

# Algunas consideraciones sobre donaciones: algo más que la inoficiosidad\*

Patricia Elena Trautman  
Javier Hernán Moreyra

## SUMARIO

*Ponencias. La donación como contrato en su génesis y como disposición mortis causa en su tesis. Forma. Aceptación. Alcances y efectos. Transcripción de la escritura de oferta en la escritura de aceptación. Expedición de primera o posteriores copias. Pluralidad de donatarios mancomunidad, solidaridad y derecho de acrecer. Objeto plural. Bien de familia. Propiedad horizontal. Hipoteca preexistente. Compra para y por menores de edad. Revocación de donaciones. Bien de familia y donación. Reversión de donaciones. Proyectos de reforma de la legislación civil. Bibliografía.*

## PONENCIAS

La oferta de donación es una declaración unilateral de voluntad destinada a producir efectos jurídicos, por la cual el contrato de donación sólo quedará perfeccionado con la aceptación; completando, de este modo, el esquema convencional iniciado con aquella.

La muerte del donatario antes de la aceptación impide la conclusión del contrato, por lo que sus herederos no tienen derecho a la cosa donada.

El primer testimonio de la escritura de oferta de donación se expide para el donante oferente y/o compareciente. Su extravío no impide que el donatario soli-

---

\* El presente trabajo obtuvo el segundo premio en la 29.ª Jornada Notarial Argentina, realizada en la ciudad de Mar del Plata, entre el 5 y el 8 de mayo de 2010. Corresponde al tema II: "Donación: oferta y aceptación por actos separados. Pluralidad de donantes y donatarios. Aceptación. Derecho de acrecer. Cargos y condiciones. Supuestos de reversión. Revocación".

cite la ulterior copia de la misma, demostrando con el informe de dominio respectivo que la titularidad del inmueble corresponde al donante, lo que prueba que la oferta no ha sido revocada. Igual criterio se aplica al supuesto de extravío del testimonio de la escritura, que conforma el título de propiedad, pues la oferta de donación que el donatario aceptará le otorga interés legítimo para ello. En ambos casos, resulta innecesaria la vía jurisdiccional.

En el supuesto de donatarios plurales, la donación se presume hecha pura y simple. La solidaridad y el derecho de acrecer -en su caso-, deben ser expresamente previstos. Si sólo uno o algunos de los donatarios plurales y solidarios acepta, la aceptación se perfecciona por el todo y registralmente el asiento se confecciona a modo de una nota con la prevención de la existencia de los restantes donatarios solidarios, en forma similar a la publicidad de cualquier cláusula de negocios indirectos.

En caso de objeto plural, frente a la interpretación del art. 1153 del Código Civil y ante su aplicación controvertida al instituto de la oferta de donación, debe apelarse a las normas generales de interpretación de los contratos. En consonancia con ello, resulta de aplicación el principio de que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión, conforme al art. 1198, primera parte.

Si de la oferta se desprende que el donante la ha hecho respecto de dos o más bienes y no surge una revocación ulterior, es evidente que el donatario puede aceptar uno de esos bienes y luego aceptar el otro u otros posteriormente, entendiendo que el donatario se ha reservado la posibilidad de su ulterior aceptación, corriendo con el riesgo de la revocación de la donación que pudiere eventualmente realizar el donante respecto de las cosas no aceptadas. En el caso, y a fin de evitar interpretaciones judiciales o doctrinarias encontradas, recomendamos la previsión contractual autorizando la aceptación en forma separada o bien su redacción en escrituras autónomas.

Respecto de lo estipulado en la última parte del art. 1793 del Código Civil, entendemos que la expresión “dar a otros” debe ser siempre con el *animus* de transmitir la propiedad de la cosa, por lo que no sería causal de revocación tácita el celebrar, por parte del donante, un contrato de locación o de comodato por más extenso que sea su plazo.

El art. 3430 del Código Civil es aplicable al caso del tercero que contrata con los herederos del donante, cumpliendo con los requisitos de la norma, sean estos de buena o mala fe.

La revocación expresa de la donación de aceptación diferida debe efectuarse por medio de una escritura pública.

Con respecto a la reversión de las donaciones, se ha considerado que la mera publicidad de la cláusula en la escritura basta para hacerla oponible a terceros interesados, a pesar de su no inscripción registral. Esta cuestión se encuentra debatida, ya que también se ha sostenido con argumentos sólidos que para los terceros que no debieron contar con el título a la vista para contratar con el donatario, si no se ha inscripto, esta reversión les resultará inoponible.

La prohibición de ceder el derecho de reversión surge de lo normado en la propia letra del art. 1842 del Código Civil. Si mediante la cesión del derecho se beneficiara a un tercero con la posibilidad de la transmisión del bien, se vulneraría por vía indirecta lo allí normado.

Si al momento de la donación, los bienes eran gananciales del donante por efecto de la norma general sostenida en el art. 543 del Código Civil, la norma particular del art. 1847 del Código Civil y el efecto retroactivo del cumplimiento de la reversión, los bienes revierten al donante en ese mismo carácter.

Frente a planteos que encierran -en verdad- únicamente intereses de tipo corporativo y económico, que propugnan la eliminación lisa y llana del instituto de la “oferta de donación”, el notariado argentino debe reaccionar, dando a publicidad a nuestros requirentes y a la comunidad toda, las grandes ventajas que posee este tipo de actos.

#### LA DONACIÓN COMO CONTRATO EN SU GÉNESIS Y COMO DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA* EN SU TELESIS

Según nuestro derecho positivo, habrá donación, y así lo establece el art. 1789 del Código Civil, cuando una persona por un acto entre vivos transfiere, de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa. También se afirma que la donación es un “acto de liberalidad y gratuito”. Que sea un simple acto o un contrato ha dividido las aguas del derecho, pues razones históricas y antecedentes mediatos llevan a pensar en uno u otro sentido. La nota del codificador tiene como fuente, entre otras, al art. 894 del Código Francés. Muchos autores citan la opinión de Napoleón, quien por creer que “contrato” era solamente el bilateral, excluyó a la donación y la hizo regir en su célebre código como un “acto”.

En consecuencia, la conceptualización legal se inclina por la naturaleza contractual de la donación a diferencia de su fuente francesa. Establece, además, que se la considera un adelanto de herencia, salvo su imputación a la parte disponible, la cual sólo tendrá fuente testamentaria, razón por lo cual se aproxima a las disposiciones *mortis causa*, en este aspecto.

Por ello consideramos que su naturaleza jurídica responde a un concepto contractual en su génesis, acercándose más a las disposiciones *mortis causa* en cuanto a su finalidad.

También se encuentra discutido si sólo comprende cosas o bienes en sentido lato y si en este último supuesto no constituye tan solo liberalidades. Es por ello que compartimos con el Notario RUBÉN LAMBER la opinión que este expresa en su obra sobre donaciones, en la que sostiene que “el criterio de que resulta sumamente complejo dar un concepto de donación y de circunscribirlo únicamente a una intención concreta de beneficiar a un tercero, dejándola reducida al *animus donandi*”.

La definición legal del art. 1789 del Código Civil requiere ser integrada con la previsión del art. 1792, ya que es necesaria la aceptación como acto jurídico que cierra la formación del contrato. Es de destacar que el consentimiento se forma por ofertas o propuestas dirigidas a una parte y por sus contrapropuestas o contraofertas; de este juego resulta el nacimiento del consentimiento en materia contractual. Pero cuando de donaciones se trata, la fuerza contractual está puesta del lado del donante, ya que el donatario no otorga más que su aceptación o no. Su génesis contractual nos obliga a precisar que se trata de un contrato unilateral y legislado como tal en los arts. 1789 a 1868 del Código Civil (Título VIII, Sec. III del Libro II), entre la sociedad y el mandato, y a pesar de la dudosa definición del art. 1789, más adelante queda clarificado cuando el art. 1792 exige expresamente que “para que tenga efectos legales debe ser aceptada por el donatario”.

