una cosa, entran estas liberalidades donde el concepto de transferir es totalmente ajeno. No obstante, aunque estas liberalidades que no tienen recepción en el nuevo Código no puedan ampliar en modo alguno el concepto de donación, no por ello pueden

16. BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, Eduardo A. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 10), t. 9, p. 11.

excluirse por no ser cosas en el concepto del Código Velezano, definidas como “objetos materiales susceptibles de valor”, con extensión a la “energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación” (art. 2311 CCV, modificado por la Ley 17.711).

## **8. La cosa como objeto de la donación**

En el Código proyectado, las cosas integran los bienes, sin una diferenciación precisa que los identifique por su materialidad. Así como el usufructo-derecho real sobre una cosa es definido como “el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno sin alterar su sustancia” (art. 2129 Pr.) y es perfectamente aplicable al usufructo sobre un derecho (art. 2130, inc. b, Pr.) o sobre el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario (art. 2130, inc. d, Pr.), también puede pensarse la donación como comprendida en una cesión de derechos sobre universalidades jurídicas (herencia, indivisión poscomunitaria) o en otros supuestos donde el desprendimiento patrimonial a título gratuito tiene por fin expreso y directo favorecer al adquirente, haciendo transferencia de los mismos.

La extensión del concepto de donación a un patrimonio, que excede ampliamente el concepto de cosa, tiene expreso reconocimiento en el artículo 1551 del Proyecto y permite que sea objeto de ella, en todo o en parte, con la única limitación de que el donante se reserve el usufructo o cuente con otros medios suficientes para su subsistencia.

El concepto de transferir no está limitado por un concepto material de cosa, como ya lo anticipamos, y, por lo tanto, es extensible a los otros derechos incluidos en la calificación de bienes, sin limitación en materia de donaciones, ni a la propiedad amplia, ni al dominio como derecho real sobre la cosa.

## **9. Los alcances del nuevo concepto de donación**

Suprimidas las liberalidades del artículo 1791 del Código Civil y superado el concepto estrecho de donación como entrega gratuita de una cosa, nos acercamos a la definición que se diera en respuesta a su evolución: todo enriquecimiento patrimonial

a título gratuito de uno, llamado donante, al beneficiario, llamado donatario, que deberá aceptarlo.

Aun con la sola limitación normativa de las liberalidades, Spota concluía que

... la donación no sólo consiste en la obligación de transferir el dominio sobre una cosa a título gratuito y por contrato, sino que puede consistir en la renuncia de una universalidad jurídica como es la herencia o en la renuncia de un derecho emergente de un legado, legado que puede ser de cosa cierta o un legado de un crédito y, aun, un legado de parte alícuota de los bienes relictos.<sup>17</sup>

El Proyecto recepta esta actualización y, así, suprime totalmente las liberalidades y hace extensiva la normativa de donaciones a los demás actos a título gratuito, excediendo ampliamente el concepto de cosas, de transmisión, enajenación o beneficio patrimonial. De esta manera, la limitación a la acción reipersecutoria, como consecuencia de las acciones de colación y reducción aplicadas a la nueva modalidad regulada, no sólo abarca toda transmisión gratuita sino también a las que son entre legitimarios, antes excluidos por el carácter personal de la acción de colación. No obstante, el Proyecto no es contundente en este aspecto, dado que en el artículo 1542 dice que “hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra y ésta acepta”.

En el artículo 1543 hace aplicación subsidiaria a los actos gratuitos: “las normas de este capítulo se aplican subsidiariamente a los demás actos a título gratuito”. Si entendiéramos que la aplicación subsidiaria no significa calificar como donación todo acto de enajenación gratuita, deberíamos encontrar la diferencia entre uno y otro, como lo hacemos con relación a la acción reipersecutoria del artículo 3955 del Código Velezano. Este artículo lo limita a donaciones de inmuebles, pero ahora ya no hay diferencias, dado que tanto las reglas de colación y reducción como el efecto reipersecutorio se aplican sin excepción.

En el Proyecto, las donaciones inoficiosas son las hechas a un descendiente o cónyuge cuando el valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora. En estos supuestos, el acto está sujeto a reducción por el valor de exceso (art. 2386 Pr.).

17. SPOTA, Alberto G., ob. cit. (cfr. nota 2), t. VII, p. 235.

La colación no se limita a donaciones de cosas, dado que, tal como resulta del artículo 2391 del Proyecto:

Los descendientes y el cónyuge supérstite obligados a colacionar también deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular, excepto dispensa y lo dispuesto para el heredero con capacidad restringida en el artículo 2448.

A su vez, según el artículo 2392 del Proyecto, si bien los gastos de alimentos, de asistencia médica por extraordinarios que sean y de educación y capacitación profesional o artística de los descendientes se excluyen de la colación, sí deben colacionarse cuando sean desproporcionados con la fortuna y condición del causante, así como los gastos de boda que exceden de lo razonable; en particular, son colacionables las primas pagadas por seguros de vida para el heredero o lo empleado para establecer al coheredero o para el pago de sus deudas.

La supresión de las liberalidades y esta extensión hermenéutica a los actos gratuitos permiten calificar como donación la obligación de transferir gratuitamente no sólo una cosa sino cualquier otro derecho, crédito, beneficio, etc. Nos introducen en el amplio concepto de “todo enriquecimiento patrimonial a título gratuito”, ya aplicado en la provincia de Buenos Aires con el impuesto a la transmisión gratuita de bienes, que comprende donaciones de dinero, compensaciones en particiones de bienes del matrimonio o de la herencia, o cesiones gratuitas o renuncia de usufructo u otros derechos patrimoniales. En forma concordante con este criterio, el artículo 1544 del Proyecto define los actos mixtos, en parte onerosos y en parte gratuitos, que se rigen, en cuanto a estos últimos, por las reglas de las donaciones.

