**Voces:** UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONTRATO ~ DONACION ~ CAPACIDAD ~ DONANTE ~ DONATARIO ~ CELEBRACION DEL CONTRATO ~ CONTRATO ENTRE AUSENTES
**Título:** El contrato de donación y sus vicisitudes en el Código Civil y Comercial
**Autor:** Armella, Cristina N.
**Publicado en:** Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, 430
**Cita Online:** AR/DOC/1132/2015

**Sumario: I. Introducción.— II. El contrato de donación y la capacidad de donante y donatario.— III. El contrato de donación y su celebración entre ausentes.**

**Introducción**

El Código Civil y Comercial de la Nación ha sido promulgado por la ley 26.994, cuya entrada en vigencia (art. 7º de la mencionada ley) ha sido adelantada al 1º de agosto de 2015 (Ley 27.077).

Por tanto a partir de la fecha señalada y de acuerdo a lo normado en el art. 7º de dicho ordenamiento legal, la conducta de los habitantes de nuestro país (art. 4º del C.CyC) se verá impactada por el nuevo Código dada la aplicación inmediata del mismo a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. De esta manera se siguen los lineamientos establecidos por el art. 3º del Código Civil, reformado por la Ley 17.711 [1968]. (1)

En esta ocasión abordaremos algunos aspectos del contrato de donación (arts. 1542 al 1573 del C.CyC), especialmente cuando el mismo se vincula con otras instituciones jurídicas.

Es dable advertir que se trata de un contrato muy caro a las costumbres arraigas en nuestro país y que en el marco de los negocios jurídicos celebrados entre familiares tiene un protagonismo importantísimo, en especial cuando los ascendientes pretenden que sus bienes, especialmente los inmuebles, que han logrado a través de esfuerzos propios y ajenos (ya que muchas veces los han recibido de sus ancestros) pasen a sus descendientes tempranamente, por actos entre vivos, sin esperar sus fallecimientos. Este supuesto no es excluyente de muchos otros ejemplos en los cuales se evidencia la real voluntad del donante de beneficiar al donatario, a partir de un íntimo convencimiento de que realiza un acto jurídico con la más plena convicción de que ese es su verdadero deseo. No obstante, esta realidad incontestable, que cotidianamente se expresa en miles de títulos provenientes de donaciones en toda la República Argentina, tendrá que sortear no pocos obstáculos en su circulación en el tráfico negocial a partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El contenido de este artículo se centrará especialmente en las donaciones inmobiliarias, aunque en ciertas oportunidades también tendremos en cuenta las donaciones de otras cosas, como las donaciones manuales dinerarias.

**A. El contrato de donación y la capacidad de donante y donatario**

1. Donaciones anteriores al matrimonio

**Convenciones matrimoniales.** El Libro segundo al legislar sobre las relaciones de familia, en su Título 2: régimen patrimonial del matrimonio, se ocupa en el Capítulo 1: de las disposiciones generales y en la Sección 1: de las convenciones matrimoniales. Estas convenciones pueden celebrarse antes del matrimonio por los futuros cónyuges (art. 446) y luego del matrimonio con la finalidad de modificar el régimen patrimonial (art. 449), después de un año de aplicación del régimen convencional o legal -esto es el régimen de separación (art. 505 y ss.) o el régimen de comunidad (art. 463 y ss.).

Dentro del objeto de las convenciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio, el inc. c) del art. 446 enumera "las donaciones que se hagan entre ellos". (2) Tal convención debe celebrarse por escritura pública y produce sus efectos a partir de la celebración del matrimonio y en tanto el matrimonio no sea anulado (arts. 424 a 430).

**Convenciones matrimoniales anteriores al matrimonio celebradas por menores de edad. Capacidad adelantada para donarse entre ellos.** Las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial (art. 450 del C.C.yC.). Ello nos impone entender, a contrario sensu, que las personas menores de edad, que no necesitan autorización judicial para contraer nupcias porque cuentan con la autorización de sus progenitores (quienes ostentan la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental) (3) pueden hacerse donaciones en la convención matrimonial.

Fundamentos. El art. 403 al establecer los requisitos para contraer matrimonio determina como impedimento dirimente tener menos de dieciocho años (inc. f). Esta norma mantiene lo legislado en la Ley 25.579 de adelantamiento de la mayoría de edad a los dieciocho años, con más el establecimiento de la edad núbil a los dieciocho años de edad tanto para el varón como para la mujer, de lo que se infiere, sin hesitación, que la edad núbil se adquiere con la mayoría de edad, régimen que fue mantenido en el nuevo Código. Por tanto, todos los menores de edad que pretendan celebrar matrimonio deben contar con la autorización de sus representantes legales o la autorización judicial conferida a partir de la dispensa judicial. Es clara la norma cuando distingue dos franjas etarias. Los menores que no hayan cumplido los dieciséis años de edad pueden contraer matrimonio si obtienen la dispensa judicial. Los que hayan cumplido los dieciséis años pueden celebrar matrimonio

válidamente solo con la autorización de sus representantes legales. Si no cuentan con la autorización de sus representantes legales pueden tramitar la dispensa judicial.

Si interpretamos el art. 450 a la luz del art. 403 y 404 afirmamos que los únicos menores de edad que no pueden hacerse donaciones en las convenciones matrimoniales anteriores a la celebración del matrimonio son los que contraen nupcias con dispensa judicial por ser menores de dieciséis años o mayores de dieciséis años que no cuentan con la autorización de sus representantes legales. Por su parte, los menores mayores de dieciséis años que cuenten con la autorización de sus representantes legales para contraer nupcias podrán hacerse donaciones en la convención matrimonial que celebren.

Sin lugar a dudas se trata de una excepción al régimen de la incapacidad de ejercicio de art. 24, inc. b), y es de aplicación el art. 26 que dice: "La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico".

El régimen actual, entonces, autoriza a los menores de edad a celebrar convenciones antes del matrimonio, tal como lo hace el art. 1222 del Código Civil, pero deja de lado la participación en la escritura pública de las personas que debían prestar su consentimiento para contraer nupcias (entiéndase sus representantes legales). Por tanto, durante la vigencia del Código Civil los menores de edad a quienes se les reconoce una capacidad adelantada para celebrar la convención matrimonial, deben concurrir al acto escriturario con quienes los autorizan a casarse. En el nuevo Código, por el contrario, tal recaudo no se exige, y los menores podrán celebrar la convención matrimonial con su sola comparecencia y ejerciendo sus derechos por si, pudiendo hacerse donaciones entre ellos, solo luego de cumplir los dieciséis años y contando con la autorización para casarse. Nada priva que, quienes ejerzan la responsabilidad parental, comparezcan a esa escritura o a una previa para conferir la autorización para que contraigan nupcias (art. 645 a] del C.CyC) y luego, entonces, debidamente autorizados, celebren en esa misma escritura o en otra su convención matrimonial que puede contener, como afirmamos, las donaciones que se hagan entre ellos.

**Donaciones por razón de matrimonio (arts. 451 a 453).** Dadas las previas aclaraciones con respecto a los futuros contrayentes del matrimonio que pueden celebrar convenciones matrimoniales y en las mismas donaciones entre ellos, abordamos ahora el régimen de las donaciones en razón del matrimonio (arts. 451 a 453).

**Celebrada en la convención antes del matrimonio**. El art. 451 establece palmariamente que las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales se rigen por las disposiciones del contrato de donación (arts. 1542 a 1573) y solo tienen efecto si el matrimonio se celebra, por lo que se trata de donaciones sujetas a una condición suspensiva. Si el matrimonio se celebra, la donación causa todos sus efectos. Su fuente directa es el art. 443 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio, de 1998. Por su parte, encuentra su correlatividad en el art. 1217, inc. 3º del Código Civil que solo se refiere a las donaciones que el esposo hiciere a la esposa, luego modificado por la Ley 26.618.

Ésta es la única referencia a las donaciones formalizadas en las convenciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio, ya que los otros dos casos normativizados en la Sección 2, de donaciones por razón del matrimonio, regulan supuestos diferentes.

**Donación celebrada fuera de la convención matrimonial.** El art. 452 aborda el supuesto de donaciones efectuadas por terceros a favor de uno de los novios o a ambos o por un novio a favor del otro, en consideración del futuro matrimonio. Siempre llevan implícita la condición de que se celebre el matrimonio válido. El art. 444 del Proyecto de 1998 es la fuente directa.

Se trata del contrato de donación de bienes (muebles, muebles registrables o inmuebles), concluidas tanto por la existencia de la oferta como de su aceptación, pero que están implícitamente sujetas a la condición de que el matrimonio se celebre válidamente. Entendemos que se trata de una condición resolutoria, por medio de la cual, la donación ya celebrada produce todos sus efectos. No obstante, al no celebrarse el matrimonio válidamente, esto es, no solo debe suceder que se celebre el matrimonio, sino que éste sea válido, el derecho adquirido por el donatario se resuelve (arts. 424, en especial 429, inc. b] del C.CyC). (4)

**Oferta de donación celebrada por tercero, revocable y sujeta a plazo.** Por su parte el art. 453, se refiere a la oferta de donación hecha por un tercero a uno de los novios o a ambos. Tal oferta, está sujeta a un plazo resolutorio de un año si el matrimonio no se celebra en ese íter temporal. La celebración del matrimonio es presunción de su aceptación, si antes no ha sido revocada la oferta por el propio donante, dadas las causales de revocación de la oferta de los contratos en general. Su fuente, el art. 445 del Proyecto de 1998, establecía la solución contraria pues tal oferta se consideraba irrevocable, debía probarse por escritura pública y debía también aceptarse dentro del plazo de un año. Con respecto a la presunción de su aceptación por la celebración del matrimonio sigue lo normado en el art. 1814 del Código Civil con respecto a la forma de las donaciones y como excepción al principio de la aceptación expresa de la donación en general y del cumplimiento de la forma en especial (art. 1552 del C.CyC). Quede claro que esta norma regula un supuesto de contrato de donación entre ausentes, esto es, no perfeccionado aun por la pendencia de la celebración del matrimonio.

Podemos interpretar, entonces, que mientras el art. 451 se refiere a las donaciones realizadas en las convenciones matrimoniales anteriores a la celebración del matrimonio, el art. 452, normativiza las donaciones celebradas por terceros con los futuros contrayentes o por los novios entre sí, pero fuera de las convenciones matrimoniales, mientras que el art. 453 considera las ofertas revocables de donaciones otorgadas por terceros pendientes de aceptación, las que se presumen aceptadas al celebrarse el matrimonio dentro del año.

Todas estas donaciones tienen una razón de ser cual es la celebración del matrimonio y todas ellas estarán sujetas a las acciones sucesorias ante la muerte del donante, como veremos infra.

2. Donaciones posteriores al matrimonio y entre cónyuges

**Panorama actual.** El art. 1807 del Código Civil dice: "No pueden hacer donaciones" y en inciso 1º se lee: "Los esposos, el uno al otro durante el matrimonio, ni uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o a las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación." Tal prohibición se enmarcó en el ámbito de la contratación entre cónyuges y su compatibilidad con el régimen patrimonial matrimonial, que desde la vigencia del código decimonónico, y aun con las reformas posteriores, es de orden público y cuando éste último está presente, el interés general priva sobre el particular. La mal llamada "sociedad conyugal" no es más que un estatuto forzoso, que es imperativo e inmutable durante su tiempo existencial, o sea desde la celebración del matrimonio (art. 1261 del C.C.) y hasta su disolución (art. 1299 del C.C.), que veda a los cónyuges toda posibilidad de su modificación, debiéndose una sujeción estricta al mismo, hasta el acaecimiento de algún hecho que cause su disolución. El principio rector es que no se pueden realizar acuerdos relativos a la regulación de los bienes gananciales (art. 1217 y 1219 del C.C.), luego de celebrado el matrimonio, como así tampoco modificarse o derogarse los concluidos con anterioridad. De ello se infiere que cuando el Codificador quiso prohibir un contrato entre cónyuges, lo estableció de modo expreso o por vía de remisión (art. 1358, 1807, inc. 1º, 1441, etc. del Cód. Civil). El régimen del Código Civil fue reformado por las leyes 11.357, 17.711, 23.515, 26.618 pero la normativa respecto de las donaciones entre cónyuges, no varió a través del tiempo, permaneciendo inalterada.

Sabido es que el Vélez Sarsfield estableció tamaña prohibición (que a la vez es específica y no genérica) con miras a mantener la inmutabilidad del régimen patrimonial matrimonial, evitando el traspaso de bienes de un cónyuge al otro durante la vigencia del matrimonio con la finalidad de evitar el fraude a sus acreedores o a sus futuros herederos.

Negó la donación entre cónyuges y consecuentemente hubo de seguir la misma orientación para el contrato de compraventa, con la finalidad de impedir que los actos gratuitos fuesen celebrados bajo la simulada fórmula de la onerosidad. La protección de los legitimarios, la libertad de contratación que podría vulnerarse a través de un consentimiento viciado (el de la mujer influenciada por su marido en miras de su propio enriquecimiento), fueron algunos de los fundamentos que dieron lugar a estas prohibiciones, que se mantuvieron vigentes, aun frente a los cambios legislativos posteriores. El art. 1807, inc. 1º reconoce su origen en el "Proyecto Español de 1851 que según García Goyena, tiene sus fuentes en el derecho romano y en el antiguo derecho español". (5) Prohíbe el Codificador decimonónico no solo las donaciones entre cónyuges, vigente su matrimonio, sino también las efectuadas por uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio. Parte de la doctrina sostiene que esta norma se funda en un principio ético, cual es evitar que un cónyuge capte la voluntad del donante para que beneficie a sus propios hijos, en perjuicio quizás, de los propios hijos del donante o de ambos. No obstante esta interpretación, que es válida, pensamos que el verdadero fundamento del artículo es evitar burlarlo utilizando la vía elíptica. Los bienes llegarían al otro cónyuge por medio del traspaso a sus hijos, que tanto podrían transmitírselos por acto entre vivos como mortis causa. Igual fundamento reconoce la última parte del inc. 1º, que prohíbe las donaciones a favor de personas de quienes el cónyuge sea heredero presunto al tiempo de su celebración o sea, aquellos parientes que están unidos al cónyuge por un grado de parentesco que le otorga a éste un llamamiento preferente, solo o en concurrencia con otros herederos". (6) Las prohibiciones normadas por Vélez en el art. 1807, inc. 1º del C.C., aparte de la donación entre cónyuges durante el matrimonio, obedecieron a una finalidad expresa, cual era la utilización de una vía elíptica (la sucesión mortis causa del donatario) para posibilitar el eventual traspaso de bienes entre ellos, a título gratuito, en contra de la expresa voluntad de la normativa jurídica. Por ello se interpreta que, esta incapacidad de derecho, cesa tan pronto se disuelve el matrimonio o el régimen patrimonial matrimonial, por ejemplo, por divorcio de ambos o muerte del cónyuge que se beneficiaría con la premuerte del donatario a quien heredaría.