Dos relevantes juristas argentinos han sostenido ideas interesantes y dignas de ser destacadas. Así el profesor LÓPEZ DE ZAVALÍA señala con precisión que en el régimen nacional es necesario distinguir entre la “donación - acto” y la “donación - atribución”, ya que la primera es abarcativa de dos especies: el contrato de donación y los actos asimilables, como la cesión gratuita de derechos, los actos unilaterales, la renuncia gratuita, etc.; en cambio, en la segunda, es decir la “donación - atribución”, está integrada por el enriquecimiento que se cumplimenta mediante la “donación - acto”.

Por su parte el doctor GUILLERMO BORDA inicia la cuestión con un interrogante: ¿es la donación un contrato? y de esa manera, sutilmente, introduce el tema, señalando que la donación es un acto unilateral de disposición gratuita de bienes, más cercana a las mandas testamentarias que al contrato. Así justifica la posibilidad de revocación por ingratitud (arts. 1858 a 1868) o la reducción por inoficiosidad (arts. 1830 a 1832), o el ejercicio de la acción de colación. No deja de hacer notar la tendencia mayoritaria a inclinarse por la calificación contractual, aunque sabiamente hace ver una realidad tangible: donar tiene un vínculo inmediato con las disposiciones graciables *mortis causa*, como ya adelantáramos.

En nuestro derecho no es posible contradecir la figura convencional, es evidente y claro que la donación es un contrato, pero contiene características muy particulares. La ley quiere proteger a quienes se desprenden gratuitamente de sus bienes y por ello hace del instituto una suma de requisitos formales solemnes, especialmente en los casos de bienes inmuebles (art. 1810). La posibilidad de su revocación, la facilitación del ejercicio de la acción pauliana, la inoficiocidad, entre otros aspectos colocan al instituto en un particular *status*.

#### DOCTRINA DE LA OFERTA Y SU ACEPTACIÓN. APLICACIÓN Y APARTAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

Como dijimos, nos ocuparemos de la declaración del consentimiento en oportunidad de formular la oferta y la conceptualizamos como la manifestación de voluntad unilateral destinada a producir efectos jurídicos que no requiere de recaudos de tipo administrativo, fiscal o registral. Sin perjuicio de ello, debemos hacer algunas precisiones cuando de inmuebles se trata, en este caso el cumplimiento de la forma escritura pública es insoslayable y, en cuanto al fondo, se deben precisar los elementos esenciales de los contratos, es decir: sujeto, objeto y causa, de modo que su sola aceptación permita su nacimiento.

La donación para que tenga efectos legales debe ser aceptada por el donatario, expresa o tácitamente. Esta aceptación debe ser realizada por el donatario en la misma escritura, salvo que el donatario no esté presente, supuesto en el cual lo hará por otra escritura, constituyendo un supuesto de contrato entre ausentes. Es decir que la distancia temporal entre la oferta y su aceptación obliga a la aplicación de las distintas teorías de la formación del consentimiento contractual que, como sabe-

mos, nuestro sistema normativo se pronuncia por la teoría de la expedición, salvo excepciones. Ello tiene relevancia en materia de revocación del consentimiento prestado y en la formación o no del contrato. Aquí el apartamiento de los principios generales es contundente, ya que según el art. 1149, la oferta quedará sin efecto, si una de las partes falleciere o perdiere su capacidad para contratar, y según el art. 1795 del Código Civil, andamio en base al cual se construye la figura en análisis; si el donante muere antes de que el donatario haya aceptado la donación, puede éste sin embargo aceptarla y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa donada.

En igual sentido, la aceptación hace sólo perfecto al contrato, aun cuando no se haya remitido al proponente, apartándose aquí de la norma del art. 1154 que se enrola en la teoría de la expedición.

La doctrina notarial discurre sobre un aspecto de tipo terminológico, es decir, si debemos denominar al instituto como oferta de donación o donación diferida o también por instrumentos separados. Ello ocurre en función de si se trata de una figura con cierta autonomía dentro del contrato de donación, o si se trata de la aplicación de los principios generales de los contratos en materia de oferta y aceptación, a los que por sus rasgos distintivos de la unilateralidad de las prestaciones que nacen de ellos, se aplican ciertos caracteres típicos que los apartan en ciertos aspectos, fundamentalmente vinculados a la eficacia y validez *post mortem* que le otorga el art. 1795. Lo cierto es que en tanto se le otorgue al instituto sus caracteres esenciales y se lo interprete adecuadamente, no sólo apelando a las normas de los contratos, sino aún de las disposiciones de última voluntad, la terminología asignada no cambia su sustancia.

En igual sentido, dentro de ese campo, es necesario aplicar las reglas generales de los contratos, para su perfeccionamiento. Es necesario el acuerdo de voluntades que resulta y aparece como una consecuencia de la oferta y su aceptación. La disposición prevista en el art. 1792: “Para que la donación tenga efectos legales debe ser aceptada por el donatario, expresa o tácitamente, recibiendo la cosa donada”, sirve como complemento y elemento explicativo a la incompleta definición del art. 1789. A ello se suma la explicación del Codificador argentino en la nota al art. 1792, donde afirma: “La aceptación de la donación no es otra cosa que el consentimiento en el contrato por parte del donatario, consentimiento que está sometido a las reglas generales de los contratos...”<sup>1</sup>.

## FORMA

Las manifestaciones de voluntad deben exteriorizarse para permitir su adecuado conocimiento por parte de los demás. Esa exteriorización es lo que se denomina “forma”, por ello se afirma que todos los actos tienen forma y, para algunos, ésta constituye un elemento esencial.

Nuestro sistema es de libertad de formas (art. 974 del Código Civil), pero a veces la ley o las partes imponen el cumplimiento de ritos o solemnidades para que el acto tenga efecto. Cuando el cumplimiento de las formas hace a la esencia del propio acto, por adquirir su carácter sustantivo o constitutivo se indica que la forma es “solemne”. Se distinguen los supuestos de formalidad solemne “relativa”, cuando el incumplimiento de la exigencia legal no deja al acto sin efecto pleno, ya que si bien no produce sus consecuencias propias, sí permite un acto distinto y los mismos intervinientes pueden reclamar que sea otorgado mediante las formas impuestas por la ley (arts. 1184, 1185, 1187 y 1188 del Código Civil). En cambio la forma solemne “absoluta”, impone su cumplimiento bajo la sanción de la ineficacia plena y total del negocio, como bien dice SPOTA al sostener que “la falta de forma hace que el negocio jurídico no surja a la vida del derecho”.

Respecto del cumplimiento de la forma, en materia de donaciones, se aplica el art. 1810 del Código Civil, por el cual “deben estar hechos ante escribano público en la forma ordinaria de los contratos bajo pena de nulidad: 1º) Las donaciones de bienes inmuebles. 2º) Las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias. Respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el art. 1185”.

BELLUSCIO ha criticado la referencia al sujeto (escribano público) y no al documento (escritura pública) ya que en estos casos, no puede ser efectuada por otro documento, cuyo autor es el notario; por ejemplo, por instrumento privado con certificación notarial de firmas o por acta notarial. Es evidente que el donante debe expresar su voluntad en escritura pública y la forma está impuesta como un requisito *ad solemnitatem*, en forma absoluta, ya que lo que se pretende con ella es impresionar

---

<sup>1</sup> COMPAGNUCCI de CASO, Rubén H. “Mandato irrevocable, autocontrato y oferta de donación”. Publicado en La Ley 2004 - C, 997. “Obligaciones y contratos. Doctrinas esenciales”. 01/01/2009. Pág. 1261. Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G. “Guterman, Silvia E. y otros c/Alegre, Patricia R.”.

el sentido del autor de la declaración; se realiza no sólo sin vicios de la voluntad, sino además sin que deban quedar dudas de que se obró con la previsión suficiente, para realizar un acto de empobrecimiento patrimonial, razón por la cual si se realiza por instrumento privado, no vale como promesa para otorgar el acto público, es decir que no se aplica la conversión formal del art. 1185.