En el Proyecto toda donación es materia de incertidumbre en cuanto al título generado, con la única ventaja de que establece una solución en el tiempo, como es la limitación temporal, en el plazo de diez años desde que el donatario recibiera la posesión (art. 2459 Pr.). Sin embargo, mientras ese plazo no transcurra, el acto es atacable por los legitimarios afectados por la misma, aunque ahora pueden evitar el efecto sobre la cosa donada, dando el valor de la cosa a los que ejercen la acción (art. 2458, 2º párrafo, Pr.).

Se aprecia así, desde la donación misma, el efecto protector de la normativa debido a la importancia de la legítima –aun cuando establece una reducción de ella–, extendiendo el alcance de la porción disponible para mayor libertad del causante en la determinación de la transmisión para después de su muerte. En el Proyecto la porción disponible es de un tercio cuando se trata de descendientes que tienen una legítima de dos tercios y de un medio contra una legítima de un medio cuando se trata de ascendientes o cónyuge (art. 2445 Pr.).

En este marco se resuelve el conflicto que hay entre los artículos 1805 y 3484 del Código Civil sobre la posibilidad de hacer dispensa de colación para imputar el acto gratuito a la porción disponible en la medida en que el Proyecto admite expresamente que se haga en el acto de donación o por vía testamentaria indistintamente (art. 2385, 1º párrafo, Pr.).

Sin embargo, si hay una reforma trascendente con gran impacto en las donaciones, es en la supresión de las prohibiciones de contratar entre cónyuges y, por consiguiente, de donar el uno al otro durante el matrimonio, con independencia del régimen patrimonial matrimonial elegido. Esto tiene incidencia directa en la práctica notarial, ya que, con la igualación definitiva de derechos civiles de los cónyuges y la división de administración separada, legitima lo que tratábamos de conseguir por vía interpretativa a partir de los cambios producidos por la Ley 17.711.

Al desaparecer la prohibición de contratar, adquiere total legitimidad la constitución de usufructo al cónyuge, sea oneroso o gratuito, particularmente en las donaciones de los progenitores a sus hijos, así como también la nulidad de la donación efectuada a los hijos del cónyuge (art. 1807, inc. 1, CCV), dado que ya no importa que le pueda volver el bien a su cónyuge por vía indirecta.<sup>18</sup>

Actualmente, tiene particular relevancia la reforma del derecho francés del año 1937 para la partición por donación de ascendiente, en la que se exigía en las donaciones de esta naturaleza familiar la necesidad de reserva de usufructo a favor de ambos progenitores, con independencia de la titularidad del bien transmitido.

A su vez, se termina la discusión respecto de la regulación del artículo 3526 del Código Velezano, tan profundamente justificada por Guastavino, admitiendo que la misma se haga con la participación de ambos cónyuges y que una forma de respe-

18. Reformas de último momento en el tratamiento legislativo en materia de régimen de bienes del matrimonio hacen que lo afirmado se aplique únicamente a los matrimonios que han elegido el régimen de separación de bienes; para el de ganancialidad, tienen prohibiciones mayores que las que contenía el CCV.

tar el derecho de cada uno, con independencia de la titularidad, es la reserva a favor de ambos. El Proyecto regula este aspecto claramente (art. 2411 *in fine*: “la partición de los gananciales sólo puede ser efectuada por donación, mediante acto conjunto de los cónyuges”) y avanza aún más cuando permite que la partición por donación de ascendiente se realice en actos separados en la medida en que el donante partidor participe de cada uno, evitando nulidades que se producen por la forma, sin atender a los intereses familiares (art. 2415 Pr. *in fine*: “puede ser hecha mediante actos separados si el ascendiente interviene en todos ellos”). En cuanto a los bienes propios, el Proyecto establece que la partición por ascendiente debe incluir al cónyuge que conserva su porción hereditaria (art. 2411).

Esta modalidad partitiva puede tener la forma de donación o de testamento y, en todos los casos, se deberá colacionar el valor de los bienes susceptibles de la acción en razón de actos anteriores (art. 2413 Pr.). Se reducen formalismos inútiles y, para el supuesto de que en alguno de estos actos no se incluyeran todos los bienes que queden a la muerte del causante partidor, el resto se distribuirá y dividirá según las reglas legales, es decir, haciendo partición de los mismos previa colación de lo omitido y reducción si fuera necesario.

La mejora tanto a favor de los descendientes como del cónyuge, dentro de los límites de la porción disponible, puede disponerse en cualquiera de estos actos, pero debe estar manifestada expresamente (art. 2414 Pr.). Si se hace mediante legado, no es necesario decirlo expresamente. No obstante, para que el legado se entienda que no lo es a título de mejora, es menester la manifestación expresa del testador (art. 2385 Pr. *in fine*).

## 10. El objeto. Cosas determinadas. Dominio.

El artículo 1800 del Código Civil Velezano hace nulo el contrato si se trata de bienes futuros. Sin embargo, el verdadero contenido de la prohibición queda en el ver qué bienes son *futuros*, dado que tanto en la naturaleza como en la abstracción jurídica hay etapas de transición y formación de la cosa o del derecho, entre las que se encuentran las unidades en construcción o a construir por el régimen de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal.<sup>19</sup>

19. LAMBER, Rubén A., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 53.

Según la interpretación que se le dé, podrían incluirse aquellos casos en los que la titularidad del dominio por el donante no estuviera actualizada por la falta de adjudicación en una partición de herencia o indivisión poscomunitaria, o que los bienes comprendidos no estuvieran separados en su individualidad.

### 10.1. *El problema de la titularidad*

En la práctica, el supuesto de una donación diferida ejecutada en esta etapa planteó casos en los que se sostuvo que ésta no podía ser aceptada hasta que se perfeccionara la titularidad del donante o cuando la cosa quedara determinada por la aprobación de la obra que daba precisión jurídica a la cosa, que existía pero sin una denominación precisa.