Cabe destacar que Fernando López de Zavalía (7) denomina estas incapacidades de derecho como incompatibilidades (8) que se configuran precisamente cuando un negocio puede ser realizado por cualquiera, menos por determinadas personas, constituyendo un límite al poder de disposición o adquisición. Considera así al art. 1807, inc. 1º del C.C., una excepción a la compatibilidad que para las donaciones legisla el art. 1805 del C.C.". (9)

A partir de lo expresado podemos afirmar que el derecho positivo actual carece de una norma que autorice o prohíba genéricamente la contratación entre cónyuges. (10) Lo que si existe son contratos prohibidos, como la compraventa (art. 1358 del Cód. Civil), la cesión de crédito (arts. 1439 y 1441 del Cód. Civil), la permuta (art. 1490 del Cód. Civil), la donación (arts. 1807, inc. 1º y 1820 del Cód. Civil) y la dación en pago, con

independencia que a ésta última se la considere tan solo una forma extintiva de las obligaciones o que se le reconozca su calidad contractual, por su remisión a las normas de la cesión de créditos o a la compraventa (arts. 780 y 781 del Cód. Civil).

Por su parte existen ciertos contratos que sí pueden celebrar entre ellos como el mandato, la constitución de hipoteca en garantía de deudas del otro cónyuge, sociedades comerciales (art. 27 de la Ley 19.550 y sus modificatorias).

Con respecto a otros contratos la doctrina mantiene posiciones no uniformes, pero en general permisivas con respecto a la locación, el contrato de trabajo, el mutuo, la fianza, la constitución de derechos reales de garantía, el contrato de depósito o el de renta vitalicia, en éste último caso según el rol que desarrollen los cónyuges entre sí y no en todos los casos y el fideicomiso en iguales circunstancias.

Como explicamos, el fundamento de que ciertos contratos estén prohibidos entre cónyuges, es el régimen legal y forzoso que rige los efectos económicos del matrimonio, inmutable por voluntad los cónyuges, de ganancialidad diferida, que reconoce la existencia del patrimonio de cada uno de ellos bajo su libre administración y disposición (art. 1276 del Cód. Civil) con la única limitación de la prestación del asentimiento conyugal para la celebración de ciertos actos jurídicos (art. 1277 del Cód. Civil). A pesar de la separación de la gestión y de la responsabilidad por las deudas (arts. 5º y 6º de la Ley 11.357), no se les permite a los cónyuges, vigente el matrimonio, traspasar bienes del patrimonio de uno al otro, entre si, ni a través de interpósita persona.

**El derecho que viene.** El anteproyecto de ley de actualización, reforma y unificación del Código Civil y Comercial, confeccionado por los miembros designados por el dec. 191/2011, Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, en la misma línea de pensamiento del Proyecto de 1998, no previó una norma ni permisiva, ni prohibitiva de la contratación entre cónyuges. (11) Además la propia técnica legislativa implementada que establece disposiciones generales (obligaciones, contratos, derechos reales) y luego la regulación específica de cada figura jurídica (a la que se le aplican aquellas normas generales, distinguiendo de ellas solo las especificidades), dio como resultado que el Anteproyecto no contuviera ninguna norma al respecto de la contratación entre cónyuges, de lo que se podía inferir que no existía prohibición alguna de contratar entre ellos, pues sería de aplicación la máxima de que lo que no está prohibido, está permitido.

No obstante, lo hasta aquí comentado, durante el trámite parlamentario anterior a la sanción de la ley 26.994, se introdujo en el art. 1002, un último inciso el "d)", que textualmente dice: "Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio... d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí".

Este agregado causará graves inconvenientes en el tráfico negocial como veremos.

El Capítulo 4 del Libro tercero, regula la incapacidad e inhabilidad para contratar en la tríada de los arts. 1000 al 1002. El art. 1000 reconoce su correlativo en el art. 1165 del Código Civil y su fuente directa en el art. 941 del Proyecto de 1998. Se ocupa de la nulidad contractual (arts. 382, 386 a 389 del C.CyC) que de acuerdo a la nueva regulación de la nulidad de los actos jurídicos, la misma solo puede ser es absoluta o relativa y total o parcial. Por tanto acá estamos frente a un caso de nulidad relativa por incapacidad o capacidad restringida de uno de los sujetos negociales.

Por su parte el art. 1001 aborda la inhabilidad para contratar, con idéntica redacción que el art. 941 del Proyecto de 1998. Acá el vicio congénito del acto jurídico no es la falta de capacidad plena de la persona humana para celebrarlo, sino la capacidad de derecho que el sujeto negocial ve restringida o prohibida en ciertos casos, en aras a la protección de un interés superior. La contratación así no se puede llevar a cabo ni en interés propio, ni ajeno o por interpósita persona y responden a impedimentos tasados legalmente (arts. 1002, 1341, 1348, 1535 y 1676 del C.CyC).

Cierra el régimen el art. 1002 que enumera cinco supuestos, no obstante contar con cuatro incisos o apartados. En particular nos interesa el inc. "d)": "No pueden contratar en interés propio: ... d) "los cónyuges bajo el régimen de comunidad, entre sí.

Sus correlatos, en el Código decimonónico, son los arts. 1160, 1161, 1442 y 1443. Su fuente directa, es el art. 943 del Proyecto de 1998 con dos distingos muy importantes. Esta última norma establecía la permanencia de la inhabilidad hasta dos años después de haber cesado el impedimento, mientras que la actual no incorporó plazo, por lo que la prohibición es sine die. Además aquel texto fuente, nada decía de la inhabilidad de los cónyuges para contratar entre sí, tal como ahora fue agregado.

Si bien los casos normativizados específicamente en el art. 1002 del Código Civil y Comercial de la Nación, se los designa como inhabilidades, estamos contestes que se trata de incapacidades de derecho específicamente determinadas. El art. 22 del mismo ordenamiento legal estatuye la capacidad de derecho reconociendo a la persona humana aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. No obstante ello, el mismo artículo in fine introduce la posibilidad de que la ley prive o limite esa capacidad a ciertas personas en circunstancias especiales.

Como corolario, podemos afirmar que las personas humanas alcanzadas por las inhabilidades del artículo 1002 del C.C.yC son personas capaces de derecho y de hecho, pero ven limitada su capacidad de derecho para

celebrar ciertos actos jurídicos cuando son alcanzadas por circunstancias especiales (funcionarios públicos, funcionarios de la justicia, abogados, procuradores, cónyuges casados bajo el régimen de comunidad y albaceas).

En este marco normativo analizamos entonces la capacidad de los cónyuges para celebrar el contrato de donación entre ellos.

**Contrato de donación entre cónyuges.** Dice el inc. d) del art. 1002 del Código Civil y Comercial que no pueden contratar en interés propio los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre si. Primera pauta interpretativa: la norma señala a "los cónyuges" por lo que se refiere a dos personas humanas de igual o de distinto sexo (art. 402 del C.CyC) que han contraído nupcias válidamente (arts. 416 y ss. del C.CyC). Segunda pauta interpretativa: el régimen que rige los efectos económicos de su matrimonio es el de comunidad. Recordemos que el régimen de comunidad regirá los efectos económicos del matrimonio si los futuros contrayentes no optan por el régimen de separación por convención matrimonial celebrada antes el matrimonio (arts. 420, inc. i y j del C.CyC) o si habiendo optado por el régimen de separación, por convención matrimonial posterior a la celebración del matrimonio y con no menos de un año de vigencia en el régimen anterior, deciden su cese y la opción por el de comunidad (art. 449 del C.CyC).

Conclusiones

**Régimen de comunidad.** Los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, no pueden celebrar en interés propio, ni entre sí, ningún contrato, ya que carecen de capacidad de derecho para contratar bajo estas circunstancias lo que es lo mismo ostentan inhabilidad para ello. Podrían contratar entre sí, si lo hacen en interés ajeno. Por tanto, vigente el matrimonio, los cónyuges no pueden celebrar contrato de donación entre ellos, prohibición existente en el Código decimonónico vigente. Tampoco podrían, aunque ninguna norma lo dice expresamente, donar a persona interpuesta para evitar la prohibición legal dado lo estatuido en la última parte del art. 1001. (12) Lo que sí se modifica, es la capacidad de derecho para celebrar todos aquellos contratos actualmente no prohibidos y que la doctrina y la jurisprudencia aceptan como válidos entre cónyuges, lo que significa un enorme retroceso en la gestión de sus patrimonios y una modificación innecesaria del régimen actual. La primera doctrina que se está expidiendo a este respecto, interpreta que las dos únicas excepciones a este principio limitativo son el contrato de mandato (arts. 459 y 1319 y ss. del C.CyC) y el contrato de sociedad (art. 27 de la ley general de sociedades 19.550, texto ordenado 1984.).

**Régimen de separación.** A contrario sensu, se impone interpretar que los cónyuges casados bajo el régimen de separación pueden contratar en interés propio y entre si. Esta clara conclusión permite legitimar a los cónyuges para que puedan celebrar cualquier tipo de contrato, pues bajo el régimen de separación ostentan capacidad plena de derecho para ello. Por tanto, podrán celebrar donación entre ellos sin valladar alguno y ese contrato será válido y eficaz. Este tipo de donaciones deben ser diferenciadas de las donaciones que se efectúan en razón del matrimonio en las convenciones matrimoniales antes de celebrar el matrimonio o las realizadas en el mismo iter temporal, pero fuera de las convenciones matrimoniales, en razón del matrimonio (arts. 451 a 453 del C.CyC). En este caso los cónyuges que ya han contraído nupcias bajo el régimen patrimonial de separación, ostentan válida y eficazmente sus calidades recíprocas de donante y donatario, sin prohibición legal alguna. El contrato de donación celebrado estará sujeto, como cualquier otro contrato de donación, a las acciones sucesorias frente a la muerte del donante.

3. Menores emancipados

Luego de contraer nupcias las personas menores de edad se emancipan por matrimonio (art. 27) y en principio gozan de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas en el propio Código, entre las que se encuentra "hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito", ni con autorización judicial (art. 28). Por su parte, al regularse el contrato de donación, el art. 1548, al abordar la capacidad para donar y plasmar el principio general de que solo pueden donar las personas que tienen plena capacidad para disponer, aclara que las personas menores emancipadas pueden hacerlo con la limitación del art. 28, inc. b), dejando perfectamente vinculados ambos artículos. Ergo los menores emancipados pueden donar los bienes que hayan adquirido a título oneroso.

4. Donación a menores de edad

La problemática de la aceptación de la donación conferida a menores de edad por sus propios progenitores ocupó a la doctrina civilista y notarialista que se expidió desde la posición más extrema de sostener la necesidad de designar un tutor ad hoc hasta la más permisiva y moderna de interpretar el acto de aceptación de la donación como un acto jurídico meramente conservatorio, pudiendo cualquiera de los progenitores, en ejercicio de la autoridad de los padres, llevarla a cabo en forma válida y eficaz. (13)

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se impone revisar esta doctrina a la luz de las nuevas normas de la capacidad, de los menores de edad, de la responsabilidad parental, de la teoría general del contrato, entre otras instituciones que convergen en el caso.

El art. 1548 del C.CyC. reconoce capacidad para donar a las personas que tienen plena capacidad para disponer de sus bienes (arts. 22 y 23 del C.CyC). Con respecto a los emancipados menciona la limitación del

art. 28, inc. b. Por su parte el art. 1549 establece la capacidad para aceptar donaciones, que solo requiere que la persona sea capaz. Si el donatario es incapaz la donación debe ser aceptada por su representante legal y si además la donación es con cargo, debe requerirse la autorización judicial para llevar a cabo tal aceptación.

El tema que nos convoca es el de los menores de edad, por ello debemos partir del art. 25 del nuevo Código que determina que es menor de edad la persona que no ha cumplido los dieciocho años. Desde el nacimiento y hasta la mayoría de edad, la ley distingue a los niños y niñas, menores de trece años y a los adolescentes, mayores de trece años y hasta los dieciocho años. Todos ellos ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. Por los elementos descriptos, cabe acotar que en el caso en estudio, la donación de inmuebles debe ser aceptada por los representantes legales de los menores o sea sus progenitores.

La patria potestad legislada en el Código Civil, luego reformulada como autoridad de los padres, por la ley 23.264, 23.515 y 26.618, hoy es la responsabilidad parental estatuida a partir del art. 638 del Código Civil y Comercial de la Nación, que define claramente a la titularidad y al ejercicio de la responsabilidad parental como una figura legal derivada del tronco común.

Ahora bien, el art. 641 del mismo ordenamiento legal, que encuentra su correlato en el 264 del Código Civil, distribuye el ejercicio de la responsabilidad parental, en el caso de convivencia, de ambos progenitores o en caso de cese de la convivencia, a ambos también, salvo distintas modalidades que pueden convenir entre ellos o ser decida por el juez (incs. a y b) y en los supuestos de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro, como así también, en el caso de hijo extramatrimonial de un solo vínculo filial o de doble vínculo, si uno se estableció por declaración judicial, al otro, en este último caso salvo las excepciones previstas en la norma (incs. c, d y e).