La forma escritura pública requiere que sea cumplida tanto en la donación como en el acto de su aceptación.

Se ha discutido, en este sentido, si es posible, sobre todo en materia de divorcio y de juicio por liquidación de la sociedad conyugal, pactar la oferta de donación que realizan la partes para sus hijos por un escrito judicial y/o en un convenio presentado al juez competente.

Ello se debe a que es un proceso de divorcio en el cual los cónyuges acordaron adjudicar en donación a sus hijos menores el único inmueble que integraba la sociedad conyugal, reservándose la madre el usufructo vitalicio, y se obligaron “a entregar escrituras y documentación necesaria para su concreción...”. Por escrito judicial, la madre aceptó la donación, a la que dieron conformidad la defensora de menores y el tutor *ad- litem*. Luego, el cónyuge donante solicitó la revocación de la donación por mora de la donataria. La sentencia de primera instancia decidió, con correcto criterio jurídico, que no había donación que pudiera ser revocada, aplicando la doctrina del art. 1810 del Código Civil y la inaplicabilidad del art. 1185. No obstante ello, la sentencia de alzada revocó aquel fallo, ideando una solución que otorgase “validez vinculante” (?) a la “donación realizada sin escritura pública”. Sostuvo que con un criterio puramente exegético sólo podía concluirse en la nulidad de la donación realizada sin la solemnidad requerida, pero que esa “visión unidireccional” podía superarse, ampliándola mediante un examen que contemple la racionalidad del precepto y armonizándola con el resto del ordenamiento específico, ya que el fundamento de la imposición de forma notarial radica en asegurarse la libertad del consentimiento mediante un proceso de asistir a la escribanía, hacer preparar la escritura y luego firmarla, durante el cual el donante puede arrepentirse o reafirmar su propósito, y que la declaración realizada ante el juez del divorcio descartaba la irreflexión. Añadió que al haber sido realizada la donación a favor de menores de edad, eran los padres los habilitados para requerir la instrumentación en la forma legal, y que su desinterés no podía redundar en perjuicio de aquellos. Y remató el examen afirmando que la interpretación a favor del donante debe quedar superada por la hecha a favor del interés de los menores, parte débil del “negocio jurídico”.



En comentario a este fallo el Dr. BELLUSCIO, sostuvo que “La decisión de alzada constituyó un claro e inequívoco alzamiento contra el orden jurídico. En efecto, el art. 1810 del Código Civil consagró, desde su texto originario, el criterio tradicional de exigir escritura pública para la donación de inmuebles, el cual, tomado como fuente del art. 931 del Código Civil francés, fue adoptado por la generalidad de las legislaciones. Lo que se explica porque en actos de este tipo, que implican desprenderse de elementos sustanciales del patrimonio, es preciso defender la libertad del donante, expuesto siempre a engaños y captaciones, y llamar su atención respecto del acto que va a realizar, evitándole de ese modo los perjuicios que pueden resultarle de un impulso irreflexivo y generoso.

Cierto es que, aun cuando el texto originario ya establecía que la forma impuesta debía ser observada ‘bajo pena de nulidad’, parte de la doctrina y de la jurisprudencia discutía el carácter absoluto de la solemnidad impuesta, admitiendo con base en el art. 1185 del Código Civil, la obligación de escriturar resultante de la oferta y la aceptación hechas en instrumento privado. Sin embargo, la reforma del año 1968, puso fin a la discusión y eliminó toda duda, al añadir el actual penúltimo párrafo del artículo, según el cual ‘respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el art. 1185’.

Se trata, pues, sin posible hesitación, de una solemnidad absoluta, la cual, contrariamente a la solemnidad relativa, que admite que el acto nulo por haber sido otorgado sin la forma legal, se convierta en otro válido que crea la obligación de otorgar la escritura pública, no permite tal conversión.

Podrá dudarse acerca de si la donación sin forma notarial es un acto inexistente o viciado de nulidad absoluta, pero acerca de lo que no cabe hesitar es de que carece de efectos jurídicos ...

La dialéctica del tribunal, que parece más propia de una obra literaria o, en todo caso, de un alegato, pero no de un fallo, no es convincente. En primer lugar, no se trata aquí de descalificar la ‘perspectiva puramente exegética’ o la ‘visión unidimensional de la materia’ invocando una supuesta racionalidad derivada de la interpretación armónica con el resto del ordenamiento jurídico. Por el contrario, lo que correspondía era, como lo hizo la primera instancia, aplicar normas que no dejan lugar a un mínimo asomo de duda. Al no proceder así, el tribunal se ha arrogado el papel de legislador, arrasando con uno de los pilares fundamentales de nuestra organización institucional, como lo es la separación de los poderes legislativo y judicial, pues en lugar de atender a la norma que

dice que en los casos del art. 1810 del Código Civil no rige el art. 1185, sustituyó la disposición legal vigente por otra que expresaría algo así: 'la forma establecida en este artículo puede ser omitida si se demuestra que no hubo irreflexión de parte del donante'...

La aceptación por parte de la madre en nombre de los hijos mediante un mero escrito presentado judicialmente, nada añade, ya que la misma forma notarial impone el art. 1811 del Código Civil a ese acto, por lo que también es un acto nulo.

Desde otros puntos de vista, pueden hacerse distintas observaciones. Por lo pronto, el art. 1801 del Código Civil dispone que 'el donante puede reservarse a su favor, o disponer a favor de un tercero del usufructo de los bienes donados'. En la supuesta donación, el marido habría dispuesto de la nuda propiedad a favor de los hijos y del usufructo vitalicio a favor de la esposa. La constitución gratuita de usufructo puede ser entendida como una donación, o bien como un contrato innominado a título gratuito pero que de todos modos estaría regido por las mismas reglas de la donación, por lo que, ya que si el pacto se hizo en una audiencia del juicio de divorcio, hay que suponer que fue anterior a la sentencia, el beneficio otorgado a la esposa caería dentro de la prohibición de donaciones entre esposos del art. 1807 del Código Civil y sería nulo por aplicación de otro artículo del Código, tema que no fue considerado por el Tribunal a pesar de tratarse de su obligación, pues la nulidad sería absoluta y manifiesta y debería ser declarada de oficio...

La sentencia revoca el pronunciamiento apelado, desestimando el pedido de revocación de la donación. Ello implica reconocer que la donación existió.

Frente a esa decisión, es posible que el propietario acceda a otorgar la escritura necesaria para realizar la donación que, pese a lo dicho por la Cámara, no existió. Pero también es posible que se rehúse a hacerlo. En ese caso, ¿cómo se procederá? No correspondería que el Juez otorgase la escritura en nombre del supuesto donante, pues para el tribunal la donación ya está ofrecida y aceptada. Pero es necesaria la inscripción registral. Entonces, ¿se ordenará la inscripción, quizás precedida de protocolización, de las piezas de la causa?

En uno u otro caso, se estaría llevando al registro un acto o bien inexistente o bien absolutamente nulo, pero siempre privado de efectos jurídicos e inconfirmable. Obviamente, el registro debería rechazar la inscripción, de lo contrario violaría la ley, pues el art. 3° de la ley 17.801 sólo admite la inscripción de escrituras notariales o resoluciones judi-

ciales o administrativas, y aquí no habría mediado escritura notarial ni resolución judicial, ya que una resolución judicial no puede donar, y el art. 9°, inciso a), le manda rechazar los documentos viciados de nulidad absoluta y manifiesta. Supongamos que a pesar de ello, el registro inscriba. ¿Cuál será el dominio de los supuestos donatarios? No un verdadero dominio pues no podrán enajenar la cosa ya que el más somero estudio futuro de títulos pondrá de relieve que en los antecedentes se registra un acto ineficaz. La nulidad no sería solamente absoluta sino también manifiesta, y una decisión judicial no pudo convalidarla. Solamente podrá mantener ese irregular dominio hasta su muerte, y transmitir el problema a sus herederos, o bien enajenar a precio vil a quien se haga cargo del defecto. Este último sería el resultado más probable ya que regularmente una vez que alcanzan cierta edad los hermanos dejan de convivir, con lo que el condominio les sería de poca utilidad o constituiría una fuente de conflictos. En fin, los hijos, ni siendo menores ni siendo mayores, resultarían realmente beneficiados.