En el primer supuesto se alegó la nulidad de la donación porque la donante no era titular del dominio al momento de ofrecerlo en donación y, por lo tanto, no tenía legitimación. El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires fue consultado sobre el tema y la asesoría notarial se pronunció por la validez del acto. La primera dictaminante, escribana Dodda, sostuvo que los bienes estaban en el patrimonio del donante desde el momento del fallecimiento del causante (conforme a lo que resulta de los arts. 1313, 1315, 3282, 3240 y 3418 CCV), debido a que la disolución de la sociedad conyugal es por muerte. En este sentido, la escribana manifestó:

Concluimos en este sentido que la aplicación de las normas sucesorias a la disolución de la sociedad conyugal por muerte implica que el cónyuge supérstite y los herederos adquieren la propiedad y la posesión de los bienes del causante al momento del fallecimiento de éste, por lo tanto, integran su patrimonio desde ese momento aunque la sucesión no esté abierta.<sup>20</sup>

En la misma interconsulta, Lamber adhiere al dictamen de Dodda, y agrega que se pudo ceder derechos, sujetos a posterior aceptación, o hacer la donación diferida, para que se aceptara una vez en condiciones de partir los bienes. Esta posición contó con la adhesión del asesor Grebol.<sup>21</sup>

A su vez, Lamber (h) se pronunció en el mismo sentido

... por cuanto al tiempo de realizarse la oferta de donación la cosa existía materialmente, el bien (derecho a adjudicarse) es-

20. DODDA, Zulma A. en AA. VV., "Interconsulta. Oferta o donación diferida en la etapa de indivisión post-comunitaria. Su naturaleza. Distinción entre cosa presente y futura", *Cuaderno de Apuntes Notariales*, La Plata, FEN, n° 80, año VII, agosto 2011, p. 15.

21. GREBOL, Julio R., en AA. VV., ob. cit. (cfr. nota 20), p. 17.

taba en el patrimonio del donante y restaba por cumplirse pasos legales para acreditar la titularidad concreta sobre la cosa en particular.

Asimismo, sostiene el carácter declarativo de la adjudicación y su efecto retroactivo (art. 3503 CCV) al considerar que “no se puede observar que no era titular a dicho momento sin vulnerar los principios del derecho sucesorio argentino”, reflejado también en otra comunidad de cosas particulares, como es el condominio según el artículo 2697 del Código Velezano.<sup>22</sup>

El asesor Causse distingue los derechos sobre comunidades del condominio sobre las cosas, por cuanto las primeras no conforman un derecho real. Sin embargo afirma que hay doctrina que considera que tras la muerte del causante y la aceptación de la herencia por una pluralidad de personas “se produce la transformación del dominio de aquel en condominio de éstos, aun antes de tomarse razón en el registro inmueble.” Según Causse, el criterio de quienes sostienen que se requiere cierta perduración en el tiempo para conformar el condominio, no lo genera, y desde la interpretación del derecho sucesorio trata de conciliar el artículo 3450 (CCV), del que resulta que ninguno de los herederos es titular en el dominio de los inmuebles, con el artículo 3264 del Código Velezano, que señala que los sucesores universales son al mismo tiempo sucesores particulares en cuanto a los objetos particulares que dependen de la universalidad que ellos suceden. Concluye señalando que

... al consagrar la indivisibilidad de la propiedad y la posesión, en cabeza de todos y cada uno de los herederos, viene una vez más a suministrar el criterio rector [...] no es posible que actuando el heredero en salvaguarda del derecho sobre un bien *ut singuli* para la masa hereditaria, pueda reputársele obrando en los límites de una cuota que no está referida a este bien singular, sino a la comunidad *ut universitas*...<sup>23</sup>

La asesora Abella adhiere a los dictámenes de los mencionados y, fundamentalmente, su posición en la investidura que los ascendientes, descendientes y cónyuge reciben de pleno derecho y sin ninguna formalidad (art. 3410 CCV). Recurre al criterio de Demolombe sobre la adquisición inmediata del heredero *a die mortis* de la propiedad de todos los derechos que pertenecían al difunto, aunque el heredero hubiera ignorado la muerte

22. LAMBER, Néstor D., en AA. VV., ob. cit. (cfr. nota 20), pp. 18-20.

23. CAUSSE, Jorge R., en AA. VV., ob. cit. (cfr. nota 20), pp. 20-21 (con cita de Zannoni).

del causante y no lo hubiera sobrevivido más que un instante. La adquisición de la posesión, sin ningún acto hecho de aprehensión, así como la continuación de la persona del difunto por el heredero.<sup>24</sup>

Finalmente, el asesor Di Castelnuovo rechaza en forma terminante que el supuesto se trate de una donación de bienes futuros. El bien, su derecho, son bienes presentes ya que estaban en su patrimonio. La circunstancia de no haber sido la titular del dominio no modifica las cosas. La consultante concretó su expectativa ganancial con respecto a ése y a los demás bienes, de la mal llamada sociedad conyugal al disolverse por fallecimiento del esposo. Rescata luego la situación de los legitimarios que entran en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión, según el artículo 3410 del Código Civil y las normas del derecho sucesorio invocados por la dictaminante Dodda. Finalmente, reflexiona sobre la tipificación del acto, que pudo serlo como cesión de los gananciales por muerte del esposo, pero eso no afecta la validez. Así considera:

... si bien dijo donar podría interpretarse que lo que hizo fue “ceder” sus derechos. Ya sabemos que el título (la causa) que las partes puedan dar a sus actos en nada modifica la substancia de los mismos.<sup>25</sup>

En el otro supuesto, Lamber (h) ha reafirmado estos principios en un dictamen de 2013.<sup>26</sup> Allí, el autor sostiene que, en primer término, la doctrina ha aceptado en forma unánime que, pese a los términos del artículo 1789, el contrato de donación de inmuebles no es de carácter real, sino consensual. En especial, son determinantes, entre otras normas del capítulo, los artículos 1833 y 1834 del Código Velezano, que establecen la obligación del donante de entregar la cosa donada aún cuando no hubiere efectuado la tradición y la legitimación activa del donatario de la acción real, en su caso, o personal contra el donante o sus herederos, para obtener de ellos la ejecución de la donación.