Por su parte, el art. 645 del C.CyC, que encuentra su correlato en el art. 264 quáter del Código Civil (Ley 23.264, 23.515 y 26.618), determina los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores, entre cuyos incisos el "e)" establece "administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo". El artículo concluye con una frase que debemos tener presente en el tráfico negocial que dice: "Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso".

La pregunta que se impone es si es necesario que la aceptación de la donación la efectúen los dos progenitores en los supuestos de los incs. a), b) y e) del art. 641, conjuntamente o es suficiente la participación de alguno de ellos en forma indistinta, claro está, cuando son ambos los titulares ejercientes de la responsabilidad parental.

Si bien es preferible que la donación realizada al hijo menor de edad sea aceptada, en los casos enunciados, por ambos progenitores, nada priva que tal acto sea cumplido, válida y eficazmente por tan solo uno de ellos.

La aceptación de una donación es interpretada por la doctrina nacional como la configuración de un acto conservatorio, ni de administración ni de disposición (14) de los bienes del menor, ya que por medio de ella, el progenitor que tiene la titularidad y el ejercicio de la representación parental y que ejerce su representación legal (art. 358 del C.CyC), permite que un bien ingrese al patrimonio del hijo menor.

Esta definición ha sido aceptada por la jurisprudencia capitalina desde el mismo momento de la entrada en vigencia de la ley 23.264.

Hoy, esta afirmación, fue consagrada por la norma, en el Capítulo 8 de Representación, disposición y administración de los bienes del hijo menor de edad, ya que en el art. 685, al normativizar la administración de esos bienes establece que la misma es ejercida en común por los progenitores cuando ambos estén en ejercicio de la responsabilidad parental, lo que es concluyente con lo establecido en el art. 645. Y la norma termina con la siguiente expresión: "Los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por cualquiera de los progenitores".

Entonces, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la práctica desarrollada en el ámbito notarial de la aceptación de la donación conferida al hijo menor de edad, por uno solo de los progenitores, seguirá siendo considerada válida y eficaz por tratarse de un acto conservatorio, de acuerdo a lo que se concluye del art. 685, siempre claro está que se trate de una donación que damos en llamar pura y simple y sin cargo alguno.

Recordemos además que la prohibición genérica de que los progenitores no pueden hacer contrato alguno con el hijo que está bajo su responsabilidad (art. 689 del C.CyC), reconoce una única excepción cual es la establecida en el art. 1549 del C.CyC, por lo que la norma del régimen de la responsabilidad parental remite a las normas de las donaciones.

Por su parte los progenitores de modo alguno están facultados para aceptar donaciones con cargos sin contar con la correspondiente autorización judicial (art. 1549 in fine).

Por último, en el tráfico negocial se debe tener presente la novedad introducida en el régimen de los menores de edad adolescentes, esto es, mayores de trece años y hasta los dieciocho años, por el art. 645 del nuevo ordenamiento legal. Si el acto a realizarse los involucra, es "necesario su consentimiento expreso". De

ello debemos inferir que al tiempo de la celebración de una donación inmobiliaria a favor del hijo menor de edad, ambos progenitores, o uno de ellos, podrá aceptar la donación en ejercicio de la representación legal para perfeccionar el contrato. El hijo adolescente, por su parte, deberá comparecer en la misma escritura pública o en otra, a los efectos de prestar su "consentimiento expreso". Es cierto que si aplicamos las normas de los actos jurídicos (art. 259 del C.CyC), la manifestación de la voluntad puede exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material (art. 262 del C.CyC). No obstante, tratándose la donación inmobiliaria de un acto formal, el consentimiento expreso del menor mayor de trece años, deberá prestarse también por escritura pública (arts. 1552 y 1017, inc c. del C.CyC), en la misma forma por medio de la cual se celebra la donación o por otra escritura pública complementaria, la que debe vincularse a la anterior por medio de las correspondientes notas marginales. La escritura complementaria carece en sí misma de vocación registral, a diferencia de la primera que debe emplazarse registralmente para su oponibilidad a terceros interesados (Ley 17.801)

**B. El contrato de donación y su celebración entre ausentes**

5. Oferta y aceptación de la donación entre ausentes

En el tráfico negocial es muy utilizada la "donación sujeta a posterior aceptación" o "donación por instrumento separado" u "oferta de donación"(15), figura originaria de la codificación velezana —art. 1793 del C.C.— y con grandes ventajas en su aplicación. Los casos más frecuentes se dan cuando el o los progenitores desean donarle un inmueble a su o sus hijos y por razones de ausencias (viajes al extranjero por trabajo, estudio, salud o esparcimiento) o urgencia no pueden ser celebradas conjuntamente entre donante y donatario. Un caso frecuente es aquel en el que el padre, quizás aquejado por una enfermedad, decide donar el inmueble ganancial a sus dos hijos, contando con el asentimiento de su cónyuge, en la generalidad de los casos con reserva de usufructo o con el cargo de su constitución (doctrina del art. 1800 del Cód. Civil). Los donatarios no están en el país, por lo que se impone implementar la donación por instrumentos separados, ambos deben revestir la calidad de escrituras públicas dada la limitación formal estatuida en el art. 1810 del Código Civil. Posteriormente, los donatarios pueden aceptar la donación tanto actuando por si como por medio de apoderados, aun luego de la muerte del donante (arts. 1797, 1795 y 1808, inc. 5º del Código Civil). Este ejemplo es tan solo uno de los muchísimos casos que existen en las familias argentinas que reconocen en la instrumentación de la donación inmobiliaria por instrumentos separados una herramienta eficaz para solucionar situaciones fácticas en momentos difíciles por los que deben transitar. No dudamos en afirmar que esta contratación por instrumentos separados está muy arraigada en la sociedad de nuestro país y ha sido y es ampliamente aceptada. (16)

Es cierto que la solución adoptada por Vélez Sarsfield en el art. 1795 del Código Civil se aparta de la regla general en materia de contratos plasmada en el art. 1149 del mismo cuerpo legal y que ello ha sido razón fundante para implementar la solución opuesta en el Anteproyecto de 1954, el Proyecto de reforma del Código Civil de 1993 y el Proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio de 1998. Por su parte existió doctrina adversa sostenida por Segovia, Machado, Salvat y Acuña Anzorena y a favor con interesantes argumentos en las voces de Llerena, López de Zavalía, Borda y Spota. (17)

**Vida del donante y donatario**. Por su parte, el art. 1545 del Código Civil y Comercial de la Nación, en este tema de las donaciones, dice: "Aceptación. La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto de la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario."

Nuevamente el legislador de 2014, dando la espalda a las costumbres profundamente arraigadas en la comunidad, normativiza que las donaciones sujetas a la posterior aceptación del donatario, deben ser aceptadas en vida de ambos. Reforma así el derecho vigente en forma absolutamente contraria al derecho histórico, sin fundamento atendible para asumir tamaña modificación, en especial cuando se trata de una conducta de los particulares que en nada vulnera derechos superiores que se pretendan proteger. La actualización, reforma y unificación del derecho privado en la República Argentina eleva los estandartes de la libertad, la igualdad, los derechos humanos, la no discriminación, la autonomía de la voluntad y por otro lado cercena los derechos de los particulares, en la generalidad de los casos vinculados a negocios jurídicos familiares, en los cuales el Estado no debería inmiscuirse, precisamente porque por este medio no se vulneran derechos de nadie y si así ocurriese en el seno familiar, es el propio derecho privado el que brinda herramientas más que suficientes para sanear cualquier interés atacado (acciones sucesorias de colación —arts. 2385 y ss.—, complemento —art. 2451— o reducción —arts. 2453 y ss.—).

Entendemos que el actual art. 1545, bajo estudio, encuentra sus correlatos en los arts. 1792, 1793 y 1795 del Código Civil, y modifica el momento en el cual puede aceptarse la donación. No obstante, no aborda la totalidad de los supuestos del Código Civil, en especial la revocación de la oferta, a mérito de que, siendo la donación un contrato, tanto su oferta como su aceptación, están regidas por la oferta y la aceptación de los contratos en general, por lo que es inadecuado repetir normas que están plasmadas en las disposiciones generales. No obstante, la técnica legislativa implementada, que entendemos acertada, con respecto a la inclusión de normas generales que rigen todas las figuras jurídicas consecuentes, sin necesidad de su reiteración en cada una de las regulaciones posteriores, nada hubiese impedido al legislador que, para el caso de las

donaciones celebradas entre ausentes, se hubiese mantenido la excepción al régimen, permitiendo aceptarlas luego de la muerte o incapacidad del donante. (18)

Adentrándonos en el análisis de la última frase del artículo bajo comentario (art. 1545 del C.CyC) la aceptación debe producirse en vida del donante y donatario, su interpretación tampoco es unívoca. Veamos, ¿qué significa en vida del donante y del donatario?.

Con respecto al donatario no existe duda interpretativa, pues dado que la aceptación de la donación, cuando se trata de inmuebles, muebles registrables o prestaciones periódicas y vitalicias debe hacerse por escritura pública (arts. 1552 y 299 del C.CyC), la intervención del escribano público (art. 301 C.CyC) a su respecto garantizará que se trate de una persona capaz o con capacidad restringida que le permite aceptar donaciones (arts. 22, 23, 31, 32, 38 y 43 del C.CyC) o en caso de incapacidad (arts. 24 del C.CyC), será el acto realizado por su representante legal (art. 358), su identificación desplazará cualquier duda con respecto a la persona humana que está interviniendo (art. 306 del C.CyC), como así mismo su legitimación (art. 358, 362, 375, inc. l del C.CyC). Por tanto, la aceptación será otorgada por escritura pública por una persona humana debidamente calificada notarialmente en lo que se refiere a su capacidad, identificación y legitimación. Deseamos que esta afirmación no sea entendida como una omisión de los casos en los que el donatario es una persona jurídica, para lo cual jugará, además, la representación orgánica (arts. 358 y 141 y ss. del C.CyC).

Con relación al donante, y si tomamos la expresión "en vida", la pregunta que se impone es ¿sólo basta que esté vivo, aunque sea un insano, una persona con capacidad restringida que no esta autorizada actualmente a realizar donaciones, que se encuentre en estado de inconciencia temporal o permanente, que esté sentenciado a más de tres años de prisión, etc.). Si esto fuera así, solo basta que el donante esté vivo al tiempo de la aceptación de la donación para que esta última fuera válida. Nada explicó el legislador de 2014, ni surge de los fundamentos que redactaron los integrantes de la Comisión que designó el Poder Ejecutivo nacional por dec. 191/2011.

Por ello, siendo fieles a las reglas de interpretación que surgen de la nueva codificación (art. 2º del C.CyC), para entender la última expresión del artículo 1545 debemos analizarla a la luz de las normas de la oferta y aceptación de los contratos en general, aplicable específicamente a los contratos discrecionales (art. 971 a 983 del C.CyC) (19) y no a los contratos por adhesión o de consumo que tienen una regulación especial y que no corresponde a la figura aquí analizada.

El nuevo régimen de la formación del consentimiento contractual establece para los contratos entre ausentes (20) aplicable al caso de la donación por instrumentos separados, los siguientes parámetros interpretativos:

a) el art. 974 dice, fuerza obligatoria de la oferta: "...Cuando se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperar la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación. Los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción, excepto que contengan una previsión diferente" (Recordemos que el nuevo sistema de la oferta y la aceptación establecen como recaudo la recepción).

b) el art. 976 establece: "Muerte o incapacidad de las partes. La oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación. El que aceptó la oferta ignorando la muerte o la incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación."

Y c) el art. 980 dice: "Perfeccionamiento. La aceptación perfecciona el contrato: ...b) entre ausentes, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta". (21)

Dado el actual régimen de la formación del consentimiento contractual, el art. 1545 del nuevo Código cuando expresa que la aceptación de la donación debe ser en vida del donante y del donatario, se refiere, sin lugar a dudas, no solo a la vida del donante, sino a su capacidad. Ya expusimos que no nos preocupa la vida y capacidad del aceptante, porque si no reuniese esas calidades no podría comparecer válidamente ante escribano público para aceptar la donación ofrecida por escritura pública. (22)

Ahora bien, de la lectura detenida a los tres artículos citados, surge además que el perfeccionamiento del contrato por la aceptación se configura, cuando es entre ausentes, si la aceptación es recibida por el proponente (donante) durante el plazo de vigencia de la oferta. (23)

Aplicado ello al tema de las donaciones celebradas por escritura pública entre ausentes, la aceptación que efectúe el donatario por escritura pública, tampoco tendrá eficacia de perfeccionamiento del contrato de donación, hasta que esa aceptación no sea recibida (¿comunicada? ¿notificada?) por el donante durante el plazo de vigencia de la misma, esto es en principio, mientras no esté fallecido o incapacitado. (24) A este respecto, tengamos presente que el artículo 983 dice: "Recepción de la manifestación de la voluntad. A los fines de este Capítulo se considera que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta conoce o debió conocer, trátese de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil". (25)

Este artículo reconoce su fuente inmediata en el art. 917 del Proyecto de 1998 y no tiene correlación en el Código velezano. Dado que el nuevo Código incorpora el sistema de la recepción (26) con respecto a la eficacia de la oferta y aceptación contractual para la formación del consentimiento, la teleología del art. 983 del C.CyC provee algunas pautas interpretativas. No obstante, la finalidad no se cumple acabadamente, en tanto la expresión utilizada para considerar que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra, "cuándo ésta la conoce o debió conocerla" queda abierta a la interpretación de las circunstancias que rodeen ese conocimiento. Estarán en juego los principios de buena fe, de la debida diligencia, presunciones, justificación o prueba de ciertas conductas, todo lo cual deberá ser, en última instancia, dirimido judicialmente. (27)

En el ámbito notarial y frente a la aceptación de una donación, por ejemplo inmobiliaria, celebrada por escritura pública, que a los efectos de perfeccionar el contrato debe comunicarse al donante oferente en tiempo de vigencia de la oferta, aconsejamos medios fehacientes, de recepción indubitable. Puede no ser peregrina la afirmación de que si el contrato de donación se emplaza registralmente con su inscripción para oponibilidad a terceros interesados, con ello estaría cumplido, frente al donante la expresión "debió conocer", en tanto el perfeccionamiento del contrato de donación sería asequible por medio de su publicidad registral.