En conclusión, si el padre no otorga voluntariamente la escritura de donación, se creará un verdadero galimatías jurídico que será el precio pagado porque quienes debían juzgar hayan legislaron sin tener atribuciones para hacerlo”<sup>2</sup>.

## ACEPTACIÓN. ALCANCES Y EFECTOS

La aceptación, como quedó expresado, hace perfecto al contrato, un contrato en el que hay una diferencia temporal entre la formulación del consentimiento inicial y la aceptación que perfecciona el negocio, por ello hay autores que han distinguido entre oferta y aceptación.

Para otros autores, la posibilidad de diferenciarlo de la oferta constituye un imperativo que resuelve muchos problemas de interpretación, pues opinan que no es lo mismo ofrecer celebrar un contrato que celebrarlo.

En el caso de los contratos perfectamente bilaterales creemos que la distinción aparece más discutida, pero aquí, en aquellos contratos unilaterales en los que al donatario sólo le resta la aceptación o no, o -mejor expresado- que sólo la aceptación lo perfecciona sin la posibilidad de

<sup>2</sup> BELLUSCIO, Augusto C. “¿Donación sin escritura pública?”. Publicado en La Ley 2006-B, 278. “Obligaciones y contratos. Doctrinas esenciales”, 01/01/2009, pág. 1031. Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I 07/07/2005 - O., D. C. c/S. F., J.I.

incluirle una modificación so pretexto de la formación de una contrapropuesta, la discusión parece bizantina.

La aplicación de los principios generales de la oferta de los contratos en materia de interpretación es categórica y ya veremos cómo con esta firme convicción no nos apartaremos de este precepto ni aun para el caso en el que dicha discusión pareciera asumir un cierto sentido, como es en el supuesto de la pluralidad de objetos contenidos en una sola donación diferida, criterio que más adelante explicaremos.

En consecuencia, en oportunidad de aceptarse la donación, deberá darse estricto cumplimiento a la totalidad de las normas administrativas, fiscales y registrales y concluir con las operaciones de ejercicio iniciadas. Es decir que en dicha oportunidad deberán solicitarse la totalidad de los certificados administrativos y registrales y la obligación de tener a la vista el título de dominio inscripto conforme las previsiones del art. 23 de la ley 17.801, así como el primer testimonio de la oferta de donación o donación diferida, el que conjuntamente con el primer testimonio de la aceptación deberán ser acompañados a los fines de la rogación de la inscripción registral de la donación.

El Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires no prevé la registración de la oferta, solo se registra ésta cuando se realiza la aceptación, ingresando ambos instrumentos para su inscripción conjunta, ya se trate del mismo autorizante o de autorizantes diferentes, y así su codificación en la tabla de actos notariales registrables es independiente.

En la oferta de donación o donación diferida sólo concurre el donante, quién efectúa el desprendimiento patrimonial a favor del donatario. Su capacidad se juzga al momento de la donación. No queda sin efecto la misma, si el donante fallece o se incapacita con posterioridad a su celebración y aun antes o después de la aceptación. La aceptación carece de efectos, si el donatario fallece antes de aceptar y sus herederos nada pueden reclamar. Mientras la donación no sea aceptada, el donante puede revocarla.

#### TRANSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA DE OFERTA EN LA ESCRITURA DE ACEPTACIÓN

También es facultativa para el autorizante de la aceptación la transcripción de la oferta en la segunda escritura (la haya realizado él mismo

u otro) con lo cual ingresa al registro un solo documento. En este sentido la escritura de aceptación deberá contener la adveración de que el autorizante tiene a la vista el original del primer testimonio de la escritura de oferta de donación que el autorizante transcribe y agrega a la misma. Se debe tener presente que el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires ha rechazado la inscripción del documento en la forma indicada, en base a una interpretación literal del art. 1811 del Código Civil, el que establece que “deben ser aceptadas por el donatario en la misma escritura. Si estuviere ausente por otra escritura de aceptación”. El fundamento radica en que debe aceptar en “otra” escritura de aceptación y que, además, la protocolización voluntaria, a pedido del donatario, no le otorga al instrumento la calidad de público, llevando -según esta interpretación- al rechazo del documento en sede administrativa y aun judicial.

No compartimos este criterio, pues de ningún modo le está vedado al autorizante la facultad de la inserción protocolar en un solo documento, sobre todo cuando de donaciones de objeto plural se trata; ello a fin de evitar que el documento que contiene la oferta circule por varias áreas del mismo registro, o cuando deban ser inscriptas en registros localmente diferentes, esperando la inscripción de un inmueble para que luego se realicen las siguientes.

#### EXPEDICIÓN DE PRIMERA O ULTERIORES COPIAS

Hay un tema de naturaleza estrictamente notarial, como es el que se ha planteado para quien o quienes se expide la primera copia de la escritura de donación diferida. Conforme a la previsión del art. 1006 del Código Civil, el escribano debe dar a las partes que lo piden copia autorizada de la escritura que hubiere otorgado. Es evidente que la expedición de la primera copia es para el interesado, es decir para el o los comparecientes del acto notarial “oferta de donación”. Pero sin dudas, lo que más preocupación causa es el extravío de la primera copia y de la legitimación del donatario para solicitar una ulterior, en ese supuesto.

En caso de que la escritura previera el otorgamiento de un poder especial con efectos *post mortem* o una autorización expresa para la obtención de la misma y/o de las segundas o ulteriores copias de las que conforman el título de propiedad, no cabe duda sobre la legitimación del apoderado y/o autorizado, que naturalmente será el mismo dona-

tario, para solicitarlas. En el supuesto de que no se previera el otorgamiento del apoderamiento o la autorización indicados, la naturaleza estrictamente revocable de la oferta haría pensar que, al no poseer el donatario el instrumento original de la misma -a similitud de lo que ocurre con el mandato- podría resultar revocada, con lo cual el donatario no se encontraría legitimado para solicitar la expedición de segundas o ulteriores copias en base a dicho razonamiento, que autorizaría a presumir una revocación tácita, al menos, por lo cual debería recurrir a la instancia jurisdiccional. No compartimos este razonamiento. En caso de silencio, es decir cuando la oferta de donación nada prevé, sostenemos el criterio de nuestro Archivo de Protocolos Notariales de la Provincia de Buenos Aires, órgano que expide la segunda o ulterior copia de la oferta a solicitud del donatario aceptante, previo informe de dominio del que resulte que la titularidad del inmueble continúa en cabeza del donante, de modo tal que éste no ha efectuado actos de disposición (venta o hipoteca ulterior), que autorizan a sostener su revocación.

#### PLURALIDAD DE DONATARIOS.

#### MANCOMUNIDAD, SOLIDARIDAD Y DERECHO DE ACRECER

Nuestro Código Civil en su art. 1798 prevé que cuando la donación se haga a dos o más beneficiados conjuntamente, ninguno de ellos tendrá derecho de acrecer, a menos que el donante lo hubiese conferido expresamente; y el art. 1794 estipula que si la donación se hace a varias personas separadamente es necesario que sea aceptada por cada uno de los donatarios, y ella solo tendrá efectos respecto de las partes que lo hubieren aceptado. Si es hecha a varias personas solidariamente, la aceptación de uno o algunos de los donatarios se aplica a la donación entera. Pero si la aceptación de unos se hiciera imposible, o por su muerte o por revocación del donante respecto de ellos, la donación entera se aplicará a los que la hubieren aceptado.