Estas normas demuestran que la donación puede existir con plenos efectos jurídicos aun cuando no se haya transmitido la cosa (falta de tradición en los inmuebles). En materia inmobiliaria, si no ha transferido el dominio inmobiliario, se estará ante una obligación personal entre el donante y el dona-

24. ABELLA, Adriana N., en AA. VV., ob. cit. (cfr. nota 20), pp. 21-22.

25. DI CASTELNUOVO, Gastón, en AA. VV., ob. cit. (cfr. nota 20), pp. 22-24.

26. Ver LAMBER, Néstor D., “Aceptación de donación sin transmisión de dominio. Poder irrevocable”, *Cuaderno de Apuntes Notariales*, La Plata, FEN, n° 99, año IX, marzo 2013.

tario, inoponible a terceros, pero que requerirá necesariamente su otorgamiento por escritura pública según los artículos 1810 y 1811, que exigen esta forma, en especial el segundo para la aceptación, en el mismo acto o por acto notarial posterior.

El artículo 1813 del Código Civil establece que, en el juicio en que se demandase la entrega de los bienes donados, la donación (oferta y aceptación en el caso) sólo se considera probada por las respectivas escrituras públicas. En consecuencia, otorgar la aceptación de la donación de las partes indivisas por el donatario (posible vendedor) por escritura pública, tendrá el primer efecto jurídico de poder exigir a los herederos la entrega del inmueble. Es decir, es titular de la acción y del derecho creditorio correlativo; y una vez cumplimentados los pasos procesales, la transmisión final del bien a su favor tendrá el efecto retroactivo previsto en materia sucesoria.

Tratándose de inmuebles, tal aceptación –aun cuando no se haga tradición o se entregue la cosa condicionada a los efectos traslativos de la partición hereditaria– es necesaria otorgarla por escritura pública, y sólo con este acto formal *ad solemnitatem* se puede considerar admisible un poder irrevocable.

En sentido estricto, este poder no es para aceptar el contrato de donación, que se acepta en este acto, sino para cumplir con la transmisión dominial a título de donación, aun cuando en el futuro se vuelva a repetir la expresión de aceptar en una futura escritura pública, pero sin olvidar que necesariamente se debe aceptar en el presente.

Debe tenerse presente que el artículo 1796 del Código Veleziano establece que la donación queda sin efecto si el donatario muere antes de aceptar la donación; sin embargo no se refiere a la donación aceptada, en la que no se ha cumplido con la transmisión dominial.

En el caso planteado, una vez aceptada la donación por escritura pública, los sucesores del donatario podrán ejercer las acciones del artículo 1834 del Código Civil, recibiendo del donatario las acciones y derechos personales que le permiten recibir la cosa y concluir la tradición del inmueble, cuyo título serán las escrituras de oferta y aceptación. De allí, la necesidad de aceptar la donación por escritura pública para ser causa de la irrevocabilidad del poder consultado.

Se puede dar así el supuesto excepcional en que se haga la tradición de la cosa, o se inscriba la transmisión del dominio

por aceptación de donación aún después del fallecimiento del donatario, porque la donación ya fue aceptada previamente.

Esta aceptación con trámites sucesorios pendientes no podrá tener inscripción registral y, por ende, carecerá de oponibilidad a terceros; por lo cual pone al notario ante el incumplimiento del artículo 38 inciso 8) de la Ley 9020/78, que establece como su deber el tramitar bajo su sola firma la inscripción en los registros públicos de los actos pasados en su protocolo. En el caso, se configura un supuesto de imposibilidad de la inscripción, por no estar cumplidos los pasos judiciales previos para la acreditación de una transmisión *mortis causa* previa al acto a otorgar.

Sin embargo, la demora ritual local no puede impedir el derecho que admite la norma de fondo federal, por lo que no se puede exigir una obligación de cumplimiento imposible ni tampoco conculcar del derecho ni del propietario ni del *accipiens* por una norma regulatoria de la función notarial en el ámbito local, si se deja constancia del completo asesoramiento y conformidad del requirente de los efectos de esta aceptación sin transmisión actual de dominio, pero que a la vez asegura su derecho y voluntad conjunta –aunque en tiempos separados– de ambas partes de la donación.

## 10.2. *El problema de la determinación de la cosa*

Ya sostuvimos<sup>27</sup> la necesidad de diferenciar el concepto de cosa futura de las cosas de existencia futura o cosas de evolución (o madurez) futura de López de Zavalía.<sup>28</sup>

Poníamos especial énfasis en la transferencia de unidades en construcción, cuya individualización final resultará de los planos de subdivisión, y en los casos de la Ley 13.512, del sometimiento del inmueble a la ley citada. Decíamos entonces que dado que en estos supuestos puede no haber una individualización jurídica de la cosa, y la misma resultará luego del cumplimiento de requisitos administrativos, corresponde preguntarse si esa futura unidad, lote o parcela, será al momento de la negociación previa o de primer grado, sobre una cosa presente o futura.