Recordemos que el perfeccionamiento del contrato dará lugar al perfeccionamiento de la transmisión del dominio en cabeza del donatario si hubo tradición de la cosa y si no la hubo, ello dispara la posibilidad de que exija la tradición compulsivamente (art. 1555), razón por la cual aconsejamos implementar medios que desplacen toda incerteza al respecto.

**Ofertas pendientes de aceptación a partir del 1º de agosto de 2015.** Otro aspecto no menos preocupante es la existencia en el tráfico negocial de miles de donaciones inmobiliarias actualmente pendientes de su posterior aceptación. El art. 7º del Código Civil y Comercial, como expresáramos, impacta en las relaciones o situaciones jurídicas existentes al tiempo de su entrada en vigencia. Si el oferente o proponente sigue vivo y capaz y el donatario ha recibo la oferta, puede aceptarla sin inconveniente alguno haciendo conocer su aceptación al donante, durante el tiempo de vigencia de aquélla.

El problema se plantea con respecto a todos aquellos supuestos en los cuales los oferentes han fallecido o han sobrevenido incapaces luego de la entrada en vigencia del nuevo Código. Parece irremediable entender que tales ofertas caducarán (art. 976 del C.CyC). Y aunque hagamos un esfuerzo interpretativo con respecto a que, como tales ofertas se han realizado durante la vigencia del Código Civil y bajo el régimen de excepción a los principios generales de la oferta y la aceptación contractual, como la aceptación se realizará bajo las nuevas prescripciones legales, deberá respectar el régimen de la aceptación contractual vigente al tiempo de su realización (art. 7º del C.C.yC). Por tanto una vez perfeccionada debe ser comunicada al donante en tiempo de la vigencia de su oferta, lo que ya no podrá cumplirse.

Varias son las opiniones que se están empezando a conocer con respecto a este tema tan particular del contrato de donación entre ausentes. Nosotros hacemos votos para que se medite sobre las consecuencias legales de aceptar una oferta de donación caduca. El contrato de donación no se perfeccionará (art. 980 del C.CyC), el dominio del bien, no saldrá del patrimonio del donante (en caso de incapacidad) o del patrimonio de sus herederos (en caso de muerte del donante), el donatario ostentará una propiedad que no tiene y deberá restituir la cosa —art. 976 última parte, 390, 391 y 392 última parte (28)— aunque la haya transmitido al subadquirente de buena fe y a título oneroso.

El legislador de 2014, reiteramos, de espaldas a la sociedad, ha quitado del tráfico negocial una figura jurídica inocua a los intereses del Estado, pero fundamental en el seno de las familias argentinas.

Frente a este cuadro de situación indudablemente las donaciones sujetas a posterior aceptación o la donación entre ausentes, como negocios jurídicos familiares, que reconozcan como objeto cosas inmuebles, muebles registrables o prestaciones o rentas periódicas, luego de la entrada en vigencia del nuevo Código a partir del 1º de agosto de 2015, perderán interés práctico. La única forma de considerar perfeccionado el contrato de donación en plenitud, sin abrigar duda alguna con respecto a la vigencia de la oferta y del conocimiento del proponente de la aceptación en tiempo de esa vigencia, será que el contrato de donación se celebre entre presentes y desplace la oferta entre ausentes o caso contrario que el donante que exteriorizó su oferta de donación por escritura pública, comparezca en la escritura pública de aceptación del donatario a notificarse expresamente.

6. Contrato de donación manual

El art. 1554 del Código Civil y Comercial de la Nación regula la donación manual y establece que las donaciones de cosas muebles no registrables y de títulos al portador deben hacerse por la tradición del objeto donado. Se corresponde con el art. 1815 del Código Civil. Por su parte lo normado a este respecto en los arts. 1816, 1817 y 1818 del Código Civil no se ha mantenido en la actual legislación.

Ya hemos sostenido anteriormente que el Código Civil con respecto a la donación de cosas muebles mantuvo el concepto de consensualidad de la donación y que la obligación de efectuar la tradición del objeto donado no era más que una obligación que reconoce su fuente en el mismo contrato de donación, a los efectos de producir la transmisión del dominio de la cosa donada, del donante al donatario. (29)

Por su parte la nueva codificación ha dejado de lado la clasificación de los contratos reales, por lo que se impone interpretar que el consentimiento de las partes es suficiente para que el contrato genere sus efectos. (30) Uno de ellos es el nacimiento de las obligaciones. En este caso de la donación que reconoce el efecto real de la transmisión dominial del donante que oferta al donatario que acepta, implica que en el caso de la donación de cosas, tanto muebles como inmuebles, el requisito de la tradición se impone (arts. 750, 762, 766 del Cód. Civ y Com.).

En el tráfico negocial es muy frecuente la celebración de donaciones manuales dinerarias (31) por medio de las cuales los ascendientes entregan sumas de dinero a los descendientes a los efectos de que éstos últimos adquieran inmuebles. La antigua discusión de si esa donación es un supuesto de contrato real o consensual está superada por la no inclusión de los contratos reales en la nueva codificación. Partiendo entonces de la premisa de que la donación manual dineraria es un contrato consensual, la entrega de dinero que el donante hace al donatario, no es más que el pago de la obligación de transmitir la cosa donada al donatario para que éste último adquiera su dominio (arts. 762, 765 y ss., 865, 866, 871 inc. a y cc. del C.C.yC.).

Siguiendo esta corriente de opinión se impone interpretar que la imposición de que la donación de cosas muebles no registrables o de títulos al portador debe hacerse por la tradición del objeto donado, señala una contratación en la cual la consensualidad marca su nacimiento (art. 1542 del C.CyC) y la tradición de la cosa su cumplimiento extintivo por pago (art. 1554 del C.CyC).

Esta donación carece de una forma impuesta (art. 1552 del C.CyC). No obstante, como se trata de un acto jurídico (art. 279 del C.CyC), las partes pueden utilizar la que estimen más conveniente (art. 284 del C.CyC). Pueden cumplir la forma escrita (art. 286 del C.CyC), tanto sea por instrumento particular escrito (instrumento privado) (art. 287 del C.CyC) como por escritura pública (art. 299 del C.CyC), a los efectos de probar su existencia, alcances y contenido (arts. 288 y 296 del C.CyC).

Aconsejamos la celebración de la donación manual dineraria antes o simultáneamente con la adquisición inmobiliaria que realice el adquirente donatario, por escritura pública (art. 299 y ss del C.CyC) dadas las bondades probatorias que ello acarrea tanto entre las partes (donante — donatario y todos quienes participen del acto escriturario) como frente a terceros (acreedores, fisco, etc.).

Se impone vincular esta donación manual dineraria con el régimen patrimonial del matrimonio, específicamente con el régimen de comunidad (art. 463 del C.CyC) que distingue los bienes propios (art. 464 del C.CyC) y los gananciales (art. 465 del C.CyC), cuando estatuye la prueba de esas calidades (art. 466 del C.CyC) en la llamada, en doctrina, subrogación real.

El art. 466 del Código Civil y Comercial de la Nación encuentra su correlato con el art. 1246 del Código Civil y es su fuente inmediata temporal el art. 459 del Proyecto de 1998.

Es profusa la doctrina tanto civilista como notarialista con relación al art. 1246 del Código Civil, cuya interpretación se fue adaptando a la evolución del derecho de familia, más precisamente a las modificaciones del régimen que regula los efectos económicos del matrimonio, que no abordaremos actualmente por exceder el marco de este aporte. No obstante, es dable recordar que la más consolidada doctrina actual acepta que la norma es de aplicación a ambos cónyuges y no solo a la mujer, como lo fue en el texto originario, que la subrogación real debía no solo ser el contenido de una manifestación del o de los adquirentes, sino que debía justificarse el origen propio de los fondos y que en caso de adquirir solo uno de los cónyuges, la participación del otro era conveniente, no necesaria, a los efectos de conformar aquella declaración.

Lo más trascendente es que si esa manifestación no se hubiese realizado en ocasión de la celebración del acto de adquisición, en el título acreditativo del dominio, podía tal omisión ser saneada posteriormente con la confección de una escritura pública complementaria y aclaratoria de la anterior, por medio de la cual se haría ostensible la verdadera naturaleza jurídica del bien adquirido, completándose con la publicidad cartular por las notas marginales correspondientes en las copias o testimonios, en el texto de la matricidad protocolar y con la publicidad registral en el registro de la propiedad correspondiente.

Esta modalidad subsanatoria plenamente extendida y aceptada en el tráfico negocial fue dejada de lado por la nueva codificación, como así también lo hizo el Proyecto de 1998.

El art. 466 bajo estudio, con relación a la subrogación real por inversión o reinversión de fondos propios, para que la calidad de bien propio desplace la calidad de bien ganancial presumida iuris tantum con relación a todos los bienes existentes al tiempo de la extinción del régimen de comunidad, establece ciertos recaudos. Primero, frente a terceros, "no es suficiente prueba... la confesión de los cónyuges". Queda claro entonces que, con el nuevo régimen, como lo es también ahora, la sola declaración o manifestación de los cónyuges es insuficiente para determinar la real calidad jurídica de los bienes que integran el patrimonio de cada uno de ellos.

La última parte del art. 466 del nuevo Código establece tres situaciones.

a. "Para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios es necesario que en el acto de adquisición se haga

constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge. Tres son los recaudos a cumplir: 1. declaración de la utilización de fondos propios para el pago del precio de la cosa; 2. justificación del origen de esos fondos propios y 3. participación del cónyuge no adquirente a los efectos de conformar la veracidad de la declaración del adquirente.

b.- "En caso de no podérsela obtener, o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición." Si la conformidad del cónyuge no adquirente no se puede obtener (casos de ausencia, incapacidad, capacidad restringida, etc.) o de negativa, el adquirente puede adquirir de todas formas los bienes registrables y luego tramitar judicialmente esa declaración, la que debe publicitarse marginalmente en forma cartular en el título de adquisición. La norma omite la publicidad registral, en tanto que siendo los bienes referidos en la norma, registrables, la ostensibilidad de que se trata de bienes propios también debe ser emplazada registralmente para su oponibilidad a terceros registrales (Ley 17.801).

c.- "El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición". De esta forma la norma prohíbe una metodología subsanatoria absolutamente aceptada y extendida en el tráfico negocial, como es la implementada a partir del otorgamiento y autorización de una escritura pública complementaria y aclaratoria, de cuyo contenido surge el cumplimiento de los recaudos expuestos en la ley (declaración del adquirente, justificación del origen de los fondos propios y conformidad del cónyuge no adquirente), que con posterioridad al acto jurídico de adquisición sanee la omisión, sin necesidad de incoar una acción judicial.

Una vez más el legislador da la espalda a una solución notarial, extrajudicial, que atiende a los intereses de los habitantes de nuestro país, en un ámbito de normalidad, con ausencia de conflicto. Si bien el asesoramiento notarial previo al acto adquisitivo advierte a la persona humana casada bajo el régimen de ganancialidad diferida hoy y comunidad a partir del 1º de agosto de 2015, que debe implementar la subrogación real para justificar la calidad de propio del bien a ingresar en su patrimonio, pueden darse supuestos de omisión al tiempo de la adquisición. No existe fundamento suficiente para no permitirle a esa persona cumplir con los recaudos de la subrogación real, posteriormente, en ausencia de conflicto alguno. Si es capaz para efectuar esa declaración (arts. 22 y 23 del C.CyC), si puede justificar el origen de los fondos (por ejemplo con la venta de un bien propio, cuyo producido lo ha reinvertido en la compra actual, todo ello justificado por medio de instrumentos públicos indubitables —dinero recibido y entregado ante el escribano público autorizante de las escrituras públicas del caso— donaciones manuales dinerarias simultáneas con el acto de adquisición (art. 296, inc. a, del C.CyC., etc.) y si su cónyuge está conteste en conformar la declaración y el origen de los fondos, ¿qué impide que tal subsanación de la omisión se efectúe por escritura pública posterior complementaria? ¿Cuál es la razón que justifica la judicialización de cuestiones ajenas al conflicto?

Así la donación manual dineraria instrumentada por escritura pública (arts. 284 y 299 del C.CyC), con el cumplimiento de lo normado en el art. 1554 del Código Civil y Comercial de la Nación, la tradición de la suma dineraria entregada en presencia del escribano público (art. 296, inc. a del C.CyC) es justificación suficiente del origen propio de los fondos que, en forma simultánea o posteriormente, es utilizado para el pago del precio de la cosa registrable que el donatario adquiera.

De esta forma, las figuras jurídicas de la donación manual, en este caso dineraria (art. 1554 del C.CyC), se vincula con el régimen patrimonial de la persona humana casada bajo el régimen de comunidad (art. 463 del C.CyC), a los efectos de consolidar la subrogación real de esos fondos en la adquisición de un bien registrable que ostentará la calidad de bien propio, desplazando la presunción iuris tantum de la ganancialidad de los bienes existentes al tiempo de la extinción del régimen (arts. 466 y 475 del C.CyC).

7. Contrato de donación con pacto de reversión

**Pacto de reversión.** El art. 1566 del Código Civil y Comercial de la Nación estatuye el pacto de reversión en el contrato de donación. Esta figura jurídica ya se encontraba legislada en los arts. 1841 a 1847 del Código Civil. Por su parte la nueva normativa sigue exactamente los arts. 1444 a 1446 del Proyecto de 1998.

El interés de la nueva regulación es que no puede ser interpretada solo en su especificidad, sino que se impone su vinculación con las condiciones resolutorias y con el dominio revocable. Todo ello en el marco de su eficacia retroactiva o no retroactiva. Veamos.