En consonancia con ello las donaciones pueden ser efectuadas a favor de varios donatarios en las siguientes formas:

*Separada o mancomunada:* es decir, a varios donatarios llamados por sus partes indivisas, similar a la conjunción *verbis tantum* del derecho sucesorio en materia de legados. (Vgr.: “A mis hijos Juan y Pedro en partes iguales”).

*Solidaria*: es decir, a varios donatarios solidariamente, por lo que por aplicación del art. 699 del Código Civil, la totalidad del objeto puede ser demandado por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores, equivalente a la conjunción *re verbis*, y *verbis tantum* en materia de legados. En consecuencia, la aceptación de uno de ellos vale como aceptación por el todo, impidiendo el ejercicio del derecho de revocación por el donante. Asimismo, el donatario aceptante sólo tendrá derecho al todo en caso de que se haya pactado el derecho de acrecer expresamente, o por vía indirecta, en caso de que sus co-donatarios rechacen la oferta o fallezcan antes de que formulen su aceptación. Caso contrario, si no se hubiere pactado el derecho de acrecer, su aceptación del todo será meramente provisional.

*Solidaria con derecho de acrecer*: el derecho de acrecer, es aquél conferido en virtud de la voluntad presunta del difunto de aprovechar la parte de su colegatario o coheredero, cuando éste no la recoge conforme las previsiones del art. 3811 del Código Civil. En consonancia con ello, es el derecho que pertenece a un donatario en virtud de la voluntad expresa del donante -ya que no se presume- de aprovechar la parte del otro beneficiario de la oferta cuando éste no la acepta o fallece.

En la práctica, efectuada la aceptación por todos los donatarios solidarios, no hay inconveniente alguno, cada uno acepta por su parte.

Si sólo uno o algunos de los donatarios plurales y solidarios acepta, la aceptación, como dijimos, se perfecciona por el todo, de modo que registralmente el asiento se confecciona a modo de una nota con la prevención de los restantes donatarios solidarios (vgr.: similar a la publicidad de cualquier cláusula de negocios indirectos). Producida la aceptación del o de los restantes donatarios, la misma ingresa al Registro para su toma de razón por escritura complementaria u acta notarial. Igual criterio se aplica para el caso de desistimiento de la aceptación o del fallecimiento del donatario. El interés legítimo del donatario que ha aceptado -en publicitar, el rechazo o el fallecimiento de su/s co-donatario/s no aceptante/s-, es evidente, pues otorga certidumbre definitiva a la titularidad dominial.

En caso de silencio del co-donatario a aceptar o rechazar, la oferta de donación realizada y en vista de la falta de plazo asignado, lo único que cabe es la instancia jurisdiccional, a fin de perfeccionar su derecho. En esos supuestos, la doctrina considera que este derecho del donatario no se basa en el derecho de acrecer, sino en el derecho de no decrecer.

## OBJETO PLURAL

Cuando el donatario en un mismo instrumento da y ofrece en donación varios inmuebles a uno o varios donatarios, se plantea la cuestión de si el donatario puede ir aceptando separadamente en el tiempo. Pongamos por caso un inmueble en la provincia de Buenos Aires y una finca de Mendoza. Si aplicamos las reglas que rigen los contratos supletoriamente, ya que en materia de donaciones el supuesto no tiene solución expresa, tenemos que cualquier modificación que se hiciera a la oferta, al aceptarla importará la propuesta de un nuevo contrato y que “si la oferta hubiere sido alternativa o comprendiendo cosas que pueden separarse, la aceptación de una de ellas concluye el contrato”. Son los principios generales sentados en materia de ofertas de los contratos en los arts. 1152 y 1153 del Código Civil.

Es muy común la aceptación y venta simultánea a terceros de cualesquiera de los inmuebles involucrados y luego la aceptación posterior del otro. En el ejemplo propuesto, el donatario acepta el de la Provincia de Buenos Aires y simultáneamente lo vende y decide aceptar para titularizar el dominio respecto de la finca de Mendoza. Nótese que el mismo escribano, sin tomar en cuenta las previsiones del art. 1153, le aconsejaría que acepte y venda el de la Provincia de Buenos Aires y que concurra a la otra Provincia, a aceptar la donación de la finca con un escribano de esa jurisdicción.

No hay duda de que si el donante lo previó y permite la aceptación en forma separada, no existe el problema; pero para el caso de silencio según esta doctrina, la aceptación de uno de los bienes sin decir nada respecto de los otros, importa la conclusión del contrato y la imposibilidad de la aceptación respecto de los otros bienes por inexistencia de la oferta. Para esta corriente debe estarse al principio de que las cosas sólo son separables o inseparables por la sola voluntad e intención del donante.

Otra corriente sostiene que se trata de varias donaciones instrumentadas en un solo documento, ya que si el notario hubiere realizado la oferta en instrumentos independientes, nada de ello se aplicaría. El fundamento radica que en la compraventa, por ejemplo, la norma parece clara, si son dos los precios, dos son las ventas, aun cuando consten en un solo instrumento, pero más confuso es en la donación, donde la prestación a cargo del donatario no nos permite decidir si son dos contratos o uno en un mismo documento, por su carácter estrictamente unilateral.

Para ello, creemos indudable que debemos apelar a las normas de interpretación de los contratos. En consonancia con ello, si aplicamos los



principios generales en materia de oferta de donación, más general aún parece el principio de que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión, según indica el art. 1198 del Código Civil. Si de la oferta se desprende que el donante la ha hecho respecto de dos o más bienes y no surge una revocación ulterior es evidente que el donatario puede aceptar uno de esos bienes, y luego aceptar el otro o los otros posteriormente, entendiendo que el donatario se ha reservado la posibilidad de su ulterior aceptación, corriendo con el riesgo de la revocación de la donación que pudiere eventualmente realizar el donante respecto de las cosas no aceptadas.

En apoyo a esta postura, LLAMBIAS cita un fallo en el que la Cámara Nacional en lo Comercial resolvió: “ante un pedido de mercaderías, el cumplimiento parcial por el vendedor, sin reservas sobre el saldo importa la aceptación total del pedido”. Frente a estos casos, y a fin de evitar interpretaciones judiciales o doctrinarias encontradas, recomendamos la previsión contractual autorizando la aceptación en forma separada o bien su redacción en escrituras autónomas.

Esto nos evitará además los problemas de salud que sufren los colegas VIP y DM de aquella vieja anécdota de humor que relata el escribano RICARDO GLOT, en su artículo titulado “Filósofo Notarial”.

## BIEN DE FAMILIA PROPIEDAD HORIZONTAL. HIPOTECA PREEXISTENTE

El objeto es uno de los elementos de la oferta de donación que ha traído algunos inconvenientes. Así, a pesar de no ser necesario solicitar certificados registrales, podemos encontrarnos con distintos supuestos: sea que el inmueble se encuentra afectado con un bien de familia, o en su caso que tenga una hipoteca preexistente, o que luego, el donante haya decidido afectar el inmueble al régimen de propiedad horizontal, o aun el supuesto que involucra a una unidad funcional y luego que ésta, se modifique con posterioridad a la oferta. En estos casos, pensamos que resulta conveniente, en la misma oferta, proceder al otorgamiento de un poder especial con efectos *post mortem* a favor del donatario, lo que le permitiría solucionar algunos de los problemas planteados, tales como la desafectación del bien de familia, la cancelación del gravamen preexistente y el otorgamiento del reglamento de copropiedad y/o su modificación, sin recurrir a solicitar una nueva

manifestación de voluntad del donante, o a la apertura del juicio sucesorio, en caso de fallecimiento de éste.

#### COMPRA PARA Y POR MENORES DE EDAD

En las escrituras que contengan negocios que beneficien a los hijos menores, es conveniente mencionar el origen del dinero de la operación y si los padres actúan por sí o en representación, desaconsejando la utilización sin más de la vieja cláusula compra por o para el menor quien, oportunamente, aceptará por confusa e incompleta.