Como el sustrato del derecho es la lógica de sus normas, partimos de principios elementales. Tomamos uno de los mo-

27. LAMBER, Rubén A., ob. cit. (cfr. nota 4).

28. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte especial*, Buenos Aires, Zavalía, 1985, t. 2, pp. 62-63 y 419.

dos del ser de Aristóteles, la *potencia* y *acto*. Señala Julián Marías en la explicación del ser que

... un ente puede ser actualmente o sólo una posibilidad. La semilla es un árbol pero en potencia, como el niño es un hombre o lo pequeño grande. Pero hay que tener presente dos cosas: en primer lugar, no existe una potencia en abstracto, sino que una potencia es siempre potencia para un acto [...] como la potencia es potencia de un acto determinado, el acto está ya presente en la misma potencialidad.<sup>29</sup>

La cosa que es en potencia es indudablemente y existe como tal, por más que esté sujeta a un desarrollo futuro y, por tanto, no es en modo alguno cosa futura. El departamento en un edificio en construcción, no existe materialmente pero sí en potencia hasta que la aprobación de planos y cumplimiento de los demás requisitos legales lo conviertan en departamento en acto. Donar una cosa de elaboración o evolución futura no es cosa futura. Es cosa actual en potencia hasta su conversión en cosa en acto.

Sobre esta base elaboramos las soluciones jurídicas de donaciones de espacios a subdividir y, como sostuvimos, no se trata de dialéctica abstracta de laboratorio, sino de una realidad social recogida en las negociaciones familiares, originadas en la falta de recursos económicos o en los afectos y cuidados que requiere la prole cuando los hijos se casan y forman su núcleo familiar en el mismo espacio físico donde se criaran con sus padres. El lote donde se levanta el hogar deja margen muchas veces para utilización de espacios en jardines, en el fondo, o por sobreelevación, el que indudablemente, si es abonado por los hijos, lo es en condiciones mucho más económicas que en el comercio, pero que en verdad, la utilización en la mayoría de los casos, lo es por obsequio de los padres, a modo de un anticipo de herencia, que merece luego un tratamiento especial en cuanto a las relaciones hereditarias con otros herederos de igual grado.<sup>30</sup>

Desarrollamos allí no meras ofertas de donación para ser luego aceptadas, sino donaciones firmes y definitivas, aceptadas por los donatarios pero sujetas a la condición de la construcción de una unidad que será afectada a propiedad horizontal o división del terreno, lo que permite individualizar la cosa resultante desde lo jurídico.

29. MARÍAS, Julián, *Historia de la filosofía*, Madrid, Edición Talleres Clavideño, 1957, 9ª ed., p. 66.

30. LAMBER, Rubén A., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 121.

En la nueva denominación que resulta, aquello que era cosa presente de evolución futura o en potencia, se convierte en cosa presente, actual o en acto, y así se formaliza la inscripción registral en esta instancia.

### 10.3. *El tratamiento del tema en el Código proyectado*

El artículo 1551 del Proyecto se refiere al objeto de las donaciones y excluye como tal el patrimonio del donante o una alícuota de él, a la vez que rechaza expresamente las “cosas determinadas de las que no tenga dominio al tiempo de contratar.”

La norma parece dirigida expresamente a todos aquellos actos que incluiríamos si no hubiera una titularidad actual, o la cosa no tuviera dominio, por cuanto no se refiere a cosas futuras, sino que las individualiza como carentes de dominio.

Esa precisión desarmaría todos los argumentos elaborados a la luz del Código Velezano, determinando una exclusión absoluta de actos que al momento de celebrarse, pertenezcan a una indivisión comunitaria o poscomunitaria, o cuya cosa estuviera en una etapa de evolución futura.

El único camino posible en cuanto a la titularidad sería la cesión de derechos hereditarios o los gananciales, y respecto de las cosas de esta especie, como departamentos en construcción, excluidos de toda posible donación.

No obstante lo que resulta de la lectura de la norma, parecería hasta descabellado una exclusión de esa especie, ya que lo que se hizo durante muchos años en la práctica de los negocios familiares, nunca generó trastornos de ninguna especie.

Parece que los legisladores, refugiados en el ámbito cerrado de sus estudios, desconocen la realidad.

#### 10.3.1. *Respecto de la titularidad*

Esta norma no sólo contradice la vida real de las personas en su ámbito familiar, sino la propia legislación, ya que la regla madre del derecho sucesorio, establece que la adjudicación por partición produce la adquisición de la cosa como si fuera del adjudicatario desde el día de la muerte del causante. Como dice el último párrafo del artículo 3503 del Código Velezano, “los bienes que le han correspondido por la partición, lo tiene exclusiva e inmediatamente del difunto y no de sus coherederos”.

Reafirmando este principio, el artículo 2403 del Proyecto establece el efecto declarativo de la partición:

La partición es declarativa y no traslativa de derechos. En razón de ella, se juzga que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela y en los que se le atribuyen por licitación, y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos...

El principio es el mismo del artículo 3503 del Código Velezano y, por más que en este caso no se refiere a cosa futura sino al dominio, es evidente que éste se tiene al momento de otorgar el acto por el efecto retroactivo que resulta de la aplicación del principio citado, dado que dejar a la comunidad con un dominio no registrable hasta ese momento y sin individualización de sus titulares es vaciar el derecho real de contenido. ¿Qué ha sucedido con la muerte del causante? ¿Se extinguió el derecho real y con la partición se va a adquirir como nuevo? Eso sería darle efecto traslativo, algo que la norma en el párrafo transcrito rechaza.

No obstante, si quedaran dudas, el párrafo siguiente amplía el concepto para otros actos que permitirían una adjudicación parcial, al hacer cesar la indivisión:

Igual solución se entiende respecto de los bienes atribuidos por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la indivisión totalmente, o de manera parcial sólo respecto a ciertos bienes o ciertos herederos.

De lo que hemos señalado sobre la amplitud del concepto de donación, referida no sólo a cosas materiales sino a otros bienes de distinta especie (art. 1544 Pr., extensión de la colación a distintos bienes que no son cosas como las de los arts. 2391 y 2392 Pr., o sobre cesiones gratuitas) ya encontramos una importante puerta de ingreso a la legitimidad del acto.