El art. 1566 del nuevo Código mantiene el concepto de reversión existente en el código decimonónico como condición resolutoria. Contestes en el significado de la condición resolutoria, afirmamos que el dominio de la cosa donada de titularidad del donatario, estará sujeto a reversión al tiempo del acaecimiento de ciertos hechos futuros e inciertos, estatuidos en la norma, cuales son: 1.- que el donatario; 2.- que el donatario, su cónyuge y sus descendientes (32) o 3.- el donatario sin hijos, mueran antes que el donante. Los hechos condicionantes descriptos en la norma corresponden al fallecimiento del donatario, en las tres variantes previstas, antes que el donante. Esa es la condición resolutoria.

Aclara el segundo párrafo del artículo que la reversión debe pactarse expresamente como una cláusula del contrato de donación y que solo se podrá convenir en beneficio del donante. Si se pretendiese pactarla a favor

del donante, sus herederos o terceros, solo será válida a favor del aquel.

Concluye el artículo aclarando, con respecto a la posibilidad de pactar la reversión en caso de muerte del donatario sin hijos, que el hecho condicionante se frustra con el solo nacimiento de ellos, aunque luego mueran y su padre (donatario) los sobreviva.

Hasta aquí no existen inconvenientes interpretativos. El donatario que tiene su dominio sujeto a una condición resolutoria, ostenta un dominio imperfecto y lo ejercerá en consecuencia (art. 1966 del C.CyC), siendo su titular desde el momento de la celebración del contrato de donación, si además se reúnen los otros recaudos de la transmisión del dominio (arts. 299, 1552, 1922, 1923 del C.C.yC). Si la condición resolutoria acaece (muerte del donatario antes que la muerte del donante o que acaezcan las otras situaciones contempladas) el dominio se revierte al donante, quien queda legitimado para exigir la restitución de la cosa donada, aplicándose el régimen del dominio revocable (art. 1567 y arts. 1964 1969 del C.CyC).

**La reversión como condición resolutoria.** La reversión pactada como cláusula del contrato de donación debemos vincularla al régimen de la condición como modalidad del acto jurídico (arts. 343 al 349 del C.CyC.), que al regular sus efectos en el art. 346 del C.CyC, el mismo dice: "La condición no opera retroactivamente, excepto pacto en contrario." O sea que el principio es la irretroactividad de la condición sea suspensiva o resolutoria (arts. 343 y 347 del C.CyC). Esta no retroactividad se remata en el art. 348 del C.CyC, cuando en su segundo párrafo dice: "Cumplimiento de la condición suspensiva y resolutoria"... Si se hubiese determinado el efecto retroactivo de la condición, el cumplimiento de ésta obliga a la entrega recíproca de lo que a las partes habría correspondido al tiempo de la celebración del acto. No obstante, subsisten los actos de administración y los frutos quedan a favor de la parte que los ha percibido".

Debemos concluir que a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código, el pacto de reversión convenido en el contrato de donación, como condición que es, no operará con efecto retroactivo (33) excepto que exista pacto en contrario que establezca expresamente el efecto retroactivo de la condición resolutoria al tiempo del acaecimiento del hecho futuro e incierto de la muerte del donatario (su cónyuge, sus descendientes o del donatario sin hijos) antes que la muerte de donante. Si el efecto es retroactivo, porque se lo ha pactado, el dominio revertirá sin cargas, no obstante los actos de administración subsistirán y la propiedad de los frutos continuará a favor de quien lo haya percibido, esto en consonancia además con lo establecido para el dominio revocable en el art. 2670 del Código Civil. Si el efecto no es retroactivo, como el dominio que ejerció el donatario, sujeto a condición resolutoria, es un derecho actual, los actos por él realizados en el marco de su dominio imperfecto, quedarán consolidados. Esto podemos afirmarlo analizando la donación con pacto de reversión desde la óptica de las condiciones resolutorias.

**La reversión como causa fuente del dominio revocable.** También este contrato de donación con pacto de reversión debemos interpretarlo conforme al dominio revocable como especie del domino imperfecto (arts. 1964 a 1969) en tanto que el dominio que ostenta el donatario está sujeto al advenimiento o cumplimiento del hecho condicionante. El art. 1567 del nuevo Código, al abordar los efectos de la reversión, dice: "Cumplida la condición prevista para la reversión, el donante puede exigir la restitución de las cosas transferidas conforme las normas del dominio revocable". Acá se abre un abanico de posibilidades con respecto al efecto retroactivo o no de la condición analizado en el marco del dominio revocable que estatuye otra solución. Veamos.

"Son dominios imperfectos el revocable, el fiduciario y el desmembrado" (art. 1964 del C.CyC). "Dominio revocable es el sometido a condición o plazo resolutorio a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien la transmitió" (art. 1965 del C.CyC). La condición o plazo resolutorio deben provenir de la voluntad expresa de los contratantes o de la ley. La novedad que introduce la norma es la fijación de un plazo de diez años para que el hecho condicionante acaezca. Si los diez años transcurren sin producirse la resolución, el dominio deja de ser imperfecto para el donatario. Por su parte los arts. 1966 a 1969 del Código Civil y Comercial de la Nación determinan los efectos del dominio revocable. El primero plasma un principio general y lógico, cual es que "el titular del dominio revocable tiene las mismas facultades que el dueño perfecto, pero los actos jurídicos que realiza están sujetos a las consecuencias de la extinción de su derecho". No existe duda interpretativa si nos referimos al dominio revocable. Es cierto que su titular, el donatario para nuestro caso, podrá ejercer su dominio como si fuera pleno, pues está sujeto a una condición resolutoria pendiente de cumplimiento. No obstante, es lógico que si realiza un acto de disposición (venta o gravamen), sin autorización del donante, como veremos (art. 1568 del C.CyC), el mismo quede sujeto a las consecuencias de la extinción de su derecho.

Ahora bien, el nuevo art. 1967 regula los efectos de la revocación del dominio distinguiendo que la cosas sean registrables o no. En el primer caso establece el efecto retroactivo, "excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley", en sentido similar al art. 2669 del Código Civil. Recordemos que en el régimen de las condiciones resolutorias, el principio general ahora es el de la no retroactividad, en tanto, en el dominio revocable de cosas registrables, que es un dominio sujeto a condición resolutoria, la norma establece el principio general opuesto, o sea el de retroactividad. Con relación a las cosas no registrables, es obvia la solución del artículo, de la no producción de efectos hacia terceros, salvo que por su mala fe deban restituir la cosa.

Ocurrido el hecho condicionante, el mismo es suficiente para producir toda su eficacia por lo que, los

herederos del donatario fallecido quedan inmediatamente constituidos en poseedores a nombre del dueño perfecto (donante) (art. 1968 del C.CyC). Cabe distinguir que si la inscripción registral es constitutiva (automotores) la misma es necesaria para su readquisición y si la inscripción registral es declarativa, la misma es necesaria para su oponibilidad a terceros interesados, lo que requerirá la confección de la escritura pública portante de la declaración de evidencia del acaecimiento de la condición resolutoria.

**Reversión como condición resolutoria del dominio revocable.** Frente a dos disposiciones generales que abrigan eficacias opuestas, los efectos de la condición resolutoria (no retroactiva, salvo pacto en contrario) y los efectos de la revocación del dominio imperfecto (retroactiva, salvo que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley) el art. 1969 del C.CyC. prevé los efectos de ambas cuando estatuye: "Efectos de la retroactividad. Si la revocación es retroactiva el dueño perfecto adquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio resuelto; si no es retroactiva, los actos son oponibles al dueño."

Podemos afirmar entonces que para el caso de la donación inmobiliaria con derecho de reversión, este contrato no lo podemos interpretar solo a partir de las normas de la donación, sino que se impone vincularlo con el régimen de las condiciones resolutorias y con el régimen del dominio imperfecto. Dado que el principio general de las condiciones es la no retroactividad y del dominio revocable es la retroactividad, siempre claro está que, en ambos casos, las partes no acuerden lo contrario, se impone asesorar detenidamente a los particulares cuando deseen celebrar una donación con pacto de reversión. Lo que deberán prever expresamente es si a la condición resolutoria le quieren atribuir el mismo efecto retroactivo que tiene el dominio revocable, por lo que si el dominio revierte al cumplimiento de la condición resolutoria, ningún acto jurídico celebrado por el donatario como titular del dominio imperfecto podrá ser oponible al donante, salvo los de administración y los frutos percibidos.

Si por el contrario, donante y donatario convienen que la condición resolutoria no tenga efecto retroactivo, tal como lo establece la norma, deberán convenir que tampoco genere efecto retroactivo la restitución del dominio revocable, por lo que todos los actos jurídicos realizados por el donatario serán oponibles al donante, en igual sentido a lo instaurado en el código decimonónico en el art. 2672.

Corolario de lo expuesto es que en las futuras contrataciones de donaciones inmobiliarias sujetas a pacto de reversión, las partes deberán ocuparse de hacer coincidir los efectos de la condición resolutoria con los efectos del dominio revocable, en tanto que, aplicadas supletoriamente las normas que rigen una o otra figura, las soluciones serán distintas con relación a la retroactividad o no de sus efectos.

Un intérprete desprevenido podría no valorar esta apreciación, actitud que puede ser revertida sencillamente si se entiende que la reversión que modaliza el contrato de donación es la misma condición resolutoria que califica al dominio de la cosa donada como revocable.

**Plazo de diez años.** Por su parte, tampoco podemos dejar de mencionar que mientras en el contrato de donación el pacto de reversión no reconoce plazo alguno durante el cual deba producirse el hecho condicionante, el dominio revocable sujeto a condición resolutoria no puede ser más extenso que por diez años (34), contados "desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto" (art. 1965 del C.CyC) esto es desde la celebración de la escritura pública de donación inmobiliaria y transmisión del inmueble en cabeza del donatario. Entendemos entonces que existiendo pacto de reversión en la donación, pasados diez años desde la celebración de la escritura pública de donación inmobiliaria, sin que el donatario muera antes que el donante, no existirá más posibilidad de revertir el dominio a favor de este último y aquel consolidará su dominio pleno.

**Renuncia del donante a la eficacia resolutoria.** Por último tengamos presente que el art. 1568 del Código Civil y Comercial de la Nación, en igual línea de pensamiento que el art. 1846 del Código Civil, determina que la conformidad del donante otorgada al donatario para que éste último enajene la cosa donada implica la renuncia a la reversión, razón por la cual antes del transcurso de los diez años el donatario gozará del dominio pleno de la cosa donada a partir de esa renuncia, la que por accesoriedad formal deberá ser otorgada por escritura pública (art. 1017, inc. c del C.CyC). En caso de que esa conformidad sea prestada para que el donatario grave con derechos reales la cosa donada, "solo beneficiará a los titulares de esos derechos", ello también antes del cumplimiento de los diez años, pues luego el donatario devenido en propietario pleno, tiene la libre disposición del dominio.

**8. Donaciones con cargo**

En la Sección 3, del Capítulo 22 de las donaciones, la nueva codificación regula algunas donaciones en particular. Entre ellas encontramos las donaciones con cargo (arts. 1562, 1563 y 1564 del C.CyC, este último además alcanza a las donaciones remuneratorias). Por su parte en la Sección 4, siguiente, al abordar los temas de la reversión y la revocación también atiende a las donaciones con cargo (arts. 1569, 1570 del C.CyC). El análisis pormenorizado del tema planteado excede el marco de este aporte, por lo que solo nos ocuparemos de la vinculación de esta figura jurídica con las prescripción de las acciones que pueden incoar tanto el donante o sus herederos, como el beneficiario del cargo en razón de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (35) Veamos.

Sabemos que el donante puede imponer al donatario el cumplimiento de cargos, en beneficio del propio

donante o de un tercero, "sean ellos relativos al empleo o al destino de la cosa donada, o que consistan en una o más prestaciones (art. 1562 del C.CyC).

Esta donación no es más que un acto jurídico modalizado con cargos a la cual no solo se le aplican las normas específicas de las donaciones, sino también de las modalidades de los actos jurídicos (arts. 354 a 357 del C.CyC). El cargo es una obligación accesoria "impuesta al adquirente de un derecho" y puede preverse como condición suspensiva o resolutoria, pero en caso de duda se debe interpretar que es cargo y no condición (art. 354 del C.CyC).

El donatario, entonces, queda obligado al cumplimiento del cargo y si paga su obligación, perfecciona su dominio. Caso contrario se disparan las acciones de cumplimiento del cargo (que reconoce como legitimados activos al tercero beneficiario y al donante y sus herederos) o de revocación de la donación (que reconoce como sus legitimados activos solo al donante y sus herederos) (art. 1562 del C.C.yC).

El art. 355 del Código Civil y Comercial se ocupa del tiempo del cumplimiento del cargo, de la misma forma que lo hacía el Código Civil en el art. 561. La no existencia de plazo convenido para el cumplimiento del cargo por parte del obligado, adquirente de un derecho, debía ser resuelta en el plazo que fijase el juez. Este art. 561, se vincula además con el art. 751, con respecto al tiempo en que debe efectuarse el pago, el cual establece que en caso de que no hubiese plazo designado, se observará lo dispuesto en el art. 618 del mismo ordenamiento legal, que a su vez establece que en el caso de obligaciones de dar sumas de dinero, si no se hubiese acordado el día en que debe hacerse la entrega del dinero, el juez debe determinar la fecha de pago. Por tanto de los artículos del Código decimonónico 561, 751 y 618, toda vez que el cumplimiento obligacional careciese de plazo, el mismo debe ser determinado judicialmente.

El nuevo art. 355 cuando aborda el plazo del cumplimiento del cargo, en vez de atender directamente a la decisión judicial, dirige su atención a la especie de cargo de que se trate, al régimen de la mora y de la prescripción. Tal afirmación surge de los propios Fundamentos del proyecto. (36)

El artículo bajo comentario reconoce su fuente directa en el art. 352 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio, de 1998. (37)

La norma bajo estudio remite al art. 350 del mismo ordenamiento legal al establecer que al plazo de ejecución de un cargo se le aplica la mencionada norma. Por tanto al referirnos al cumplimiento de un cargo, tanto su exigibilidad como su extinción pueden quedar diferidas en el tiempo, esto es sujeto a plazo. Pero no solo remite al art. 350, sino también a sus concordantes.