En nuestro régimen, las compraventas inmobiliarias pueden ser celebradas directamente por los menores de edad, como sujetos negociales e instrumentales, cuando sean profesionales o trabajen por cuenta propia o bajo relación de dependencia y cuando por su ley personal sean plenamente capaces para adquirir bienes, sea que para ello inviertan fondos propios, o que les hayan sido donados por terceros para estos fines.

Las compras celebradas “por” los menores de edad, no son sino adquisiciones realizadas por ellos mismos, a través o por intermedio de sus representantes necesarios, aspecto que deberá tener adecuado reflejo en la escritura pública, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1003 del Código Civil. En cuanto al origen de los fondos aplicados y su incidencia en el caso, se deduce que si se invierte dinero del menor, es él quien adquiere el dominio del inmueble. En cambio, si la adquisición se concreta con dinero de sus representantes o de terceros, de ello no se sigue que el bien quede en cabeza del incapaz, a menos que los primeros, en forma previa, donen al último los valores en juego y por él acepten la transmisión dineraria para proceder a comprar el inmueble.

Las compras “para” los menores de edad, en rigor de verdad, implican dos negocios jurídicos distintos y sucesivos, a saber: la compraventa inmobiliaria celebrada por el representante del incapaz a título personal y la simultánea donación del inmueble adquirido al menor de edad, aceptándola por este último, o bien la sola oferta en donación del bien adquirido al menor.

En consecuencia, existiendo el ánimo de liberalidad de los padres es conveniente instrumentar el negocio jurídico indirecto a favor del hijo como una compraventa, en la que los padres actúan por sí y en el mismo acto ofertan el bien en donación a sus hijos.

## REVOCACIÓN DE DONACIONES

### Conceptos generales

Tal como nos enseña LÓPEZ DE ZAVALÍA, el término “revocar” en nuestro derecho puede referirse a la acción concedida a los acreedores para atacar un acto -si se ha realizado en fraude o colisión a sus derechos-; o bien ilustrar una acción por la cual puede dejarse sin efecto, por parte del autor del acto, y en las condiciones previstas en el ordenamiento jurídico, un contrato o una estipulación.

BORDA, acerca de la revocación de las donaciones en particular, señala que las mismas son -en principio- irrevocables por la mera voluntad del donante; esta conclusión resulta coherente además con el pensamiento del codificador expresado en la nota al art. 3477 del Código Civil al señalar que el dominio de las cosas donadas no se revoca ni por la muerte del donante.

MESSINEO, a su turno, expresa que a diferencia de la nulidad, la revocación presupone una donación válida, la cual por eventos sobrevinientes, es objeto de retractación, es decir que un negocio bilateral pierde su eficacia en virtud de una potestad unilateral. En suma, existe una causal de ineficacia sobrevenida.

### Causales

En nuestro derecho, sólo puede revocarse la donación por: a) inejecución de los cargos, b) ingratitud y c) supernacencia de hijos.

Con relación a la primera de las causales, y en lo que atañe a la cuestión notarial, cabe destacar la importancia del estudio de los títulos, ya que si los cargos constaban en el instrumento de adquisición respectivo que sirve como base a la transmisión al tercero, éste no podrá alegar buena fe ni tampoco que desconocía la obligación asumida por el donatario, quedando, en consecuencia, resuelto el dominio y volviendo éste al donante, con efecto retroactivo, y libre de las cargas, derechos reales y gravámenes que se hubiesen constituido sobre el mismo.

Para liberarse de la obligación de cumplir o continuar cumpliendo con el cargo impuesto, el donatario puede realizar el abandono de la cosa donada, el cual puede ser abdicativo -el inmueble vuelve al dominio privado del Estado- o traslativo -se retrotrae el dominio al donante, si es que éste lo acepta-.

La muerte del donante no pone fin al probable ejercicio de la acción, ya que por lo resuelto en el art. 1852 del Código Civil, esta puede ser ejercida por el donante y sus herederos, siendo una de las acciones transmisibles *mortis causa*.

Los terceros adquirentes de estos inmuebles pueden impedir la acción del donante, únicamente por la prescripción adquisitiva operada a su favor, u ofreciendo ellos a su vez cumplir con las cargas impuestas, salvo las obligaciones *intuitae personae*.

Respecto a la causal de ingratitud, no trae mayormente inconvenientes en lo que atañe a la función notarial, ya que la acción prevista por esta causal no tiene efectos contra los terceros contratantes con el donatario, salvo lo dispuesto en el art. 1866 del Código Civil última parte. En este supuesto, entendemos que la buena fe del tercero se presume y que deberá probarse por parte de los legitimados activos el conocimiento de la demanda interpuesta contra el donatario, a menos que surja una medida precautoria registral trabada con anterioridad.

Resaltamos que una de las causales de la ingratitud, de acuerdo a lo previsto en los arts. 1858, inc. 3°, y 1862 del Código Civil, es la negativa del donatario a prestarle alimentos al donante; causal que está íntimamente relacionada con la disposición del art. 1837 del Código Civil, en cuanto a la restitución de la cosa donada para que el donatario se libre de tal obligación, y que se ha ensayado en la doctrina y práctica notarial como uno de los supuestos más extendidos, a la hora de “bonificar” títulos provenientes de donaciones entre no legitimarios.

En lo referente a la revocación por supernacencia de hijos, la misma opera como condición resolutoria expresa, si es que así se pactó en la transmisión efectuada. BELLUSCIO, BORDA y ZAGO sostienen que, en este caso, sin embargo, la acción a deducir no es la de revocación, sino la de restitución de bienes, la que sería imprescriptible y de carácter reivindicatorio.

En este caso, y a los fines de una transmisión dominial perfecta a un tercer adquirente, el donatario-vendedor o sus herederos deberían intimar al donante a los efectos de que manifieste si ha tenido hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos, o, en su caso, que renuncie al ejercicio de la acción conferida a su favor. Por supuesto que también, al igual que en el caso de la ingratitud, puede oponerse por parte del titular la prescripción adquisitiva del dominio.

### Revocación de la llamada “oferta de donación”

Cabe distinguir el supuesto y las causales de la revocación de la donación ya aceptada -perfecta e irrevocable como todo contrato, salvo en los supuestos previstos por la ley y ya considerados- de la revocación de la considerada coloquialmente “oferta de donación” -la que en realidad es ni más ni menos que la voluntad expresada cabalmente por el donante en el sentido de querer beneficiar a una persona mediante la entrega gratuita de bienes-. Esta donación diferida, sujeta a posterior aceptación, como bien lo llama buena parte de la doctrina notarial, es la que más se asemeja a la disposición de bienes vía testamentaria, compartiendo ambos institutos la esencia de su natural revocabilidad.

Como bien lo dispone el art. 1793 del Código Civil, esta declaración de voluntad puede ser retirada, es decir, revocada, pendiente la aceptación del donatario por supuesto. Y esta revocación puede realizarse de manera expresa o por medio de ciertos actos que, inequívocamente, traen aparejada esta consecuencia revocatoria.

En cuanto a la revocación expresa de donaciones diferidas de bienes inmuebles y su forma, se entiende, por parte de la doctrina civilista (BELLUSCIO, ZAGO) y notarial (R. LAMBER) que la misma puede hacerse por medio de una escritura pública o por medio de un instrumento privado con fecha cierta. No compartimos su conclusión, a la que se llega haciendo una analogía con las formas testamentarias, en base a los mismos fundamentos que se dan para sostener la forma solemne absoluta de su realización: así como esa “oferta” debe efectuarse por medio de la escritura pública pertinente, así deberá ser también la forma de la revocación.

Con relación al plazo para efectuar la escritura, a la conjugación de la teoría clásica de la expedición, conforme el art. 1154 del Código Civil, deberían sumarse las regulaciones previstas en la ley registral 17.801, en lo referente a la reserva de prioridad solicitada por el notario autorizante de la escritura de aceptación, por lo cual, en este caso, además de la revocación efectuada por el donante se deberá adicionar la notificación fehaciente a ese notario. Es decir, que sería de buena práctica, a los fines de proteger adecuadamente los derechos del donante-revocante y el donatario-aceptante, solicitar un informe de dominio antes de proceder a la revocación de la oferta.