Al incluir las cosas entre los bienes, no establece diferencia y las reconoce y clasifica simplemente, como en el supuesto de los inmuebles por su naturaleza (art. 225 Pr.) o inmuebles por accesión (art. 226 Pr.) o cosas muebles (art. 227 Pr.).

Cuando nos encontramos con la moneda, que a pesar de estar materializada por el papel billete, se moviliza en cuentas sin desplazamiento material alguno, así como los títulos valo-

res cartulares, que tienen materialidad en el pliego de papel que lo identifica, y los no cartulares, que tienen circulación autónoma en las condiciones de creación que resultan del artículo 1820 del Proyecto, “aunque la prestación no se incorpore a un documento”.

Tanto la transmisión o constitución de derechos reales sobre el título valor, los gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor deben efectuarse mediante asientos en registros especiales que debe llevar el emisor o, en nombre de éste, una caja de valores, una entidad financiera autorizada o un escribano de registro, momento a partir del cual la afectación produce efectos frente a terceros. En ese aspecto, ambos títulos valores, cartulares o no, son cosas a pesar de su variable materialidad y no se puede dudar que la cesión gratuita de ellos, implica la aplicación de las reglas sobre las donaciones.

Ya anticipamos también el carácter de verdadera donación, aquella que comprende un patrimonio o parte del mismo conforme a la regulación del artículo 1551 del Proyecto, con los límites allí establecidos en protección del donante, que deja fuera de dudas la aplicación de estas reglas a las cesiones de créditos en general, pero en particular a la ahora regulada cesión de derechos hereditarios (arts. 2302 y cc. Pr.) y cesión de gananciales en la liquidación de los bienes del matrimonio por muerte, en tanto se trate de transferencias gratuitas.

Con carácter general, el artículo 1614 del Proyecto, regula la cesión de derechos y establece que

Se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según se haya realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien, o sin contraprestación...

Esta norma es equivalente a la que el Código Velezano regula como cesión de créditos en los artículos 1435, 1436 y 1437 y amplía a los demás derechos en el 1444.

Queda así explicitada la amplitud que alcanzan por vía interpretativa, no sólo los actos incluidos como donaciones propiamente dichas, sino aquellos al que le son aplicables sus reglas. En consecuencia, ceder o donar en la etapa de indivisión, no puede considerarse un acto contrario a derecho y su legitimidad desnaturaliza cualquier pretensión de desconocimiento

y configura una de las modalidades de adjudicación con relación a determinadas cosas o bienes

Por tal motivo, el último párrafo del artículo 2403 del Proyecto dice expresamente que

Los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos a consecuencia de la partición sea quien fuera el adjudicatario de los bienes que fueron objeto de esos actos.

### 10.3.2. *Respecto de la cosa*

En cuanto a las donaciones diferidas u ofertas de cosas que están sujetas a su determinación jurídica por la confección de planos, afectaciones a regímenes especiales y demás recaudos que modifican la designación originaria, no pueden entenderse, en modo alguno, como carentes de dominio. El dominio por la sola modificación del plano, sin acto alguno de voluntad de partes, modifica la designación en el Registro de la Propiedad, porque el derecho real está asentado sobre la cosa en su nominación originaria y si esta cambia, no cambia por ello el sujeto del derecho ni el alcance del derecho real de dominio. La oferta individualizará la cosa registrada y hará referencia a cómo se dona, si es en su integridad o sujeta a alguna anexión, división, etc. sin que por ello pierda su titularidad ni determinación como cosa.

Nada afecta el derecho de dominio, a pesar de la modificación de su naturaleza, cuando se afecta a propiedad horizontal (art. 2307 Pr.), o por la modificación de unidades que desaparecen o dan lugar a otras nuevas, aún a expensas de espacios comunes. En tales supuestos, la unidad resultante es producto de una unidad distinta sobre la que se tenía el dominio y que al modificarse pasa a ser unidad en etapa de evolución futura. En potencia, la unidad que se crea y en acto se transformará acto la nueva.

Por lo tanto, lamentamos que la letra del artículo 1551 del Proyecto no tuviera la claridad suficiente, para no generar estas dudas interpretativas, pero entendemos que, ante los argumentos dados, no es posible cambiar la aplicación del derecho como hasta ahora se venía haciendo.

## 11. La supresión del derecho de acrecer

Si bien Belluscio sostenía que el derecho de acrecer en las ofertas de donaciones, regulado por el artículo 1798 del Código Civil, sólo se aplicaba cuando la donación diferida lo era *in solidum* y no en forma independiente, el respeto por la voluntad de los donantes justificaba su mantenimiento para evitar discrepancias.

En obligaciones mancomunadas, cualquier donante con pluralidad de donatarios podría tener la intención de establecer el acrecimiento a favor de todos (en cuyo caso no haría más que funcionar como si fuera solidaria) o de algunos de ellos en particular en atención a lo que su voluntad mejor informada con relación a los beneficiarios le aconsejara hacerlo.

No se advierte qué inconveniente puede presentar, más aún cuando se encuentra en una etapa en que el contrato no se ha perfeccionado y, como resulta de la nota al artículo 3810 del Código Civil Velezano, en los contratos y en las donaciones entre vivos el derecho de acrecer no tiene lugar.

Sin embargo, repitiendo la excepción del Código Velezano, el artículo 1603 del Proyecto establece, refiriéndose a la pluralidad de beneficiarios en el contrato oneroso de renta vitalicia, que “a falta de previsión contractual, les corresponde por partes iguales sin derecho de acrecer.”

En materia de usufructo, se da la misma solución a través del artículo 2132 del Proyecto, ya que, luego de permitir que se establezca conjunta y simultáneamente a favor de varias personas, dice que “si se extingue para una subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto si en el acto constitutivo se prevé lo contrario”.