Por ello debemos también tener presente los arts. 871 de las disposiciones generales del pago, con respecto al tiempo de pago (38) y el 887 que regula las excepciones al principio de la mora automática. (39)

Cuando las partes contratantes determinan el plazo para el cumplimiento del cargo, el mismo debe ser cumplido en tiempo y forma cuando adviene del término del plazo. En todos los casos que se trate de plazo determinado no existe duda de cuándo debe ser cumplido. Una problemática distinta sobreviene si el plazo de cumplimiento del cargo es indeterminado.

Cuando el plazo para el cumplimiento del cargo es indeterminado, cualquiera de las partes ostenta el derecho de incoar la acción judicial de fijación de plazo.

La norma bajo estudio estatuye la prescripción de la acción tendiente a establecer el plazo de cumplimiento del cargo, remitiendo al art. 2559 del nuevo ordenamiento legal.

En primer lugar es fundamental citar la norma general, esto es el art. 2554 ubicado en el Capítulo 2 de la prescripción liberatoria, Sección 1, del comienzo del cómputo, pues establece que el transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible. Por ello cabe preguntarse cuándo empieza a correr este plazo si no existe plazo determinado. Para ello el art. 2559 del nuevo Código estatuye que si el plazo es indeterminado, la obligación se considera exigible a partir de su determinación y agrega: "El plazo de prescripción para deducir la acción para la fijación judicial del plazo se computa desde la celebración del acto. Si prescribe esta acción, también prescribe la de cumplimiento".

De todo lo hasta aquí expuesto podemos interpretar que cuando el plazo para el cumplimiento del cargo es indeterminado, el acreedor del cargo tiene un plazo de cinco años contados desde la celebración del negocio jurídico que dio lugar a la existencia de cargo, para accionar judicialmente con la finalidad de que el juez lo determine. Si prescribe la acción de fijación del plazo, en tanto no ha incoado tal acción dentro de los cinco años de celebrado aquel negocio jurídico, también le prescribe la acción por cumplimiento.

Del juego armónico de las normas bajo análisis afirmamos que si el donatario que ha adquirido el dominio imperfecto de la cosa donada, modalizado con la obligación accesoria de cumplir un cargo, tanto sea a favor del donante mismo o de un tercero, carece de plazo determinado para ello, al cumplirse cinco años desde la celebración del negocio, sin que el acreedor del cargo (tercero, donante o sus herederos) haya incoado la acción para la fijación judicial del plazo, se libera de su cumplimiento dada la prescripción liberatoria cumplida, siempre y cuando no se hayan impetrado causales de suspensión (arts. 2539 al 2543 del C.CyC.) o extinción de tal prescripción (arts. 2544 al 2549 del C.CyC.), lo que dilatará en el tiempo ese resultado.

De todo lo manifestado concluimos algo que es fundamental para la consolidación de los derechos en el tráfico negocial. Si debemos calificar una donación inmobiliaria sujeta a cargo, el cual carece de plazo para su ejecución o cumplimiento, y si la escritura pública fue otorgada y autorizada más allá de los cinco años, contados a partir de la fecha de la misma, debemos interpretar que el donatario, aunque haya incumplido con el cargo, consolidó su dominio perfecto por la prescripción liberatoria de las acciones de fijación judicial del plazo de cumplimiento que subsume el plazo de la acción de cumplimiento.

Por su parte, si el cargo fue establecido expresamente como cargo condicional suspensivo o cargo condicional resolutorio, luego de los diez años contados a partir de la escritura pública de donación con cargo, también perfecciona su derecho de dominio. (40)

9. Donación inoficiosa. Reducción de las donaciones

**Panorama actual.** En el tráfico negocial existen lo que el común de la gente llama "donaciones a terceros", que son aquellas donaciones celebradas entre donante y donatario, en las que éste último no revestirá en el futuro calidad de heredero forzoso de aquel. No compartimos esta designación ya que la propia esencia contractual de este negocio jurídico desplaza la posibilidad de entender como un tercero al propio donatario. Lo que realmente se quiere significar es que este mismo donatario no revestirá en el futuro la calidad de heredero legitimario del donante al tiempo del fallecimiento de éste último. No obstante, la difusión de la expresión nos impone utilizarla.

Encontrar en la cadena causal una donación conocida como "donación a tercero" ha generado en el tráfico jurídico dudas en la calificación del título, debido a las posibles acciones que podrían incoar los herederos legitimarios del donante.

Es por ello que ciertas entidades bancarias, crediticias o financieras no aceptan como antecedente dominial un título de adquisición del dominio proveniente de una donación con estas características, sosteniendo que se trata de un título observable. (41)

La duda interpretativa se funda en la aplicación del art. 3955 del Código Civil, que determina la existencia de una posible acción de reivindicación del inmueble en caso de que el acto transmisivo afecte la legítima de los herederos forzosos, obviamente al tiempo del fallecimiento del donante.

La doctrina se bifurca entre aquellos autores que sostienen el efecto reipersecutorio de la acción de reducción y aquellos otros que entienden que tal acción alcanza únicamente a los efectos patrimoniales, no afectándose entonces la cadena dominial (42) posición en la que nos enrolamos.

Un viejo fallo plenario capitalino recaído en autos "Escary c. Pietranera", del año 1912 (43) calificó como observable una donación a terceros, en razón de que surgía del mismo título la preterición de la hija del donante, quien revestiría posteriormente la calidad de heredera forzosa de aquel.

De la divulgación de este fallo plenario con su información parcializada resultaron las más variadas opiniones, no siempre (bajo nuestro criterio) bien fundadas. (44)

Por nuestra parte sostenemos que Vélez Sarsfield planteó el contrato de donación como un contrato más, típico, consensual, gratuito, unilateral, etc., para poder válida y eficazmente ser celebrado entre donante y donatario.

Es cierto que en las fuentes de nuestro Código Civil, entre otras, en el Código Civil francés, se legislan las donaciones conjuntamente con los testamentos, ya que los efectos de este contrato entre vivos mantienen una íntima vinculación con los actos de última voluntad y con el régimen sucesorio.

Nuestro codificador decimonómico lo legisla en el Libro Tercero, como contrato pero sin dejar de lado sus consecuencias al tiempo del fallecimiento del donante.

Adquieren protagonismo los llamados herederos forzosos, que son aquellos a quienes convoca la ley al tiempo del fallecimiento del causante, garantizándoles una porción del patrimonio relicto de la cual no pueden ser privados, salvo causas expresamente tasadas y justificadas (casos de desheredación - arts. 3744 y ss. del C.C. o indignidad - arts. 3290 y ss. del C.C.).

Esa porción patrimonial recibe la designación de legítima (arts. 3591 del C.C.), variando su proporción de acuerdo con la calidad del heredero forzoso de quien se trate, esto es ascendientes, cónyuge o descendientes.

Al tiempo del fallecimiento del causante se toma en cuenta el total del patrimonio del que era titular por entonces y se le suman los valores de los bienes transmitidos a título gratuito, de lo que resultará definitivamente el total para calcular las porciones legítimas.

Si la transmisión gratuita no afecta el monto determinado como legítima, al no existir desmedro de ella, el acto será inatacable.-

Por el contrario, si tal acto sobrepasa el monto de la parte disponible del causante, entonces los herederos forzosos cuentan con las acciones legales para remediar esa vulneración, que puede ser intentada no solo contra terceros, sino contra los mismos coherederos.

Aquí es donde la doctrina discute si esta acción (art. 3955 del C.C.) es real (por medio de la cual se puede perseguir al inmueble con independencia de quién sea su titular actual) o meramente personal (pudiendo resolverse por la restitución del valor de la cosa).

Sostener a ultranza la primera posición acarrea colocar el inmueble fuera del comercio ya que ninguna de las opciones subsanatorias que habitualmente se implementan —distracto (45), conversión de la causa contractual de gratuidad a onerosidad, la compensación indemnizatoria (46) etc.— poseen virtualidad jurídica plena para bonificar la pretendida observabilidad. Es por ello que la interpretación de que se trata de una acción con eficacia personal es beneficiosa para el tráfico negocial, fundada en la acción de fraude y que atiende a los intereses de los terceros de buena fe y título oneroso que pudieron haber adquirido el bien, en el más pleno convencimiento de que no existían, al tiempo de la celebración de la donación, sujetos que posteriormente pudieren revestir el carácter de herederos forzosos.

Los legitimados activos de la acción de reducción son los herederos forzosos del donante que existían al tiempo de la donación, siempre y cuando ese acto gratuito vulnerara sus legítimas. Esta acción de reducción, como cualquier otra acción que pretendan incoar aquellos (colación, complemento, etc), no pueden renunciarse en vida del donante, ya que no se permite pactar sobre herencia futura, pero sí luego de su fallecimiento. A los efectos de ejemplificar pensemos en un donante soltero, viudo o divorciado, que al tiempo de celebrar la donación sus padres ya han fallecido y que además carece de descendientes matrimoniales, extramatrimoniales y/o adoptivos. Podemos concluir sin hesitación alguna que este donante, carece de herederos forzosos, por lo que no podrán existir personas legitimadas activamente para accionar por reducción de sus legítimas al tiempo del fallecimiento del donante.

Ahora bien, nos preguntamos ¿podría un eventual heredero forzoso reclamar al titular de dominio actual, la restitución del inmueble? Para que sea viable la acción de reducción de esta donación se deben reunir los siguientes requisitos: a) Debe fallecer el donante. b) Debe realizarse el proceso sucesorio a efectos de que el posible heredero forzoso sea declarado tal, previo reconocimiento de su calidad de hijo (o de otro heredero legitimario), si es que no fue reconocido voluntariamente por su padre. c) Debe ser declarada aquella donación como inoficiosa, esto es que afecte su legítima (art. 1830 del C.C.) o lo que es lo mismo que su valor exceda la parte disponible del causante, tomando como base de cálculo el total del patrimonio relicto al tiempo del fallecimiento del donante, incluyendo el valor de los inmuebles donados. d) "Solo puede iniciarla el legitimario (arts. 3591 del C.C. y 1832 del C.C.) o sea un heredero que tiene asignada por la ley una legítima, (cónyuges la mitad, hijos cuatro quintos) y que existía a la época de la donación, tomándose en consideración la concepción en el seno materno (art. 70 del C.C.). "Pero esta existencia no solo es física, sino también de vínculo, quien ya existía como persona, pero no como cónyuge al tiempo de la donación, no puede demandar la reducción". (47) e) Tiene su fortaleza la posibilidad de que el heredero forzoso al tiempo de reclamar por reducción, decida renunciar a la acción, gratuita u onerosamente. Esta acción no es pasible de dispensa como la colación.

Por último, si es que existió al tiempo de la donación un heredero forzoso ocultado o desconocido por el donante y luego de la muerte de éste último intenta accionar por reducción reuniendo la totalidad de los requisitos citados:

a) Para la doctrina que sostiene que la acción normada en el art. 3955 del C.C. tiene eficacia real, el legitimado activamente podría enderezar su reclamo contra quien sea el propietario del inmueble al tiempo de incoar la acción. No obstante, sería más que discutible que prospere la acción pues no podría aplicarse el fallo plenario "Escary c. Peitranera" ya que la preterición del heredero forzoso no surge del título.

b) Para la doctrina que sostiene que la acción normada en el art. 3955 del C.C. tiene eficacia personal, el legitimado activamente podría reclamar tan solo el valor para completar su legítima, aplicando los principios de la acción de fraude por lo que el accionado podrá fundar su buena fe en el desconocimiento de la existencia de herederos legitimarios avalado ello, por ejemplo, por la declaración del donante acerca de cómo se componía su núcleo familiar al tiempo de la donación. (48)

Esta es tan solo una apretada síntesis del panorama actual de las donaciones en el tráfico jurídico. Evitamos profundizar en detalles de casos particulares que también excedería el marco del presente aporte. La argumentación tiene por finalidad hacer comprender al lector que si bien existen casos jurisprudenciales aislados, que atienden a estos temas, los mismos no son significativos, frente a una enorme cantidad de títulos provenientes de donaciones que circulan en el mercado negocial de toda la República Argentina. Es por ello que la trascendente reforma, actualización y unificación del derecho privado en nuestro país no podía perder la oportunidad de legislar en pos de la seguridad jurídica que debe primar en el tráfico.

**El régimen adoptado en el Código Civil y Comercial.** En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación podemos leer: "Se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve. De este modo se intenta solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico". (49) Desgraciadamente esta expresión de deseos está lejos de concretarse en el régimen legal, pues la redacción definitiva del articulado pertinente, colocará a partir del 1º de agosto de 2015 a miles de títulos provenientes de donaciones inmobiliarias en situaciones impensadas por los sujetos involucrados, ni mucho menos deseadas.

Veamos.

En la Sección 3, del Capítulo 22 de las donaciones, el art. 1565 del Código Civil y Comercial de la Nación, recepta en la normativización de algunas donaciones en particular, a la tradicional donación inoficiosa y expresa: "Se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante. A este respecto, se aplican los preceptos de este Código sobre la porción legítima." Ya en el Libro quinto de la transmisión de los derechos por causa de muerte, el art. 2453 estatuye la reducción de las donaciones en caso de que la reducción de las disposiciones testamentarias sea insuficiente para cubrir la porción legítima del heredero legitimario, confiriendo un orden cronológico inverso a sus fechas y si se tratan de donaciones de igual fecha, se reducirán a prorrata. Por su parte el artículo siguiente 2454 se ocupa de establecer los efectos de la reducción de las donaciones distinguiendo la reducción total de la parcial y para este último caso, si el bien es divisible o indivisible. Concluye el artículo reconociéndole al donatario la posibilidad de impedir la resolución si entrega al legitimario una suma dineraria para completar el valor de la legítima. Por su parte el art. 2456 frente a la insolvencia de uno de los donatarios, permite accionar contra los donatarios de fecha anterior.