Con referencia la revocación tácita, la misma debe surgir de actos que, sin lugar a dudas, prueben la voluntad del donante de revocar la liberalidad. Así, la enumeración del Código Civil no resulta taxativa sino

enunciativa, debiendo el intérprete, y el juzgador, en última instancia, valorar tales circunstancias.

Al mencionarse la “venta” de la cosa donada, proponemos que sea comprensivo de este acto, no sólo la escritura de venta traslativa de dominio, sino también el otorgamiento de un boleto de compraventa que faculta al comprador a obtener la pertinente escritura pública del titular dominial.

Con respecto a la constitución de hipotecas (y otros gravámenes), a pesar de la letra clara de la ley, se ha sostenido con argumentos firmes que en el caso de que el donante manifieste su voluntad de dejar subsistente la donación, la misma no se considera revocada.

Puede aparejar complicaciones la última parte del art. 1793 del Código Civil cuando expresa “... o dando a otros las cosas comprendidas en la donación”.

Entendemos que ese “dando a otros” debe ser siempre con el *animus* de transmitir la propiedad de la cosa, por lo que no sería causal de revocación tácita el celebrar, por parte del donante, un contrato de locación o de comodato -por mas extenso que sea su plazo-.

Es motivo de discrepancia el caso del testamento. En especial habremos de analizar estos supuestos, siempre teniendo en cuenta lo previsto por el art. 1795 del Código Civil.

a) *Donación diferida anterior al testamento en donde sólo se nombran herederos*: salvo que específicamente en el testamento se establezca que se revoca la donación efectuada (o cualquier acto de disposición de bienes a título gratuito en donde se encuentre pendiente la aceptación), el donatario conserva todas las facultades para aceptar la donación, estando los herederos del donante obligados a entregarle la cosa (conf. art. citado).

b) *Donación diferida posterior a testamento en donde sólo se nombran herederos*: igual solución a la propuesta en el ítem anterior.

c) *Donación diferida anterior al testamento en donde sólo se nombran legatarios de la cosa donada*: la propia naturaleza del legatario de cosa cierta (arts. 3766 y sigts. del Código Civil), en donde es propietario de la cosa desde el fallecimiento del testador, hace que debamos considerar la posibilidad excepcional de la revocación de la donación efectuada, si es que la aceptación se produce luego de la muerte del donante-testador. En caso contrario (aceptación posterior al testamento donde se nombra legatario de cosa cierta pero anterior al fallecimiento del donante-testador) el donatario conserva las facultades de aceptación. ZANONNI sostiene que, a diferencia del seguro de vida, o la donación exigible a la muerte del donante, en donde el acto es eficaz desde su celebración, el testamento

sólo adquiere esa eficacia con la muerte del otorgante, es decir que la muerte del testador es el elemento que determina la producción de sus efectos jurídicos sin ninguna efectividad retroactiva al momento en que se confeccionó el mismo.

*d) Donación diferida posterior al testamento en donde sólo se nombran legatarios de la cosa donada:* en base a los argumentos antes expuestos, concluimos que si la aceptación se produjo en vida del causante, el legado deviene ineficaz al haberse transformado en un legado de cosa ajena (art. 3752 del Código Civil); en cambio si la aceptación se produce luego de la muerte del donante-testador, pensamos que el legatario de la cosa tendría un mejor derecho que el donatario que aún no aceptó ya que por medio de una donación diferida no pudo haberse revocado un testamento.

*Aplicación del artículo 3430 del Código Civil en caso de fallecimiento del donante pendiente la aceptación:* el art. 3430 del Código Civil ha consagrado, en nuestro sistema jurídico, la teoría de la apariencia, facilitando las transacciones de inmuebles y protegiendo al tercer contratante de buena fe y a título oneroso.

Numerosos estudios y encuentros jurídicos se han dedicado al análisis de las consecuencias posibles de esta norma. En lo referente al tema en cuestión, dejamos planteada la posibilidad, tal como lo señalara la coordinadora de estas Jornadas, de que deba aplicarse tal artículo si, fallecido el donante, sus herederos (con o sin buena fe) obtienen declaratoria de herederos o auto de aprobación del testamento a su favor y disponen del mismo. Sin perjuicio de que entendamos que el tercero que está contratando con estos herederos “aparentes” goza de la protección establecida en el artículo de marras desde la suscripción de un boleto de compraventa (despacho de minoría de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil-UNLZ-año 2007), estamos completamente seguros de que su título no será atacable si además se otorgó la pertinente escritura pública de transmisión dominial o de constitución de gravámenes, siempre y cuando se respeten los requisitos de dicho artículo.

Todo esto sin perjuicio de las eventuales responsabilidades a deslindar entre los herederos y el donatario no-aceptante (especialmente en caso de mala fe de los primeros).

## BIEN DE FAMILIA Y DONACIÓN

La finalidad tuitiva del bien de familia, consagrada por la ley nacional 14.394, en referencia a lo dispuesto por el art. 37 de dicha norma,

en cuanto a la imposibilidad de enajenación por parte del constituyente, hace necesario su análisis en referencia al tema de las donaciones, específicamente cuando se encuentra pendiente la aceptación por parte del donatario.

Así, podemos distinguir dos supuestos:

a) *Donación diferida de un inmueble ya afectado al régimen de bien de familia*. En este primer supuesto, típico del artículo citado, entramos en la prohibición de la transmisión (si bien en el caso puntual de la Provincia de Buenos Aires, la autoridad registral de aplicación permite la inscripción de la donación entre legitimarios, dejando subsistente el bien de familia, circunstancia, no obstante, inoponible a los acreedores interesados). Para este supuesto, si no se produjo la desafectación conjuntamente con la donación diferida o se otorgó poder especial para hacerlo en el acto de aceptación, deberán comparecer el donante y su cónyuge -si la hubiere-, para lograr la desafectación.

b) *Donación diferida de un inmueble y posterior afectación al régimen de bien de familia*. En este particular, entendemos que el donatario está plenamente legitimado para pedir la desafectación del bien de familia, ya que él mismo se está transformando en propietario por el acto de la aceptación, por lo cual deberá cumplir, personalmente, con los requisitos de los arts. 36, 37 y sigts. de la ley.

## REVERSIÓN DE DONACIONES

Tal como señala BORDA, la donación puede sujetarse a condición. Ésta nunca podrá ser imposible, inmoral o contraria a las buenas costumbres. Si bien las condiciones resolutorias nunca pueden depender de la mera voluntad del donante (sí de la voluntad del donatario o de un hecho casual), el Código prevé, en cuanto a que es el donante el sujeto que efectúa la liberalidad, establecer en su interés la condición de que las cosas donadas volverán a su dominio en caso de premorencia del donatario o del donatario y sus herederos.

En este caso, como señala la doctrina, se genera un dominio revocable, al que se aplican los arts. 2661 y sigts. del Código Civil.

Esta cláusula deberá -obviamente- estar presente en el instrumento de la donación y, además, necesitaría ser rogada en forma expresa su anotación en el rubro pertinente del asiento dominial correspondiente.



Para el conocimiento de los terceros involucrados, debería bastar el mero conocimiento de tal circunstancia por parte de la llamada “publicidad cartular”.

En el pasado XXII Encuentro del Notariado Novel (Catamarca 2009), se resolvió que la mera publicidad en la escritura bastaba para hacerla oponible a terceros interesados a pesar de su no inscripción registral. Esta cuestión se encuentra debatida ya que, también se ha sostenido con argumentos sólidos, que para los terceros que no debieron contar con el título a la vista para contratar con el donatario, si no se ha inscripto, esta reversión les resulta inoponible (SPOTA, ADROGUÉ).