En ambos supuestos, a pesar de no tratarse de una oferta, sino de contratos perfeccionados, admite excepcionalmente el pacto de acrecimiento, criterio que se incrementa con otro contrato más no previsto antes, como es el de fideicomiso, supuesto en que, al referirse a los “beneficiarios”, dice en el artículo 1671 del Proyecto que pueden designarse varios quienes, excepto disposición en contrario, se benefician por igual. Y agrega que,

... para el caso de no aceptación o renuncia de uno o más designados, o cuando uno u otros no llegaran a existir, se puede esta-

blecer el derecho de acrecer de los demás o, en su caso, designar beneficiarios sustitutos.

No se trata entonces de una cláusula lesiva para los derechos de las partes, ni que ocasione perjuicio u otros contratiempos, sino una exclusión por olvido o por razones que es imposible imaginar desde lo jurídico social.

Incluso, se prevé la vigencia del fideicomiso en el caso de muerte de quien no aceptara, con lo cual debemos descartar las restricciones a las donaciones para que no puedan ser aceptadas después de la muerte del donante, bajo condición suspensiva, ya que no son aplicables al caso: el acrecimiento funciona como una cláusula del contrato que se ejecuta en vida de las partes, ya que si los donatarios fallecen sin aceptarla (art. 1796 CCV), ésta no beneficia a sus herederos y dependerá su subsistencia entre los otros donatarios, según como se haya efectuado. Si lo es *in solidum*, valdrá en su totalidad por los que aceptaron. Si lo es mancomunada, la parte del fallecido volverá al donante. Por qué entonces no permitir que se establezca ese acrecimiento, como lo establece el artículo 1798 del Código Civil Velezano, si el pacto de solidaridad o mancomunidad no merece restricción alguna. Así como podrían pactarlo solidariamente deberían poder hacerlo, si así lo establecen libremente, a pesar de la donación por partes.

Esta extraña política legislativa u olvido poco creíble, dada la altura intelectual de los autores, no lo ignora en materia sucesoria, ya que establecen una norma clara, precisa y sintética de excelente elaboración, como la del artículo 2489 del Proyecto. Ensambla la misma con la institución de herederos y legatarios. Después de resolver en los artículos 2486 y 2488 la distinción entre herederos universales y de cuota, encara el problema de las consecuencias entre unos y otros, y regula el derecho de acrecer en el artículo 2489, tras suprimir la figura del legatario de cuota.

Admite herederos universales instituidos sin asignación de partes, que suceden al causante por partes iguales y con vocación al todo (art. 2486 Pr.), y herederos de cuota por una parte de la herencia, pero sin vocación al todo, salvo que el testador hubiera hecho un llamado “para el supuesto de que no puedan cumplirse, por cualquier causa, las demás disposiciones testamentarias” (art. 2488 Pr.)

Por el segundo párrafo del artículo 2486 del Proyecto, instituye uno o varios herederos sin asignación de partes, y otros con asignación de partes, y resuelve a quien corresponde el remanente.

Por el segundo párrafo del artículo 2488, establece que si las partes exceden la unidad se reducen proporcionalmente a ella, pero si no cubren el todo, el remanente corresponde a herederos legítimos. A falta de éstos, corresponde a los instituidos en proporción a sus cuotas.

El artículo 2487 del Proyecto establece quiénes son herederos universales y el inciso c) indica que los legados que absorben la totalidad de los bienes, son tales si el testador confiere a los legatarios el derecho de acrecer.

Este derecho se regula en el artículo 2489, para el caso del testador que instituye a varios herederos en una misma cuota o atribuye un bien conjuntamente a varios legatarios. Así, cada beneficiario aprovecha proporcionalmente la parte que pertenece al heredero o legatario, cuyo derecho se frustra o caduca. Agrega el artículo, según lo regulado por los artículos 3821 y 3822 del Código Velezano, que “los favorecidos por el acrecimiento quedan sujetos a las obligaciones y cargas que pesaban sobre la parte acrecida, excepto que sean de carácter personal”. Y, en concordancia con el artículo 3823 del Código Velezano, admite que el derecho de acrecer se transmite a los herederos.

Esta síntesis del tratamiento permite comprender mejor su aplicación y las distinciones entre el acrecimiento del heredero universal, con vocación al todo, y las situaciones que crea con el heredero de cuota, que fuera de los testamentos, podía contar con cierta semejanza, con las donaciones sujeta a posterior aceptación, especialmente cuando se utilizaba el instituto de la partición por donación de ascendientes.

## 12. Partición por los ascendientes

Justificando en parte el tratamiento conjunto de las donaciones y testamentos en el Código Napoleón, encontramos que este instituto tiene su punto de confluencia entre ambos: al constituirlo por donación, se rige por las normas de este contrato, pero, una vez fallecido el donante, se aplican las reglas de la

partición, de la que forma parte en la temática del Título VIII, Libro Quinto, del Proyecto (arts. 2415-2420).

Su regulación merece algunas observaciones. En primer lugar, la distinta calificación del objeto de este acto: en su primera etapa es *donación*, dado que prohíbe los bienes futuros (art. 2415 Pr.), mientras que el artículo 1551 del Proyecto –que cambia la redacción del 1800 del Código Velezano– se refiere a “cosas determinadas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar”. En el Código Napoleón encontramos que este instituto tiene su punto de confluencia entre las donaciones y los testamentos: al constituirlo por donación, se rige por las normas de este contrato, pero una vez fallecido el donante, se aplican las reglas de la partición. Por un lado la distinta calificación del objeto de este acto, que en su primera etapa es “donación” ya que prohíbe los bienes futuros (art. 2415 Pr.), en tanto que en el artículo 1551 (Pr.), cambia la redacción del 1800 del CC Velezano y se refiere a “cosas determinadas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar”.

De aplicarse las reglas de la donación, es indudable que se puede hacer oferta de este contrato, por más que apunte a la partición, porque, como dice el segundo párrafo del artículo 2415 del Proyecto, “puede ser hecha mediante actos separados si el ascendiente interviene en todos ellos”. Cada uno en particular no conformaría la partición, sino un contrato preparatorio de la misma.

Esta regulación responde a la doctrina que permitía sumar los actos separados para configurar un acto partitivo y, por lo tanto, su redacción mejora dado que la intervención exclusiva del donante configuraría en cada caso una oferta. Sólo cuando estén comprendidos todos los herederos, tendría el segundo efecto, de partición para después de la muerte del donante partidor.

Sin embargo, hay una incongruencia en regular este contrato tan afín a la liquidación de una herencia entre legitimarios al desconocer el derecho de acrecer, al que nos referimos en el punto anterior, tan propio del derecho sucesorio y con la contradicción de mantenerlo en una parte, cuando lo desconoce en la otra.

No hay en la oferta derecho de acrecer. No obstante, si la donación conforma un pacto entre donante y donatarios, puede establecerse una renta vitalicia. En tal caso, sí está permitido el derecho de acrecer entre los beneficiarios de la renta.

También es incongruente rechazar en la oferta de donación, aplicable a la partición por donación de ascendientes, y aceptarlo para la partición por testamento, dado que en este supuesto el derecho de acrecer se aplica por imperio normativo.

Por tales motivos, entendemos que no se han tratado ambos institutos con el cuidado que merece la protección de la familia, en una situación tan sensible como es la distribución de bienes para después de la muerte.

### 13. Conclusión

De lo expuesto resulta clara la preponderancia de la donación como contrato sustancial para resolver los problemas patrimoniales de la familia, fundamentalmente en las relaciones entre padres e hijos.

La donación diferida, denominada oferta, en la legislación proyectada podría insinuarse como afín al testamento, pero se le ha quitado su principal efecto, como es la aceptación después de la muerte.

Al poder utilizarse la disposición de última voluntad, las costumbres dieron a la familia la opción de un negocio que podía utilizarse en el doble carácter: en vida del disponente con la debida aceptación por los beneficiarios, o después de su muerte, como en el caso del testamento.

A diferencia de otros actos, que están amparados por la legislación a pesar de ser utilizado muchas veces en forma fraudulenta, tales como la gestión de negocios ajenos o la compra para menores, en los que el gestor revoca la disposición si su situación económica no afecta el patrimonio o hace que sea aceptada en caso contrario para excluirlos de la agresión de sus acreedores, la donación diferida no ha presentado cuestionamiento alguno, incluso porque carece de publicidad registral.

Es un negocio propio del ámbito familiar, al que se recurre en la generalidad de los casos. Tanto en el código vigente como en la legislación proyectada, los padres deben conducir, orientar y planificar el futuro, dando seguridad y respaldo a los hijos, formando su patrimonio o las condiciones más favorables para ello.

Con la donación diferida, el donante puede con el tiempo poner de manifiesto su intención de mentarla o revocarla, aun-

que el tiempo y los avatares de la vida, pueden hacer imposible el cumplimiento, si su voluntad no es respetada después de la muerte, como ocurre en el testamento.

No se advierte la razonabilidad de la supresión de esta opción, que la intuición popular ha elegido como la más apropiada, por que puede ejecutarse en vida o, si esta se trunca, después de su muerte. Hay en ello un desconocimiento claro del ejercicio de la libertad de las personas para planificar su familia y la base contractual en la que se apoya, y de la inteligencia para dar a los hijos lo que el conocimiento directo y personal le permite conocer más que los propios jueces y legisladores, siguiendo el sabio comentario de Vélez Sársfield en su nota al artículo 3514.

Más grave aún resulta el impedimento probable de aceptar aquellas donaciones diferidas que ya están hechas, y que por una reforma legislativa como la presente, se pueden considerar excluidas de la retroactividad de las leyes, por considerar que el derecho reclamado por el donatario que debe aceptar es mera consecuencia de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, como señala el artículo 7 del Proyecto.

El tema de la retroactividad de las leyes, ha sido materia de largas discusiones, muy bien reflejadas por Borda cuando señala la imposibilidad de precisar qué es un derecho adquirido.<sup>31</sup> Por más que el último párrafo del artículo 7 establezca que “las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución”, además de referirse a las supletorias, está tomando como base el contrato y no la oferta.

No obstante, planteamos el problema desde el derecho adquirido del donante, que en un momento dado y sobre la base de una ley que lo favorecía, tomó la determinación de hacer su declaración de voluntad para que produzca efectos en vida o después de su muerte. ¿Cómo explicarle ahora que la nueva ley no lo ampara y que lo que hizo en el marco del derecho ya no tiene vigencia?

Parece que no importa que haya comenzado a ejecutar su voluntad, no sólo por los gastos invertidos en la escritura respectiva, sino en los proyectos tales como construcción de una vivienda para sus hijos beneficiarios o los planos de subdivisión, etc. Para la nueva ley, lo que importa es que no es un contrato. Debería importar no ya como derecho adquirido que los juristas se declaran incapacitados para definir el respeto por las declaraciones de voluntad de la persona humana,

31. BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971, p. 36.

que actúa en el marco del derecho vigente. Será como si a un testador, que dejó plasmada su declaración de última voluntad, se le quitara el derecho de testar y se declarara inaplicable el que otorgara.

Por todo esto y por las distintas incongruencias que fueron señaladas en el curso del trabajo, entendemos que los legisladores deben abocarse a un estudio meditado de las graves consecuencias sociales que, en el ámbito de la familia, representarán una verdadera involución en el plano del derecho.