Los dos artículos siguientes 2457 y 2458 del nuevo Código generan la mayor preocupación. El primero dice: "Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores". En tanto la siguiente norma establece: "Acción reipersecutoria. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio de la cuota legítima". De estos dos últimos artículos no cabe ninguna duda interpretativa acerca de que la acción de reducción, quedó regulada como una acción real o por lo menos como una acción personal con eficacia real, desde que tiene virtualidad suficiente de extinguir los derechos reales constituidos por los titulares de dominio que componen la cadena dominial al tiempo de volver el dominio a los herederos del donante. El régimen convierte al derecho real de dominio adquirido por donación en un dominio menos pleno o imperfecto, resoluble por inoficiosidad.

Por su parte el art. 2386, del mismo ordenamiento legal establece, con relación a las donaciones inoficiosas celebradas con el descendiente o el cónyuge, "cuyo valor exceda la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, que queda sujeta a reducción por el valor del exceso". De este modo, podrán ser accionadas por reducción tanto las donaciones a descendientes como al cónyuge.

El legislador optó por una corriente de opinión, la eficacia real de la acción de reducción en todos los casos, sin distinción de donaciones "intra-familiares" o "a terceros", colocando así a todos los títulos de donación bajo la sospecha de que en el futuro puedan ser accionados por igual.

Por su parte, trató de paliar tamaña solución con la prescripción adquisitiva regulada en el art. 2459 del nuevo Código, que dice: "La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión". Y concluye aplicando el art. 1901, que con referencia a la posesión adquisitiva, regula la unión de posesiones, por lo que el heredero la continúa de su causante y el sucesor particular de sus antecesores. En el caso de la prescripción breve "las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico". La intensión del legislador, al parecer, pretende, a través del art. 2459 crear un nuevo tipo de prescripción adquisitiva breve oponible al heredero legitimario que vea vulnerada su legítima por donaciones que se celebraron hace más de diez años, a los efectos de proteger el tráfico negocial.

Lo que sucede es que tal como quedó implementada la protección de la legítima del heredero, en especial por la acción de reducción, que en el futuro afectará a todas las donaciones que se pretendan inoficiosas, con independencia de si el donatario es hijo, cónyuge, o cualquier tercero ajeno al núcleo familiar, con más la eficacia real que se le reconoce, la pretendida solución se presenta como insuficiente. Piénsese además que, frente a la ausencia de normas transitorias, no existe unanimidad de criterio con respecto a la posibilidad de oponer este plazo de prescripción adquisitiva solo en el futuro, esto es a partir del 1º de agosto de 2025, o podrá interpretarse que al tiempo de la entrada en vigencia del nuevo Código, dicho plazo puede considerarse agotado, si la donación se efectuó antes del 1º de agosto de 2005. (50)

Otro tema es el que resulta de la norma al establecer que el plazo debe computarse "desde la adquisición de la posesión". Si nos preguntásemos ¿cuándo adquiere la posesión el donatario? La respuesta que se impone es desde que se celebra el contrato que es consensual con eficacia real, y el donante hace tradición de la cosa al donatario para que éste último la adquiera, cumpliéndose además con la forma legal impuesta (la escritura pública) tanto sea para inmuebles como muebles registrables. También afirmamos que igual criterio debe sostenerse en caso de que el donatario reciba el dominio desmembrado, pues tanto el nudo propietario como el usufructuario adquieren la posesión y la ejercen en consonancia con la naturaleza jurídica del derecho real que ostentan.

Parte de la doctrina critica el comienzo del cómputo de la prescripción adquisitiva breve del art. 2459 en tanto que mientras el plazo corre para donatario y sus sucesores en el ejercicio de la posesión, el plazo de la prescripción liberatoria de la acción de reducción no comienza hasta la fecha del fallecimiento del donante,

plazo que, a partir de la aplicación del nuevo Código, se establece en cinco años, en tanto, toda acción que no tenga prescripto un plazo en particular, se le aplica el genérico de cinco años (art. 2560 del C.CyC "El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local."). Podrá ocurrir que el legitimario que cuenta con un plazo de cinco años para accionar por reducción luego de la muerte del donante, se encuentre en la fecha del deceso, con el plazo de prescripción adquisitiva breve ya cumplido por parte del donatario y sus sucesores, pues el mismo se cuenta desde la adquisición de la posesión de la cosa donada y no desde la muerte del donante.

Se debe tener en cuenta también lo establecido en el art. 2437 del nuevo Código (51) ya que podría modificar el plazo establecido para accionar por la vía de la acción del art. 3955 del Código Civil (diez años a partir del fallecimiento del donante) si su cómputo hubiese comenzado bajo la vigencia del derecho reformado.

10. Conclusiones

Sirva el presente aporte para instar a la comprensión de que el contrato de donación, especialmente, la donación inmobiliaria, encierra en sí mismo un valor económico muy particular en el tráfico jurídico nacional. Muchos de los actuales propietarios reconocen entre sus antecedentes dominiales donaciones. Todos se verán alcanzados por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a partir del 1º de agosto de 2015. Ninguno de ellos, salvo que sean profesionales del derecho, entenderán acabadamente por qué la decisión de quienes tienen la responsabilidad constitucional de sancionar y promulgar las leyes, se encuentra tan alejada, a este respecto, de los íntimos intereses de las familias argentinas. Muchos querrán aceptar las donaciones ofertada por sus padres, que ya han fallecido y no podrán hacerlo. Otros necesitarán vender para extinguir obligaciones o constituir derechos reales de garantía para afianzarlas. A todos ellos les tendremos que informar que sus títulos son observables, porque quedaron sujetos, por mandato legal, a una posible acción de reducción, con eficacia real y que deben esperar diez años para poder disponer libremente y en plenitud de lo que les pertenece, a pesar de que el concepto de propiedad está constitucionalmente garantizado. Hacemos votos para que la magnitud de esta problemática sea rápidamente revertida por medio de una reforma legislativa, que atienda y entienda la realidad que viene.

11. Bibliografía general

ABELLA, Adriana, "Derecho Notarial: derecho documental-responsabilidad notarial", Zavalía, Buenos Aires, 2010.

ALTERINI, Atilio Aníbal. "Contratos civiles — comerciales — de consumo. Teoría general, pág. 206. Abeledo Perrot. Bs. As. 1998.

ALTERINI, Atilio A, "Código Civil sistematizado", La Ley, Buenos Aires, 2.010.

ALTERINI, Jorge Horacio. Director. ALTERINI, Ignacio Ezequiel. Coordinador. "Derecho Notarial Registral e Inmobiliario." La Ley. Bs. As. 2012.

ARMELLA, Cristina Noemí. "Usufructo y Donaciones como Negocios Jurídicos Familiares." en coautoría con Luís R. LLORENS y Rubén Augusto LAMBER. Ediciones Centro Norte de Carlos A. Vicino Editor. Bs. As. 1990.

- "Donación. Pretendida Bonificación de los Títulos." L. L. 1994 - D - 1048.

- Consulta. "Transmisión de padre a hijo, por venta o por donación." Revista Notarial 894, pág. 913. La Plata. Provincia de Buenos Aires. Septiembre-Octubre de 1987.

- Consulta. "Poder Especial Irrevocable. Donación. Inscripción Registral. Aceptación por Hermana." Revista Notarial 895, pág. 1137. La Plata. Provincia de Buenos Aires. Noviembre-Diciembre de 1987.

- Consulta. "Donación. Títulos que la tienen por origen. Donación a hija de matrimonio anterior del otro cónyuge. Naturaleza de la acción del artículo 3955." Revista Notarial 906, pág. 172. Enero-Junio de 1990.

- Consulta. "Donación. Instrumento Privado." Revista Notarial 908, pág. 677. La Plata. Provincia de Buenos Aires. Enero-Abril de 1991.

- "Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

- De los instrumentos públicos, en BUERES, Alberto J. (Dirección) y HIGHTON, Elena I. (Coordinación), Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, T° 2 C, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

- "Cheque cancelatorio y otros medios de pago. Ley 25.345. Reforma de la Ley 25.413. Competitividad. Aspectos negociales, notariales, registrales, constitucionales y tributarios. Teoría y práctica". Ad Hoc. Bs. As. 2001.

- y COSOLA, Sebastián Justo, Abordaje teórico y práctico de la ley de mayoría de edad 26.579, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2.011.

ARMELLA, Cristina Noemí (Directora) y ESPER, Mariano (Investigador), Summa de Contratos Civiles y Comerciales. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.013. ARMELLA, Cristina Noemí (Directora) y ESPER, Mariano

(Investigador), Summa Notarial, Registral e Inmobiliaria, 6 Tomos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.013.

ARMELLA, Cristina Noemí (Directora) y ESPER, Mariano (Investigador), Máximos Precedentes Jurisprudenciales. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Contratos. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.014.

BELLUSCIO, César A. "Manual de Derecho de Familia actualizado y ampliado". Astrea, Buenos Aires. 2006;

BELLUSCIO (director) ZANNONI (coordinador) Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Tomo 9, Astrea. Bs. As. 2004.

BORDA, Guillermo. "Tratado de Derecho Civil, Contratos", T. II, 5º actualización, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.

CERÁVOLO, Ángel F. "Algo más sobre las donaciones inoficiosas y títulos observables. Improcedencia de las subsanatorias." Nota a fallo. Revista del Notariado 854, pág. 217 y Revista del Notariado 855, pág. 261.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. "Contrato de donación", Hammurabi, Buenos Aires, 2010;

DI CASTELNUOVO, Gastón. "Un título más a la luz de nuevos fallos antiguos". Rev. Not. 916.

FASSI, Santiago C. y BOSSERT, Gustavo A., en "Sociedad Conyugal", Tomo 1, pág. 113. Depalma. Bs. As. 1977.

GATTARI, Carlos Nicolás. "Práctica notarial. 4. Donación", Desalma. Bs. As. 1987.

LAMBER, Rubén Augusto. "Donaciones". 1º ed. Astrea, Buenos Aires, 2008.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. "Teoría de los contratos. Parte especial", Tomo II, 3º Zavalía. Bs. As., 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luís. "Contratos Parte Especial." Tomo II. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luís. "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado". Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2014.

MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ ANTONIO, Daniel Hugo. "Derecho de familia", Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2001.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Contratos", 1º Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995.

OTERO, Esteban D. "Donación", en ESPER, Mariano y otros, "Manual de Contratos Civiles y Comerciales, Parte Especial", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011,

OTERO, Esteban Daniel en Comentario (arts. 1542 al 1573) en RIVERA, Julio César y MEDINA Graciela (Directores) ESPER, Mariano (Coordinador) "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado." Tomo IV, La Ley, Buenos Aires, 2014.

RISOLÍA, Marco A. "Capacidad y contrato". Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959;

SAUCEDO, Ricardo Javier. "Los títulos perfectos y las donaciones inmobiliarias. J. A. 2006-I-92.

SPOTA, Alberto G. "Instituciones de Derecho Civil. Contratos", Vol. III. Depalma, Buenos Aires, 1975,

ZAGO, Jorge A. "Alcance y sentido de los actos entre vivos in diem mortis dilati", J. A. 1998-I-31.

ZANNONI, Eduardo A. "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos." Astrea. Bs. As. 1986.

ZAVALA, Gastón Augusto y WEISS, Karen Maína "Donaciones, observabilidad por sospecha" Rev. Not. 975-687. Año 2013.

(1) Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis. "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado". Tomo I, pág. 45. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2014.

(2) Los otros objetos establecidos en la norma (art. 446 del C.CyC) son: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas y d) la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código" y el siguiente art. 447, fulmina con la nulidad cualquier otro acuerdo: "Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor".

(3) Libro Segundo. Relaciones de familia. Título 7: Responsabilidad parental. Capítulo 1: Principios generales de la responsabilidad parental. Art. 645. Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. Si el hijo tiene doble vínculo se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos: a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio.

(4) Se enrola en la postura que sostenemos de que estas donaciones quedan sujetas a una condición resolutoria ROVEDA, Eduardo Guillermo, en el comentario al art. 453 del C.CyC, en RIVERA, Julio César y

MEDINA Graciela (Directores) ESPER, Mariano (Coordinador) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo II, pág. 110. Ed. La Ley. Bs. As. 2014.

(5) Conf. FASSI, Santiago y BOSSERT, Gustavo A., en "Sociedad Conyugal", Tomo 1, pág. 113. Ed. Depalma. Bs. As. 1977.

(6) Conf. FASSI - BOSSERT. Ob. cit., pág. 115.

(7) "Teoría de los Contratos", Tomo 1, Parte General, pág. 153/54. Ed. Zavalía Editor. Bs. As. 1984.

(8) Término propuesto por MESSINEO, Francesco en Doctrina General del Contrato. Traducido por FONTANARROSA, R. O. y otros. Bs. As. 1952.

(9) Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., Tomo 2, pág. 414.

(10) Al respecto consultar MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ ANTONIO, Daniel Hugo. "Derecho de familia", Tomo II, pág. 76 y ss. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2001.

(11) En los Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación se lee: "Las donaciones al cónyuge se encuentran permitidas en los regímenes propuestos para sus relaciones patrimoniales teniéndose en consideración las efectuadas cuando ya donante y donatario son cónyuges". Código, pág. 805. Ed. Zavalía. Bs. As. 2014 (Se advierte al lector para evitar confusiones que lo transcripto correspondió al texto del Anteproyecto y antes del texto definitivo del art. 1002, inc. d del nuevo Código).

(12) Art. 1001. Inhabilidad para contratar... Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona". Código Civil y Comercial de la Nación.

(13) GATTARI, Carlos Nicolás. "Práctica notarial. 4. Donación", pág. 17. Ed. Desalma. Bs. As. 1987.

(14) Con respecto a los actos de conservación, de administración y disposición, ver ALTERINI, Atilio Aníbal. Contratos civiles — comerciales — de consumo. Teoría general, pág. 206. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1998.