Con respecto a la posibilidad de pactar la reversión en caso de fallecimiento del “donatario y sus herederos”, es de buena práctica notarial aclarar a qué clase de sucesores se está haciendo mención en este supuesto. En consonancia con lo normado en el art. 1841 del Código Civil, parte de la doctrina entiende que se está haciendo una amplia mención de los mismos, incluyendo al cónyuge y hasta a los parientes colaterales y a los herederos testamentarios. La otra interpretación, que parece más razonable, es que VÉLEZ SANSFIELD, siguiendo la fuente del Código francés, quiso hacer mención únicamente a los descendientes del donatario, tal como parece surgir de la lectura del art. 1844 del Código Civil.

En uno u otro caso, será fundamental la técnica notarial utilizada en la oportunidad, así como, en caso de aceptarlo el donante, dejar constancia de quiénes son aquellos cuyo deceso hará posible la reversión estipulada.

Interesantes son los supuestos en caso de pluralidad de sujetos. Así, cuando existe más de un donante, es de buena práctica notarial también el pactar en el instrumento de la donación sobre cómo regular los efectos de la muerte del donatario habiendo fallecido previamente uno de los donantes (¿vuelve el todo?, ¿revierte sólo la mitad?).

La doctrina discrepa en estos supuestos; así mientras LLORENS interpreta que no puede cumplirse la condición, R. LAMBER hace hincapié en distinguir si la donación se efectuó mancomunada o solidariamente, variando sus efectos en uno u otro caso.

En caso de más de un donatario, también es fundamental el rol del notario al momento de redactar el documento basado en las intenciones de las partes, a los efectos de pactar o no la reversión, en caso de fallecimiento de alguno o algunos de los donatarios y no de todos, considerando sí como contraria al ordenamiento vigente la reversión del todo del inmueble por muerte de alguno y no de todos los donatarios.

### *Renuncia y cesión del derecho*

El donante puede renunciar expresa o tácitamente a este derecho a su favor.

En el primero de los casos y siendo aconsejable la solicitud de certificados registrales de inhibiciones, puede el donante poner fin a su expectativa mediante la pertinente declaración que deberá ser instrumentada en escritura pública y rogada su inscripción registral para el conocimiento de los terceros interesados y la perfección del título del donatario; y tácitamente, con plenos efectos generales, consintiendo con la venta de la cosa donada, no así con otros actos de disposición por no preverlo expresamente el Código Civil; y en particular, respecto del acreedor hipotecario, asintiendo con la constitución del gravamen.

Con respecto a la posibilidad de ceder el derecho de reversión, se ha dicho que esto estaría configurando una sustitución fideicomisaria, ya que se estaría “dando un sucesor al sucesor”. Esta interpretación parece surgir de la nota al art. 1842, 2º párrafo, del Código Civil. Entendemos que esto no debe considerarse así. VÉLEZ, citando a TROPLONG, en la nota asimila los “efectos” de la posibilidad de establecer la reversión para el donante y sus herederos, a las “desventajas” de la sustitución fideicomisaria. Pero no dice que sean iguales ambos institutos.

La prohibición de ceder el derecho de reversión surge de lo normado en la propia letra del art. 1842 del Código Civil. Si mediante la cesión del derecho se beneficiara a un tercero con la posibilidad de la transmisión del bien, se vulneraría por vía indirecta lo allí normado.

Roza este tema, la tan mentada “intransmisibilidad a los herederos del donante” de la cláusula de derecho de reversión. Consideramos que la misma es no transmisible en caso de que fallezca primero el donante y luego el donatario. Pero, en caso de fallecer primero el donatario y luego el donante, sin haber realizado las gestiones para titularizar registralmente el dominio a su favor, sus herederos o cesionarios de los mismos tienen plena legitimación para efectuarla.

### *Reversión de donación en los casos de fallecimiento del cónyuge del donante y divorcio vincular*

Se trata de dos supuestos distintos. En el primero, se produce el fallecimiento del cónyuge del donante antes del fallecimiento del donatario. La cuestión a dilucidar es si fallecido éste, los bienes reingresan al patrimonio del donante en el carácter de bienes propios o gananciales.

Adherimos a la postura que sostiene esta última calificación. En efecto, si al momento de la donación los bienes eran gananciales del donante, por efecto de la norma general sostenida en el art. 543 del Código Civil y la norma particular del art. 1847 del Código Civil y el efecto retroactivo del cumplimiento de la reversión, no puede ser otra la respuesta.

Las consecuencias son importantes en lo que refiere a la necesidad de iniciar el proceso sucesorio del cónyuge del donante fallecido y la declaración judicial de sus herederos como paso previo a una transmisión futura del bien.

Similar pronunciamiento cabe realizar respecto de la situación planteada por el divorcio posterior de los cónyuges a la donación efectuada, y el consiguiente fallecimiento del donatario.

Los bienes deben revertir al donante con la calificación correspondiente de su carácter al momento de la donación, y, en consiguiente, ser liquidados y adjudicados mediante el procedimiento que corresponda.

#### PROYECTOS DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL

Sin perjuicio de todos los matices y aristas referentes a la donación de aceptación diferida que han sido planteados -y tal vez justamente por ellos- es que nos enrolamos decididamente con aquellos dictámenes y opiniones emanados de los diferentes colegios notariales de todo el país que, frente a la posibilidad cierta de la desaparición del Instituto en los últimos proyectos de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial, bregaron por su mantenimiento legislativo.

La donación de aceptación diferida es una herramienta muy útil que permite al donante: a) mantener en su propiedad y hasta la aceptación, el dominio de los bienes; b) regular el destino de los mismos a futuro; c) revocar a su arbitrio la donación efectuada, y d) evitar los costos y el tiempo que insume una transmisión sucesoria.

Frente a planteos que encierran -en verdad- únicamente intereses de tipo corporativo y económico y que sólo benefician a unos pocos, el notariado argentino debe reaccionar, dando a publicidad a nuestros requirentes y a la comunidad toda, las grandes ventajas que posee este tipo de actos.

## BIBLIOGRAFÍA

- BELLUSCIO, Augusto C. “¿Donación sin escritura pública?” La Ley 2006-B-278.
- BELLUSCIO, Augusto C. “El distracto de donación”. La Ley, 2006-E-599.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. “Contratos”. Tomo II-Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- CAPPARELLI, Julio C. “Algo más sobre el distracto de la donación”. ED, 222-653.
- COMPAGNUCCI de CASO, Rubén. “Naturaleza de la Donación”. La Ley, 1997, B-1394.
- COMPAGNUCCI de CASO, Rubén. “Mandato irrevocable, autocontrato y oferta de donación”. La Ley, 2004, C-997.
- di CASTELNUOVO, Gastón R. “Donación a terceros”. REVISTA NOTARIAL N° 916.
- di CASTELNUOVO, Gastón R. “El Distracto”. REVISTA NOTARIAL N° 919.
- LAMBER, Rubén A. “La renuncia de derechos en general”. XLVIII Seminario Laureano A. Moreira. Academia Nacional del Notariado, 2004.
- LAMBER, Rubén A. *Donaciones*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo V. Editorial Ejea, Buenos Aires, 1955.
- SAUCEDO, Ricardo Javier. “El juicio de habilidad y la documentación habilitante en las compraventas de inmuebles ‘por’ y ‘para’ menores de edad bajo la forma de escritura pública”. Trabajo presentado en la XXXVI Jornada Notarial Bonaerense. Necochea, noviembre de 2009. Tema III “Actos y Contratos con efectos en terceras personas”.
- TESEI, Ariel R. Ponencia a la XXV Convención Notarial. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de las Sucesiones*, Tomo 2. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
- ZINNY, Mario A. “Donación al hijo y fallecimiento de los padres”. La Ley 1996, C-1041.
- Cuadernos de Apuntes Notariales. FEN. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.
- Conclusiones del XXII Encuentro Nacional del Notariado Novel. CFNA, Catamarca, 2009.
- Conclusiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. UNLZ. Año 2007.