(15) . Ver ARMELLA, LLORENS, LAMBER. Ob. cit. "Usufructo y Donaciones...". Pág. 145. Punto 51.

(16) Al respecto consultar los distintos casos analizados por LAMBER, Rubén Augusto, en Donaciones, pág. 83. Ed. Astrea. Bs. As. 2008.

(17) "En cambio, la aprobaba Llerena, quien consideraba que la solución del codificador es práctica, ya que la falta de revocación por parte del oferente implica la persistencia de su voluntad hasta su muerte...; Por su parte, López de Zavalía la explica por la aproximación de la oferta de donación al testamento hacha por la ley, la cual aplica la doctrina de la conversión presumiendo que quien quiso donar en vida, a fortiori quiso legar. Spota la justifica por tratarse de una regla común a título gratuito y Borda porque juzga que la donación no requiere un acuerdo de voluntades en el sentido que tiene en los demás contratos y que la aceptación es simplemente un acto de disposición de bienes". Conf. BELLUSCIO en Belluscio (director) ZANNONI (coordinador) Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Tomo 9, pág. 21. Ed. Astrea. Bs. As. 2004.

(18) "Al regularse la caducidad de la oferta, debe mantenerse como excepción la oferta de donación (unanimidad)". Conclusión del tema 4 sobre "Nuevas perspectivas de la teoría general del contrato", en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UBA, 2013). "Se recomienda que el proyecto mantenga la posibilidad de que la oferta de donación pueda ser aceptada aun después de la muerte o de la incapacidad sobreviviente del donante, ya que constituye un instituto útil, contemplado hoy por nuestro Código Civil. Se fundamenta en que, el que en vida quiso donar, a fortiori quiso legar. Así se ha expresado la última Jornada Nacional de Derecho Civil que, al respecto, por unanimidad resolvió que: "Al regularse la oferta debe mantenerse como excepción la oferta de donación". Conclusión de la 38 Jornada Notarial Bonaerense, realizada en Bahía Blanca del 12 al 16 de noviembre de 2013." Revista Notarial 975, pág. 741.

(19) "El sistema del Código Civil era el de la "emisión de la aceptación" (art. 1154), abandonado en la legislación comparada, por lo que era necesario su sustitución, como lo propusieron todos los proyectos de reforma desde 1987" RIVERA en Rivera, Julio César y MEDINA, Graciela. Directores. ESPER, Mariano. Coordinador. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I, pág. 435 y ss. Ed. La Ley. Bs. As. 2014.

(20) "Cuando las partes que concurren a formar el acuerdo sobre una declaración de voluntad común se hallan en distintos lugares, imposibilitadas de intercambiar declaraciones sin que medie un espacio de tiempo considerable, nos encontramos ante un consentimiento entre ausentes. A diferencia de lo que ocurre cuando las

partes están presentes combinando sus voluntades de manera casi simultánea... en el proceso de gestación de un acuerdo entre ausentes se aprecia con nitidez la presencia de dos voluntades cuyos contenidos, lugares y momentos de exteriorización son diferentes". Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos, pág. 126. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 1995. "El Código Civil y Comercial de 2014 cambia sustancialmente el régimen de formación de los contratos entre ausentes adaptándose, como decimos en el texto, a la Convención de Viena. De allí que la jurisprudencia elaborada durante la vigencia del Código Civil de 1871 resulte en gran medida inaplicable". Conf. J. C. RIVERA en ob. cit. RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela. Directores. ESPER, Mariano. Coordinador. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I, pág. 436 y ss. Ed. La Ley. Bs. As. 2014.

(21) "Si el contrato se celebra entre ausentes, el contrato se perfecciona con la recepción de la aceptación. De este modo se abandona el sistema del Código Civil que preveía que el contrato se perfecciona desde que la aceptación era enviada al oferente. De esta forma el derecho argentino de fuente interna se alinea con la Convención de Viena (art. 18.2). RIVERA en ob. cit. RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela. Directores. ESPER, Mariano. Coordinador. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I, pág. 451 y ss. Ed. La Ley. Bs. As. 2014.

(22) En igual sentido se expresan ZAVALA y WEISS en ob. cit. "Donaciones, observabilidad por sospecha" Rev. Not. 975-687. Año 2013.

(23) "De las diversas teorías para determinar el momento en que se forma el consentimiento, parece preferible la de la recepción, que considera concluido al contrato cuando se produce una aceptación útil, y ella es recibida por el oferente." Conf. ALTERINI, Atilio Aníbal. En ob. cit. "Contratos, pág. 291. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1998. También consultar MOEREMANS, Daniel E. "Contratación entre ausentes: análisis comparativo con el derecho alemán" RDCO 1993-A-207 y en ob. cit. ARMELLA, Cristina Noemí (Directora) y ESPER, Mariano (Investigador), Summa de Contratos Civiles y Comerciales. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2013.

(24) Para el análisis de esta problemática en el régimen del Código Civil y en el Código Civil y Comercial consultar OTERO, Esteban Daniel en comentario del art. 1545, y sus acertadas conclusiones que compartimos. Pág. 675 en ob. cit. RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela. Directores. ESPER, Mariano. Coordinador. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I, pág. 435 y ss. Ed. La Ley. Bs. As. 2014.

(25) En los Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación se lee: "3. Formación del consentimiento. 3.1. Consentimiento... El contrato se considera concluido con base en la teoría de la recepción, que es la más seguida en el derecho comparado. Se dispone, también, que se considera que la manifestación de la voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta conoce, o hubo de haberla conocido, trátese de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil". Código, pág. 697. Ed. Zavalía. Bs. As. 2014.

(26) "La teoría de la recepción... es adoptada por la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa internacional de mercaderías (Ley 22.765)...Conforme a los Principios de UNIDROIT la aceptación de la oferta produce sus efectos cuando la manifestación de asentimiento llega al oferente (art.2.6[2]), y la comunicación surte efectos cuando llegue a la persona a quien vaya dirigida (art. 1.9.[2]). El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos prevé que "la aceptación produce efectos a partir del momento en que toma conocimiento de ella el oferente" (art. 16, inc. 2º)... La teoría de la recepción es adoptada por los modernos Proyectos de reformas; Proyecto de Código único de 1987 (art. 1444), Proyecto de la Cámara de Diputados de 1993 (art. 1144), Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (art. 858)". Conf. ALTERINI, Atilio Aníbal. Ob. cit., pág. 291. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1998.

(27) "Por lo que quedará sujeto a la estimativa judicial el determinar si el destinatario de la oferta o aceptación "debió" conocer la declaración de voluntad de la otra parte". RIVERA, en RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela. Directores. ESPER, Mariano. Coordinador. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I, pág. 455. Ed. La Ley. Bs. As. 2014.

(28) Art. 392, del C.CyC. última parte: "...los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho".

(29) "Enumeramos los casos más comunes de pagos realizados en cumplimiento de obligaciones de fuente contractual:... 2) donación manual dineraria. Conf. ARMELLA, Cristina N. "Cheque cancelatorio y otros medios de pago. Ley 25.345. Reforma de la Ley 25.413. Competitividad. Aspectos negociales, notariales, registrales, constitucionales y tributarios. Teoría y práctica", pág. 113. Ed. Ad Hoc. Bs. As. 2001. "Habrá en todo caso, en las donaciones manuales, un cumplimiento simultáneo con la celebración, y la posesión de la cosa por el donatario será así considerada como presunción del dominio sobre ella, en consonancia con lo dispuesto en el art. 2412 del Cód. Civil y 1911, Cód. Civ y Com." Conf. Otero, Esteban, en comentario al art. 1554 en ob.

cit. RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela. Directores. ESPER, Mariano. Coordinador. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I, pág. 435 y ss. Ed. La Ley. Bs. As. 2014.

(30) "Nuestra codificación civil distingue los contratos consensuales (art. 1140, Cód. Civil) de los contratos reales (art. 1141 del Cód. Civil) quedando concluidos los primeros desde que las partes recíprocamente hayan manifestado su consentimiento, en tanto que los segundos requieren, para producir sus efectos propios, que una de las partes haya hecho a la otra la tradición de la cosa objeto del mismo. ... Actualmente la tendencia jurídica se encamina hacia el predominio del consensualismo y la supresión de los contratos reales." Conf. ARMELLA, Cristina N. Ob. cit. "Cheque cancelatorio y otros medios de pago. Ley 25.345, pág. 107. Ed. Ad Hoc. Bs. As. 2001.

(31) Al respecto consultar Belluscio en BELLUSCIO (director) ZANNONI (coordinador) Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Tomo 9, pág. 78. Ed. Astrea. Bs. As. 2004.

(32) La norma no contempla al conviviente.

(33) En sentido contrario a lo establecido en el art. 1847 del Código Civil. Ver comentario de Belluscio en ob. cit. BELLUSCIO (director) ZANNONI (coordinador) Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Tomo 9, pág. 137. Ed. Astrea. Bs. As. 2004. También LORENZETTI, Ricardo Luis. "Contratos Parte Especial" Tomo II, pág. 482. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

(34) Art. 1965. Dominio revocable.... Las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años, aunque no pueda realizarse el hecho provisto dentro de aquel plazo o éste sea mayor o incierto. Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto".

(35) Autos: "Estado Nacional — Estado Mayor General del Ejército c. Salta, Provincia de s/ ordinario", sentencia del 10 de abril de 2003, en la cual se falló: "9. Que conforme al art. 1849 del Código Civil, para que el donante tenga acción de revocación de la donación por incumplimiento de los cargos es necesario que el donatario haya sido constituido en mora en la ejecución de dichos cargos, circunstancia que no se presenta en el caso ya que no se intimó el cumplimiento sino la restitución de la cosa, lo que sólo habría correspondido si se hubiera producido la mora prevista en la mencionada disposición legal. 10. Que puesto que la donación que motiva el sub lite no fijó plazo para el cumplimiento del cargo, es obvio que tal mora no ha tenido lugar. En efecto, a falta de plazo éste debe ser fijado judicialmente con arreglo a lo establecido en el art. 509, tercer párrafo, del Código Civil". Destacamos que el reclamo se efectuó más de treinta años después de celebrada la donación inmobiliaria con cargo, lo que demuestra el interés del tema a la luz de la nueva codificación. Revista Notarial 970, pág. 255. Año 2012.

(36) En los fundamentos se lee: "En cuanto al plazo de ejecución del cargo, se recurre a la necesaria coordinación con las especies de plazo y el régimen de la mora, y con el plazo general de prescripción.

(37) Art. 352 del C.CyC. "Tiempo de cumplimiento. Se aplica al tiempo de cumplimiento del cargo lo dispuesto en los arts. 825 y 826. Art. 825... Art. 826. "Obligaciones sin plazo. Si el cumplimiento de la obligación carece de plazo, el pago debe ser hecho en la primera oportunidad que su índole consienta".

(38) Art. 871 del C.CyC. "Tiempo de pago: El pago debe hacerse: a) si la obligación es de exigibilidad inmediata, en el momento de su nacimiento; b) si hay un plazo determinado, cierto o incierto, el día de su vencimiento; c) si el plazo es tácito, en el tiempo en que, según la naturaleza y circunstancias de la obligación, debe cumplirse; d) si el plazo es indeterminado, en el tiempo que fije el juez, a solicitud de cualquiera de las partes, mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local".

(39) Art. 887 del C.CyC. Excepciones al principio de la mora automática. La regla de la mora automática no rige respecto de las obligaciones: a) sujetas a plazo tácito; si el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, en la fecha que conforme a los usos y a la buena fe, debe cumplirse; b) sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho; si no hay plazo, el juez a pedido de parte, lo debe fijar mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación. En caso de duda respecto a si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito".

(40) A este respecto debemos aplicar lo ya expresado con relación a las donaciones sujetas a reversión.

(41) Aclaramos que la observabilidad se funda no en la existencia de un título inválido o ineficaz, sino en la posibilidad de que en el futuro los herederos forzosos del donante accionen por vulneración de sus legítimas.

(42) Al respecto ARMELLA, LLORENS y LAMBER. Ob. cit. "Usufructo y donaciones...". Ed. Centro

Norte. Bs. As. 1990.

(43) J. A. Tomo 5, pág. 1 y Gaceta del Foro, Tomo 24, pág. 121. Ob. cit. ARMELLA — LLORENS — LAMBER, "Usufructo...", pág. 101.

(44) DI CASTELNUOVO, Gastón. Un título más a la luz de nuevos fallos antiguos. Rev. Not. 916. SAUCEDO, Ricardo Javier. "Los títulos perfectos y las donaciones inmobiliarias. J. A. 2006-I-92.

(45) Mi opinión en contra en "Donación. La pretendida bonificación de los títulos" L. L. 1994-D-1048.

(46) Al respecto ob. cit. LAMBER, Rubén A. Donaciones, pág. 598 y ss. Ed. Astrea. Bs. As. 2008.

(47) Nota 70. Conf. BORDA, Guillermo. "Tratado de Derecho Civil Argentino. Sucesiones.", pág. 974. Ed. Perrot. Bs. As. 1975. Conf. ARMELLA, LLORENS, LAMBER. Ob. cit. pág. 91/92.

(48) Al respecto consultar LLORENS, en obra citada "Usufructo y Donaciones..., pág. 130 y ss.

(49) Código Civil y Comercial. Fundamentos. Pág. 805. Ed. Zavalía. Bs. As. 2014. Además al referirse a las donaciones, expresan: "Es muy importante la modificación que se propicia en punto a las donaciones inoficiosas. El Proyecto en este Capítulo se limita a calificar como tales a las donaciones que exceden de la porción disponible del patrimonio del donante, pero remite a la aplicación de los preceptos relativos a la porción legítima". Ídem pág. 746.

(50) Para las posiciones a favor y en contra ver comentario a estos artículos en RIVERA, Julio César y MEDINA Graciela (Directores) ESPER, Mariano (Coordinador) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo VI, pág. 427. Ed. La Ley. Bs. As. 2014.

(51) Art. 2537 del C.CyC. "Modificación de los plazos por la ley posterior. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contando desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior".