

DONACIONES EN EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR ESCRIBANO ROQUE SILVA¹

Los códigos en Sudamérica son hijos más bien de la vanidad que de la necesidad... son el testamento de un abogado, o el monumento de la vanidad de un Presidente.

Juan Bautista Alberdi²

SUMA:

- 1- UBICACIÓN METODOLOGICA
- 2- CONCEPTO DE DONACIÓN A LA LUZ DEL NUEVO CODIGO
- 3- CAPACIDAD PARA DONAR Y ACEPTAR DONACIONES
- 4- COSAS QUE PUEDEN SER DONADAS
- 5- FORMA DE LAS DONACIONES
- 6- DONACIONES EN OCASIÓN DEL MATRIMONIO Y CONTRATO ENTRE CÓNYUGUES
- 7- PRINCIPALES MODIFICACIONES EN MATERIA DE DONACIÓN:
 - a- Donaciones sujetas a la posterior aceptación. El problema del fallecimiento del donante antes de que sea aceptado por él donatario y sus consecuencias
 - b- Donación a hijos menores o incapaces
 - c- Donaciones manuales
 - d- Donación y la legítima hereditaria
 - e- Donación, Colación y Reducción: problemas que se plantearían con el nuevo código, Donaciones inoficiosas

¹ Títulos de Grado: Abogado, Escribano Público Nacional; Procurador, egresado de la Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (U.N.N.E.).
Título de Posgrado: Posgrado en Derecho Notarial y Registral (U.N.N.E.)

² Juan Bautista Alberdi (1810-1884) fue un abogado, jurista, economista, político, estadista, diplomático, escritor y músico argentino, autor intelectual de la Constitución Argentina de 1853.-Entre sus principales obras sobresale: Bases y Puntos de Partida Para la Organización Política de la República Argentina

INTRODUCCIÓN

Es el propósito de este modesto trabajo arrojar algunas pautas orientadoras respecto del contrato de donación tal cual como queda perfilado en el nuevo código civil y comercial, y detenerme solo en lo que sea distinto y novedoso en relación al código derogado. La celeridad y la forma abrupta en que entró en vigencia el nuevo ordenamiento legal destinado a regular todo el derecho privado argentino determinan que en muchos aspectos y sobre todo cuestiones esenciales que tiene que ver con la operatividad de este contrato hacen que dentro del marco del nuevo código el contrato de donación quede mermado y sumamente debilitado. En nuestro derecho el contrato de donación ha sido un instituto utilizado preferentemente a lo largo de muchos años como herramienta de planificación patrimonial preferida y elegida por los padres para sus hijos y/o descendientes que veían en él una herramienta idónea para organizar los bienes familiares y evitar los tediosos y a veces largos y complicados juicios sucesorios. Actualmente y con la entrada en vigencia del nuevo código este anhelo lógico y plausible ha quedado enervado o debilitado por la inmovilidad a que quedan sometidos los bienes –especialmente los inmuebles- objeto de las donaciones, dado que son prácticamente sustraídos del tráfico negocial, y este es el principal cuestionamiento a exponer en este trabajo.

1)-UBICACIÓN METODOLOGICA

El nuevo Código Civil y Comercial sancionado por la ley 26.994, trata las donaciones en el libro III que se titula DE LOS DERECHOS PERSONALES, en los artículos 1542 a 1573 a diferencia del Código de Vélez que lo trataba en el libro II titulado DERECHOS PERSONALES EN LAS RELACIONES CIVILES, arts. 1789 a 1868.

Lo fundamental aquí es que aunque este tratado en libros distintos conceptualmente la idea de la donación sigue siendo la misma, es decir, considerar al instituto básica y esencialmente como un contrato.

2)-CONCEPTO DE DONACIÓN A LA LUZ DEL NUEVO CODIGO

Código de Vélez: artículo 1789: “HABRA DONACIÓN CUANDO UNA PERSONA POR UN ACTO ENTRE VIVOS TRANSFIERA DE SU LIBRE VOLUNTAD GRATUITAMENTE A OTRA LA PROPIEDAD DE UNA COSA”

Nuevo Código Civil y Comercial: artículo 1542: “HAY DONACIÓN CUANDO UNA PARTE SE OBLIGA A TRANSFERIR GRATUITAMENTE UNA COSA A OTRA, Y ESTA LO ACEPTA”

Entiende la doctrina que la definición de la donación en el nuevo código delinea de manera más nítida el carácter contractual del instituto. El nuevo código se inspiró en el proyecto más remoto de Bibiloni de 1954 y también en el proyecto más reciente de Código Único Civil y Comercial de 1998. A favor de Vélez debemos decir que a la época de la sanción del código no había acuerdo unánime en la doctrina del derecho comparado respecto del tratamiento que debería darse a la donación. Así por ejemplo para un sector de la doctrina las donaciones eran actos más vinculados con el derecho sucesorio en tanto que otras opuestas y contrarias sostenían la naturaleza contractual entendiéndola como un acto jurídico bilateral, postura a la que adhirió Vélez. Sin embargo en la redacción del artículo 1789 del Código de Vélez se omitió toda referencia a la aceptación del donatario limitando el concepto al de un acto unilateral del donante por el cual transmitía gratuitamente la propiedad de una cosa. La aceptación en el Código de Vélez es receptada en el artículo 1792 en donde dice que la donación para que tenga efectos debe ser aceptada por el donatario. Este tratamiento en el código de Vélez encuentra su razón en las dos ideas conceptuales del término donación que existían en la época en que Vélez escribió el Código, por un lado se entendía que la donación era un acto de mera liberalidad, de mero desprendimiento en si para beneficiar a alguien independientemente de la aceptación del donatario y por el otro lado se entendía que la donación como liberalidad en si debía ser aceptada por el donatario con lo cual se conformaba el contrato.

El nuevo Código conceptualiza de manera más técnica y precisa, más nítida, el carácter contractual de la donación.

3)-CAPACIDAD PARA DONAR Y ACEPTAR DONACIONES

Nuevo Código Civil y Comercial –artículo 1548: “PUEDEN DONAR LAS PERSONAS QUE TIENEN PLENA CAPACIDAD PARA DISPONER DE SUS BIENES. LAS PERSONAS MENORES EMANCIPADAS PUEDEN HACERLO CON LA LIMITACIÓN DEL INCISO B DEL ARTÍCULO 28”.³

Artículo 1549: Capacidad para aceptar donaciones: “PARA ACEPTAR DONACIONES SE REQUIERE SER CAPAZ. SI LA DONACIÓN ES A UNA PERSONA INCAPAZ LA ACEPTACIÓN DEBE SER HECHA POR SU REPRESENTANTE LEGAL; SI LA DONACIÓN DEL TERCERO O DEL REPRESENTANTE ES CON CARGO SE REQUIERE AUTORIZACIÓN JUDICIAL”.

Respecto de la capacidad para donar el artículo 1548 tiene su correlato en el artículo 1804 del Código de Vélez. El nuevo artículo con mejor técnica dispone una regla general para hacer donaciones estatuyendo que para hacer donaciones solo se requiere capacidad para disponer y en este sentido es superior al artículo 1804 del Código de Vélez que disponía que la capacidad para hacer donaciones era la capacidad para contratar lo que ha dado lugar a críticas dado que no hace más que remitir a las reglas generales de la capacidad para contratar. Por otra parte la norma aclara en su parte última que los menores emancipados podrán hacer donaciones de bienes que hayan adquirido excepto aquellos que hayan sido adquiridos a título gratuito.

En relación a la capacidad para aceptar las donaciones el nuevo Código estatuye que como principio general se requiere ser plenamente capaz y es claro también respecto de la aceptación de donaciones hechas a incapaces.-Como principio general y cuando la donación es pura y simple -(es decir sin cargo, ni condición)- esta debe ser aceptada por el representante del incapaz.-Si la donación fuese con cargo, se requiere además de la aceptación del representante, la autorización judicial, este diferente tratamiento encuentra su ratio juris⁴, en que en la donación pura y simple es suficiente la capacidad genérica para aceptar donaciones, dado que el representante legal suplente la manifestación de voluntad del incapaz que por imperio de la ley no la puede expresar válidamente y con efectos jurídicos. Por otra parte no existe riesgo patrimonial alguno para el incapaz, no hay onerosidad, ni la aceptación implica obligación alguna para el incapaz.Si la donación es con cargo a cumplir por el incapaz allí si se juzga que el acto es de disposición y

³ Artículo 28 inciso b: Actos prohibidos a la persona emancipada: “La persona emancipada no puede ni con autorización judicial: b) hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito.....”

⁴RATIO JURIS: razón legal o de derecho

siguiendo el régimen general se establece la necesidad de contar con la autorización judicial para asegurar la protección de los intereses patrimoniales del incapaz.-

4)-COSAS QUE PUEDEN SER DONADAS

Como regla general toda cosa mueble o inmueble puede ser objeto del contrato de donación, **con excepción de aquellas cosas sobre las que el donante no tenga el dominio al tiempo de contratar**, y precisa el art.1551 del nuevo texto legal, que **también puede donarse todas las cosas que conforman el patrimonio del donante, una parte sustancial del mismo o una parte alicuota, en la medida que el donante se reserve el usufructo o en su defecto cuente con medios suficientes para su subsistencia**.-Cabe señalar que *la inobservancia de lo estatuido en la norma, es decir la donación de todo el patrimonio, o una parte sustancial del mismo o una parte alicuota sin que le donante se haya reservado el usufructo o cuando este no cuente con medios suficientes para la subsistencia determinan dado el carácter indisponible de la norma y su orden público, la nulidad absoluta de la donación*

5)-FORMA DE LAS DONACIONES

Prescribe el art.1552 al igual que su antecedente velezano art.1810, que las donaciones de inmuebles y muebles registrables y las prestaciones periódicas o vitalicias **DEBEN SER HECHAS EN ESCRITURAS PÚBLICAS BAJO PENA DE NULIDAD**.-

Si la donación fuese hecha al Estado nacional o provincial-(Art.1552)- esta se realiza por la vía administrativa en el expediente acreditándose con las correspondientes actuaciones administrativas

6)-DONACIONES EN OCASIÓN DEL MATRIMONIO Y CONTRATO ENTRE CÓNYUGUES

El instituto de la Donación también tiene proyección en el ámbito del matrimonio y en lo relativo a la contratación entre los cónyuges.-Así advertimos que en el LIBRO II DEL NUEVO CODIGO CIVIL, titulado “RELACIONES DE FAMILIA”, en cuyo título II denominado “Régimen Patrimonial del Matrimonio”-Cap. 1 –Sección 1ª, encontramos al Art 446, que habla de las convenciones matrimoniales. Estas convenciones matrimoniales pueden celebrarse antes del matrimonio, y según dispone el art 446 inciso c) pueden tener por objeto “...*las donaciones que entre los futuros cónyuges se hagan...*”.-Dichas donaciones

se deben realizar por escritura pública y produce sus efectos desde la celebración del matrimonio y en tanto el matrimonio no sea anulado (art. 429 a 430).-Lo dispuesto por el art 446 inc. (c), se complementa con el art 451 que dispone de manera clara que las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales, se regirán por las disposiciones del contrato de donación (art 1542 a 1573), y solo tendrán efecto si el matrimonio se lleva a cabo, por lo tanto se trata de donaciones sujetas a condición suspensiva.-

Los artículos 452 y 453 del nuevo código contemplan también donaciones que inciden sobre los contrayentes pero regulan situaciones diferentes a las que tratamos precedentemente. El art 452 contempla *aquellas donaciones hechas por terceros a uno de los novios o a ambos, o por un novio al otro en consideración del futuro matrimonio, está sujeta a que se celebre matrimonio válido.-Esta norma contempla por lo tanto una donación concluida y por lo tanto susceptible de producir todos sus efectos ordinarios o normales pero que implícitamente está sujeta a una condición resolutoria, que es que el matrimonio se celebre válidamente. De no ocurrir esto-es decir la celebración del matrimonio válido-el derecho adquirido por el donatario se resuelve.-*

El art 453 por su parte contempla la oferta de donación hecha por terceros a uno u a ambos novios. Esta oferta está sujeta al plazo resolutorio de un (1) año, es decir, si en ese lapso el matrimonio no se lleva a cabo, la donación se resuelve; si en cambio el matrimonio se celebra se presume que hay aceptación tácita y la donación se consolida excepto que la oferta de donación haya sido revocada antes por el donante.-

Podemos advertir entonces en materia de donación entre cónyuges tres situaciones ahora reguladas de manera específica:

1)-Donaciones hechas en las convenciones matrimoniales anteriores a la celebración del matrimonio (arts. 446 inciso c) y art 451

2)-Donaciones hechas por terceros a los futuros contrayentes o hechas por los novios entre sí PERO FUERA DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

3)-Las ofertas revocables de donación hechas por terceros a uno o ambos novios pendientes de aceptación en el plazo de un (1) año, las que se presumen aceptadas al celebrarse el matrimonio dentro del año.-

Advertimos pues entonces que todas ESTAS DONACIONES TIENEN SU RAZON DE SER EN LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO Y ESTAN SUJETAS A LAS ACCIONES SUCESORIAS

DONACIONES POSTERIORES AL MATRIMONIO Y CONTRATO ENTRE CÓNYUGES

El derogado Código de Vélez prescribía en el art 1807 inc. 1º *“No pueden hacer donaciones: 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 este sea heredero presunto al tiempo de la donación”*.-Esta prohibición enmarcó la contratación entre cónyuges y aún con las reformas que posteriormente sufrió el Código de Vélez sobrevivió, dado que tenía carácter de orden público.-La doctrina mayoritariamente entendía que Vélez estableció en materia de contratación entre cónyuges prohibiciones específicas y no genéricas, que en materia de DONACIONES ENTRE CONYUGES apuntaba fundamentalmente a mantener intacto el régimen patrimonial del matrimonio, que como sabemos es de orden público y es de comunidad. Por otra parte se buscaba evitar el traspaso de bienes de un cónyuge al otro durante la vigencia del matrimonio, con el fin de defraudar a los acreedores, o a los futuros herederos del cónyuge donante.-

Esta misma orientación interpretativa restrictiva y negativa siguió la jurisprudencia y la doctrina, entendiendo que *no hay una norma genérica que autorice o prohíba la contratación entre cónyuges, lo que si existen contratos prohibidos específicos* así por ejemplo tenemos a la compraventa (art.1358) entre cónyuges; la cesión de créditos (art.1439 y 1441); la permuta (art 1490), la dación en pago.-Había en cambio otros contratos que si podían celebrar entre sí los cónyuges tales como el: mandato; la constitución de hipoteca en garantía de las deudas del otro cónyuges y ciertos tipos societarios art 27 de la ley 19550 y sus modificatorias.-

El nuevo código no contiene ninguna norma genérica que permita o prohíba la contratación de los cónyuges, salvo el art.1002 incisos d que habla de INHABILIDADES ESPECIALES PARA CONTRATAR y que dice: *“No pueden contratar en interés propio:.....Inc.d los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre si.....”*.-Cabe señalar que aunque se lo titule como inhabilidad para contratar en realidad se trata de un *verdadera incapacidad de derecho específicamente determinada*, esto se deduce de la interpretación del art 22.-Por lo tanto los cónyuges bajo el régimen patrimonial de comunidad no podrán celebrar en interés propio, ni entre sí, ningún tipo de contrato ya que carecen de capacidad de derecho o inhabilidad en el léxico del nuevo código.-

A contrario sensu, *se impone interpretar que los cónyuges que hayan optado por el régimen patrimonial matrimonial de separación pueden celebrar todo tipo contrato. por tanto podrán donarse válidamente y como cualquier tipo de donación estará sujeta a las acciones sucesorias*

7-PRINCIPALES MODIFICACIONES EN MATERIA DE DONACIÓN:

- a) **Donaciones sujetas a la posterior aceptación. El problema del fallecimiento del donante antes de que sea aceptado por él donatario y sus consecuencias**

En el tráfico jurídico negocial, es muy frecuente realizar **“donaciones sujetas a la posterior aceptación”, u “oferta de donación”, o “donaciones por instrumento separado”**.-Estas donaciones tenían su fundamento legal en el art 1795 del Código de Vélez que decía: *“Si el donante muere antes que el donatario haya aceptado la donación, puede este sin embargo aceptarla y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa dada”*.-Las mismas tenían grandes ventajas prácticas, así por ejemplo es muy frecuente que los padres donen a hijos que por razones de trabajo o estudio no se encuentren en el país e en la ciudad en donde residen sus padres, o por razones de urgencias médicas o de salud del donante, este realiza la oferta de donación sin que el donatario este presente, en todas estas situaciones el donatario/a podía luego perfeccionar la donación con su aceptación.-Esta práctica esta pues muy arraigada en nuestro país por su practicidad, no obstante cierto es decir que el art.1795 vulnera lo estatuido por el mismo Vélez en el artículo 1149⁵ referido al consentimiento contractual y a la oferta al contratar; no debe perderse de vista lo útil y valioso de la norma pudiendo constituir el art 1795 una excepción al principio general, que es explicable en las donaciones, y máxime en la época en que se sancionó el código.-Por aquellos años la doctrina dudaba si las donaciones eran o deberían ser consideradas como contratos, habida cuenta que se las consideraba unas liberalidades más cercanas a los actos de última voluntad.-Se piensa que Vélez pretendió acercar las ofertas de donación a los legados testamentarios, así se razonó por aquellos tiempos que “quién en vida quiso donar, a fortiori quiso legar”.-Esto era así en tiempos de Vélez porque como ya se dijo, todavía no estaba en la doctrina imperante en la época, muy en claro si las donaciones, eran o no un contrato.-Este apartamiento de Vélez del principio general en materia de oferta o propuesta para contratar, ha suscitado la crítica de la doctrina, así por ejemplo se interpretaba que este art 1795 era una disposición anómala, que consagraba una excepción al art 1149, es una suerte de contrato post-mortem, dado que el contrato se perfecciona aún después de la muerte de una de las partes contratantes⁶.-Todo esto determino, que en el anteproyecto de Código Civil de 1954 (art 1347), en el Proyecto de 1993 (art.1008), y más recientemente en el Proyecto

⁵Art 1149: “La oferta quedará sin efecto alguno si una de las partes falleciera, o perdiera su capacidad para contratar: el proponente, antes de haber sabido la aceptación y la otra antes de haber aceptado”

⁶Belluscio Augusto C. Código Civil Comentado Anotado y Concordado-comentario al art 1795-Tomo IX Ed Astrea año 2007

de Código Civil Unificado de 1998 (art.1424), se suprimiera esta excepción, de manera que la oferta para contratar debía perfeccionarse en vida de las partes.-

El nuevo Código recientemente sancionado, ha seguido esta tesitura al redactar en materia de donaciones el art.1545 *que dispone: ACEPTACION: “la aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto de las formas de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario”*.-Una vez más como en muchas partes de este código, los legisladores mentores del ahora vigente código han dado la espalda a la sociedad y a costumbres profundamente arraigadas en nuestro país, como es las donaciones de aceptación diferida, u oferta de donaciones.-Por tanto y sin que hubiera una razón atendible de ahora en más las donaciones deben ser hechas y aceptadas en vida tanto del donante como del donatario para que surtan efectos.

¿No resulta contradictorio que un código que se jacta de avanzada, y que pretende elevar los estándares de libertad, igualdad, no discriminación, autonomía de la voluntad, derechos humanos?, conculca y suprime al mismo tiempo derechos de los particulares en actos jurídicos familiares de planificación patrimonial en los cuales el Estado no debería entrometerse, porque no vulnera ningún derecho, ni se agrede al orden público o a algún interés superior colectivo.-Y si así fuera el mismo derecho privado brinda medios más que suficientes para reparar esto, no olvidemos que tenemos las acciones sucesorias de: colación (art 2385); complemento (art 2451); reducción (art 2453). Hubiese sido deseable que en esta reforma el legislador hubiese contemplado, habida cuenta de lo arraigado que está en nuestras costumbres jurídicas la oferta de donación, que estas pudiesen ser aceptadas luego de la muerte o incapacidad del donante.

Dice el artículo 1545 en otros de sus aspectos criticables que la aceptación debe producirse en vida del donante y donatario y esto da lugar a una interpretación polémica. ¿Qué quiere significar el legislador cuando dice que la aceptación debe producirse en vida del donante y del donatario? Con respecto al donatario no hay duda puesto que tratándose de la aceptación de la donación y siendo esta de inmuebles o muebles registrables, esta debe hacerse por escritura pública (art. 1552 y 299 CCyC) en donde la intervención del notario garantizará que se trata de una persona viva, capaz o con capacidad restringida que le permita aceptar donaciones o en caso de incapacidad el acto será realizado por su representante legal. Con relación al donante y al analizar la expresión en vida los interrogantes que nos hacemos son

¿solo basta que esté vivo aunque sea un insano (no declarado), o una persona con capacidad restringida que no está autorizada según su sentencia a realizar donaciones, o que se encuentre en estado de inconsciencia temporal?, etc. Si fuera esto así, solo basta que el donante esté vivo al tiempo de la aceptación por parte del donatario para que esta fuera válida. Nada dice ni explica el legislador ni surge de los fundamentos las razones de los redactores.

b)- DONACION DE MENORES EMANCIPADOS

Otro tema harto controversial y hasta a veces de tratamiento confuso en el nuevo código, habida cuenta de que el Nuevo Código introduce entre sus principios rectores el ***“principio de la capacidad progresiva de los menores”***, es el de la posibilidad de donar de los menores cuando estos se hayan emancipado por matrimonio.-

Una vez casados los menores estos se emancipan por matrimonio (art 27) y gozan de plena capacidad de derecho y de ejercicio con las limitaciones propias impuestas por el código, una de las cuales es ***“donar bienes que hubiesen recibido a título gratuito”*** las cuales no se pueden efectuar ni con autorización judicial (art.28). Por otro lado, cuando el codificador reguló la capacidad genérica para donar y al establecer que para donar se requiere ***capacidad para disponer art 1548*** especifica que los menores emancipados por matrimonio pueden donar con las limitaciones impuestas por el art.28 inc. b, ***con lo cual se debe interpretar que los menores emancipados pueden donar los bienes que hayan adquirido a título oneroso, y si el régimen patrimonial del matrimonio es de separación podrán donarse entre sí.-***

DONACION DE LOS MENORES EMANCIPADOS POR MATRIMONIO EN LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

Otra situación diferente a la tratada precedentemente, es la donación de los menores en las convenciones matrimoniales, así por ejemplo el art.450 del Nuevo Código dispone ***“Que los menores de edad autorizados judicialmente a casarse NO PUEDEN HACER DONACIONES EN LA CONVENCION MATRIMONIAL, ni ejercer la acción prevista en el art.446 inc. d⁷.-A contrario sensu, ha de entenderse que los menores de edad QUE NO NECESITAN***

⁷Art 446 “Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:.....inc c) las donaciones que se hagan entre ellos

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA CASARSE (porque cuentan con la autorización de sus padres⁸ **PUEDEN HACERSE DONACIONES EN LA CONVENCION MATRIMONIAL**.-De manera que, si hacemos una interpretación armónica de los artículos 403, 404,446 y 450, advertiremos en relación al tema que estamos tratando, que tenemos dos clases de menores, por decirlo así:

1º)-los menores de 16 años, que con dispensa judicial contraen nupcias, y

2º)-los mayores de 16 años que no cuentan con la autorización de sus padres y contraen nupcias con dispensa judicial, **SOLO ESTOS MENORES NO PUEDEN HACERSE DONACIONES EN LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES ANTERIORES A LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO**.-

De manera que los **MENORES MAYORES DE 16 AÑOS QUE CUENTAN CON LA AUTORIZACIÓN DE SUS PADRES O REPRESENTANTES LEGALES PARA CASARSE, PODRAN HACERSE DONACIONES EN LA CONVENCION MATRIMONIAL QUE CELEBREN**.-De lo expuesto se desprende que lo dicho constituye una excepción al régimen de la incapacidad de ejercicio del art 24 in c)⁹ y la aplicación del art 26¹⁰.-Otro tema polémico en este Código es el de las **DONACIONES A LOS HIJOS MENORES DE EDAD O INCAPACES**.-Este tema de la donación efectuada por los padres a menores de edad o incapaces y aceptada por estos(es decir por los propios padres) ha ocupado tanto a la doctrina civilista como notarialista desde hace mucho tiempo, manifestándose posturas extremas que van desde la necesidad de designar un tutor ad-hoc hasta la posición más flexible que considera que el acto de aceptación de la donación es UN ACTO CONSERVATORIO, pudiendo cualquiera de los padres aceptarla de manera válida y eficaz.-La doctrina actualmente entiende que la aceptación de la donación por los padres cuando estos son los donantes o cuando la donación proviene de un tercero es un **acto conservatorio** no es ni de administración, ni de disposición de los bienes del menor dado que **por medio de este acto el progenitor¹¹ permite que un bien ingrese en el patrimonio del hijo menor o incapaz**.-Esto ha tenido consagración normativa en el art.685.-

⁸Los padres ostentan la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental

⁹Art.24 Personas incapaces de ejercicio: Son incapaces de ejercicio.....inc. b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2da de este capítulo

¹⁰Art 26 Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad: 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 si los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico*

¹¹Recordemos que el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental-antes patria potestad-ejerce la representación legal del menor art.358

Cabe aclarar que cuando la donación fuese con cargo, los padres no podrán aceptarla si no cuentan la correspondiente autorización judicial (art.1549)¹²

C)-DONACIONES MANUALES

El artículo 1554 habla de las donaciones manuales prescribiendo que “las donaciones de cosas muebles no registrables y de títulos al portador deben hacerse por la tradición del objeto donado”. Este artículo tiene su correlato con el artículo 1815 del Código de Vélez, no habiéndose receptado en el nuevo código las hipótesis y situaciones de los artículos 1816, 1817 y 1818 del Código Velezano.

Bien mirado esto es una flagrante contradicción a los principios generales que en materia de clasificación de los contratos ha estatuido el legislador. La nueva codificación como es sabido ha eliminado la categoría de los contratos reales por lo tanto en el nuevo ordenamiento el solo consentimiento de las partes es suficiente para que el contrato se perfeccione y genere sus efectos naturales, uno de los cuales es el nacimiento de las obligaciones que le caben a las partes. Los redactores del Código pretenden explicar este artículo asumiendo que respecto de la donación de cosas muebles el concepto de la consensualidad como principio rector en toda la materia contractual, en lo que atañe al perfeccionamiento no se vulnera ya que la obligación de efectuar la tradición del objeto donado no es más que una obligación que reconoce su fuente en el mismo contrato de donación, vale decir es una consecuencia del contrato mismo. Lo dicho precedentemente no deja al fin y al cabo de ser una construcción artificiosa que no empaña el hecho de la semántica del texto legal que de manera clara dice que este tipo de donaciones deben hacerse por tradición, por entrega, o traslación del objeto donado.

El muy frecuente en el tráfico negocial la celebración de donaciones manuales dinerarias siendo este un medio empleado por los ascendientes que entregan dinero a sus

¹²Art 1548 Capacidad para Donar. Pueden donar solamente las personas que tienen plena capacidad para disponer de sus bienes. Las personas menores emancipadas pueden hacerlo con la limitación del inc. b) del art.28
Art 1549 Capacidad para aceptar Donaciones. Para aceptar donaciones se requiere ser capaz.....

descendientes a efectos de que estos adquieran otros bienes. Partiendo entonces del presupuesto de que la donación manual dineraria es un contrato consensual la entrega de dinero que el donante hace al donatario, no es más que según la interpretación de los redactores del Código el cumplimiento de la obligación de transmitir la cosa donada al donatario para que este adquiera su dominio. Vale decir entonces que en la donación manual la consensualidad marca su nacimiento –art. 1542 CCyC- y la tradición de la cosa es el cumplimiento extintivo de la obligación -art. 1554 CCy C.-

Esta donación carece de una forma impuesta –art. 1552 CCyC- es decir que las partes pueden escoger la forma que ellas quieran. No obstante es importante a los efectos probatorios la forma mínima escrita –art. 286 CCy C-, sea por instrumento particular escrito (ex instrumento privado) –art. 287 CCyC- o por escritura pública –art. 299 CCyC- a los efectos de probar su existencia, alcance y contenido.

Si se trata de una donación manual dineraria destinada a la adquisición de un inmueble es recomendable que antes o simultáneamente con la escritura de adquisición se realice la donación al adquirente donatario y por escritura pública (art. 299 y stes. CCyC). Dadas todas las bondades probatorias que ello acarrea entre las partes (donante – donatario y todos quienes participen del acto escriturario) como frente a terceros (acreedores, fisco, etc.).

D- DONACIONES Y LA LEGÍTIMA HEREDITARIA

Legítima: podemos conceptualizarla como la parte del patrimonio del causante de la cual no pueden ser privados los herederos legitimarios forzosos sin justa causa por actos a título gratuito. Vale decir que el heredero tiene derecho a una cuota parte de los bienes del causante del cual no puede ser privado sin una razón justa.

Por su parte el futuro o potencial causante o testador tiene lo que en derecho se denomina ***porción disponible*** que como su nombre lo indica es parte del cual este puede disponer libremente ya para repartirla por partes iguales entre los herederos forzosos o asignarla toda ella a uno de ellos o bien entregarla a un extraño. El derecho a la legítima surge no de la voluntad expresa del testador o causante sino de la ley y este derecho que tiene sus fundamentos como ya se dijo en la ley y que estatuye la intangibilidad de la legítima ha sufrido con la sanción del nuevo código importantes modificaciones, así por ejemplo, para

los descendientes, pasamos de 4/5 a 2/3, en tanto que para los ascendientes pasamos de 2/3 a 1/2 manteniéndose solo en el caso del cónyuge 1/2 tal como era en el Código de Vélez.

Mucho se ha discutido sobre la conveniencia de adoptar un sistema de plena libertad para disponer de los bienes o si por el contrario resulta más conveniente establecer un freno regulando un sistema de legítimas. Los que son partidarios de la plena libertad para disponer sostienen que el derecho de propiedad es absoluto y no resulta conveniente limitar las potestades del propietario. A favor del régimen de la legítima se ha dicho que impide la prodigalidad excesiva del futuro causante a través de liberalidades y fomenta de esa manera la cohesión y la unidad familiar.-Todos estos argumentos hoy resultan inadecuados puesto que el derecho de propiedad ya no es un derecho absoluto, tampoco se puede decir de manera rotunda que el régimen de legítima impide la prodigalidad. Por otra parte hay que aclarar que el derecho a la legítima hereditaria del que gozan los herederos forzosos legitimarios no deriva de la voluntad del futuro causante sino de la ley. Estos herederos legitimarios forzosos, son aquellos que son llamados por la ley a la sucesión en el caso de que el causante, no haya instituido por testamento a los que le hayan de heredarlo.-Estos herederos forzosos son: los ascendientes, descendientes, y los cónyuges y tienen derecho a una porción de los bienes relictos del causante y que se llaman en materia sucesoria legítima hereditaria.-

Ya hemos dicho, que la legítima hereditaria es un derecho a la sucesión que poseen los herederos forzosos legitimarios protegido por la ley, en tanto que la porción legítima es la parte alícuota de los bienes de la herencia de los que los herederos forzosos legitimarios no pueden ser privados sin por razones de indignidad o desheredación.-Tengamos en cuenta que en el vigente código se han ampliado las causales de indignidad¹³ y se suprimió la desheredación, lo cual constituye otro yerro más de este código sancionado de manera presurosa¹⁴.-Tanto *la indignidad* como *la desheredación* sancionan el comportamiento ofensivo de aquella persona llamada a suceder al causante, y con esa finalidad en el código de Vélez constituían causas de extinción de la vocación sucesoria.-Pero hay una diferencia sustancial entre ambas, que deviene de una doctrina añeja y pacífica, y que es que, la ***INDIGNIDAD***, es una sanción legal que aplica el juez a instancia de parte interesada, contra el sucesor que ha incurrido en algunas de las causales, que establece la ley, excluyéndolo de la herencia , en tanto que la ***DESHEREDACIÓN***; conlleva también la exclusión del llamado a suceder en la herencia, pero esta vez dispuesta por el propio causante en su testamento, en razón y por causa del agravio que el excluido ha inferido al causante, agravio este que debe estar

¹³ Art 2281

¹⁴ Se ha dicho en la exposición de motivos, que la razón de la eliminación obedeció, a evitar la doble regulación de situaciones y supuestos parecidos

contemplado en la ley.-Es lamentable la desaparición del instituto de la desheredación porque nadie mejor que el causante para apreciar la magnitud de la ofensa¹⁵.-

Vinculado con lo dicho en el párrafo precedente, el nuevo código mantiene el régimen de las legítimas para los herederos forzosos o legitimarios, elimina la desheredación y amplía las causales de indignidad, por otra parte y a fin de proteger la legítima el nuevo código al igual que lo hacía el código de Vélez estructura aunque con distinto nombre mecanismos de defensa y protección de la legítima dichos mecanismos, son: la **acción de reducción**; la **acción de preterición de los herederos** cuya consecuencia es la **entrega de la legítima**, y la **acción de complemento**.-

En la acción de entrega (art 2450) el heredero legitimario preterido¹⁶ puede pedir su porción legítima a título de heredero de cuota.-En tanto que en la acción de complemento (art 2451) el heredero legitimario puede pedir que se complemente o complete su porción legítima cuando el causante le ha dejado menos de su porción legítima.-

E) LA ACCION DE COLACION Y DE REDUCCION:

Tanto la acción de colación como la de reducción son mecanismos del que disponen los herederos pero con alcances y efectos muy distintos, y ambos institutos guardan estrecha vinculación con el tema de las donaciones objeto de este trabajo. La **acción de Colación** es una acción personal que tiene cada heredero contra su coheredero, por decirlo así, y se busca mantener la igualdad de todos los herederos entre sí, en tanto que la **acción de Reducción** busca mantener y preservar las legítimas de los herederos.-Todo lo que vengo expresando en este párrafo como en los precedentes se relacionan estrechamente con las

DONACIONES INOFICIOSAS

En un sistema de legítimas hereditarias rigurosas, las donaciones inoficiosas son aquellas en las que el donante-(quién más tarde será causante)-dispone de su patrimonio por este título o sea por donación excediéndose en la porción disponible y en favor de un heredero o de un tercero.-Hay que dejar perfectamente en claro que la **donación inoficiosa no significa nulidad, ni anulabilidad, sino “ineficacia”** por tanto para los supuestos que esto ocurra ya hemos dicho, en otro parte de este trabajo que la ley establece y estructura todo un sistema de defensa de la legítima hereditaria.

¹⁵ Dice Martínez Paz en su obra “Introducción al derecho de la sucesión hereditaria”..... “La desheredación tiene en los Códigos un efecto moral, hasta por un acto de presencia. El que sepa que existe una institución que autoriza a privar de su legítima al heredero, fortalece la autoridad del causante y modera la soberbia del heredero”.....

¹⁶ Preterido significa según la DRAE heredero omitido

En el código de Vélez, era casi unánime la opinión de que las *DONACIONES hechas a herederos forzosos o legitimarios solo son colacionables no reducibles, siendo reducibles las donaciones hechas a terceros*, ello tenía su fundamento en los artículos 3476¹⁷ y 3477¹⁸ .-Por otra parte otro sector de la doctrina entendía que toda donación era susceptible de ser reducida, sobre la base de la interpretación del art 3955¹⁹, dicho artículo establece la posibilidad de una potencial acción de reivindicación del inmueble, en el caso de que el acto transmisivo afecte la legítima de los herederos forzosos, al tiempo del fallecimiento del donante.-En este punto la doctrina se divide y discute acerca de si esta acción de reivindicación es de naturaleza *REAL* es decir se puede perseguir el inmueble y traerlo con independencia de quién sea su titular actual o es una acción *PERSONAL*, en el cual solo se restituye el valor de la cosa.-Así las cosas, la interpretación doctrinaria predominante en el Código de Vélez era que la *donación a herederos forzosos solo son colacionables y a terceros o a quienes no revestirán el carácter de herederos forzosos, son reducibles*

El art 2386 establece “*La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso*”

El artículo tiene su antecedente más inmediato en el art 2340 del proyecto de 1998 que dice “La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor exceda la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero”.- El art 2386 adopta una solución totalmente opuesta a su antecedente de 1998, en efecto aunque redactado en términos similares-por no decir copiado-introduce un cambio sustancial que altera y modifica todas las consecuencias de su antecedente.-El art 2386 sustituye la expresión “está sujeta a colación debiendo compensarse la diferencia en dinero” que estaba en el antecedente de 1998 (art 2340) por la expresión “está sujeta a reducción por el valor del exceso”, de manera que le confiere *a la acción de reducción el carácter de una acción personal con efectos reipersecutorios* apartándose inexplicablemente de su antecedente de 1998, que era coincidente con lo resuelto en el centenario plenario “ESCARY c/ PIETRANERA”.-

¹⁷Art 3476 Código de Vélez

¹⁸Art 3477 Código de Vélez y su nota

¹⁹ Art 3955 Código de Vélez

La amenaza latente que establece el art 2386 de una acción de reducción sobre la donación hecha en favor de los descendientes, que es puesta en el CAPÍTULO “COLACIÓN DE LAS DONACIONES”, se vincula estrechamente con los artículos 2453²⁰ y 2454²¹ del TÍTULO X (10) que habla “DE LA PORCIÓN LEGÍTIMA”, en virtud del cual los herederos legitimarios perjudicados por una donación pueden atacar la última donación y hasta resolverla, a su vez el *Art 2458 consagra claramente el carácter reipersecutorio subyacente en el art 2386, cuando establece que: “el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables-(aquí y a diferencia de Vélez que solo hablaba de inmuebles, quedan incluidos todos los bienes registrables muebles e inmuebles)-el donatario y el subadquirente demandado, en su caso pueden desinteresarse al legitimario, satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”*.-A parte de lo ya dicho, tal es el celo por proteger a la legítima, que *de prosperar la acción de reducción se extingue en relación al legitimario reclamante los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores, en otras palabras le son inoponibles conforme al Art 2457*.- Al consagrarse la viabilidad de la acción de reducción con los alcances y efectos ya vistos-en lugar de la acción de colación como tenía previsto el antecedente de 1998 (art.2340)-con el nuevo código toda donación hecha a heredero legitimario como las efectuadas a los no legitimarios, y/o terceros extraños, son pasibles de la acción reducción, que adquiere en el nuevo código el carácter de una *acción personal de efectos reales reipersecutorios*.-Este desacierto jurídico, tiene en el nuevo ordenamiento legal, como único remedio morigerador a tan nefastas consecuencias las soluciones propuestas por los artículos 2459²² y 2560²³.-El Primero de los artículos prevé la posibilidad de oponer la prescripción adquisitiva corta contra el progreso de una eventual acción de reducción que como vimos tiene carácter reipersecutorio.-*Es decir el donatario o el subadquirente que hayan poseído la cosa donada por el término de diez (10) años contados desde la adquisición de la posesión, podrán oponer a la acción de reducción la prescripción adquisitiva de diez (10) años*.-Habida cuenta de que la norma prescribe que el plazo se computa desde la *adquisición de la posesión*, cabe preguntarse ¿desde cuándo el donatario adquiere la posesión?, entiende la doctrina que dicho evento, es desde que se *celebra el contrato de Donación, que es un contrato*

²⁰Art 2453

²¹Art 2454

²²Art 2459 “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.-Se aplica el art 1901

²³Art 2560 Plazo genérico: “El plazo de prescripción es de cinco (5) años, excepto que este previsto uno diferente en la legislación local

*consensual con eficacia real y el donante hace la tradición de la cosa al donatario para que este lo adquiera, cumplimentándose la forma legal impuesta-(que es la escritura pública)-, tanto sea para inmuebles como para muebles registrables.- Por su parte el artículo 2560 que está en la sección segunda del Libro VI y que habla de los plazos de prescripción establece un plazo genérico de prescripción, excepto que este previsto uno diferente, **de allí se interpreta que la acción de reducción prescribe a los cinco (5) años de fallecido el donante siendo esta una prescripción liberatoria, y que comienza a computarse desde que la acción puede ejercerse-en este caso desde la muerte del donante-***

A la luz de todo lo aquí expuesto, me pregunto yo, como Notario ¿Cómo explicar a nuestros requirentes, por lo general a los padres que quieren donar a sus hijos a fin de evitarles una engorrosa sucesión, que desde la vigencia del nuevo código civil y comercial (1/08/2015), los alcances y efectos de este contrato-la Donación-han quedado profundamente mermados?-.¿Cómo explicarles que el bien donado-ahora sujeto a reducción-ya no será aceptado como garantía hipotecaria por las entidades financieras y bancarias, ni tampoco como fianza?-.¿Cómo explicar que un título proveniente de Donación queda sustraído prácticamente del tráfico jurídico negocial por la posibilidad de una acción de reducción?-.¿Cómo decirle a un padre que quiere donar a su hijo, que el título recién se bonificará por decirlo de alguna manera, luego de transcurrido diez (10) años de la adquisición de la posesión-art.2459-(prescripción adquisitiva); o a los cinco (5) años de fallecido el donante-art.2560-(prescripción liberatoria), según que suceda primero.-Todos estos interrogantes, que me formulo, hace que nosotros los notarios, nos encontremos ante un gran desafío, que quizás una nueva reforma legislativa, más meditada y serena pueda resolverla.

EPILOGO A MANERA DE CONCLUSIÓN

Ninguna duda cabe que al contrato de Donación, el Nuevo Código Civil y Comercial unificado, le ha asestado un golpe mortal, transformándolo en un contrato peligroso y desafortunado, para el donatario y los adquirentes a título singular, en virtud de que queda a merced de una eventual y posible acción de reducción incoada por algún heredero legitimario perjudicado y a raíz de ello sustraído prácticamente del tráfico jurídico negocial, por diez (10) o por cinco (5) años, según se opere la prescripción adquisitiva o la liberatoria.-Este Código sepulta así, años de cultura argentina orientada a la planificación patrimonial familiar por actos entre vivos y que veía en el contrato de donación la herramienta

más idónea.-El impacto del nuevo Código es devastador, máxime en materia de donación inmobiliaria, a punto tal que muchos títulos de propiedad reconocen en alguna parte de su tracto y como antecedente una donación, y existiendo una antecedente así ya se da cabida al posible cuestionamiento u observabilidad del título.-Desde la vigencia del Código, muchos querrán aceptar una oferta de donación de donantes que ya fallecieron y no podrán hacerlo.-Otros quizás querrán vender propiedades que les han sido donadas para extinguir obligaciones asumidas o constituir hipotecas; pues bien, a todos ellos, nosotros como escribanos debemos informarles que sus títulos son observables, porque quedan a merced de una posible acción de reducción con eficacia real, debiendo esperar 10 o 5 años para poder disponer libremente.-

Nunca entenderé como nuestros representantes en el Congreso de manera presurosa, irreflexiva e irresponsable han dado vida a este verdadero Leviathán²⁴ jurídico que consagra soluciones caprichosas y artificiosas desprovistas de sentido común y que están de espaldas a la sociedad.-El código de Vélez no era perfecto, es cierto y también es cierto que su actualización era necesaria, pero al menos tenía la ventaja de estar cimentado en una sólida y consolidada jurisprudencia, que este nuevo código sancionado de manera abrupta y repentina no la tiene, y que seguramente solo con el devenir del tiempo lo tendrá, si es que aún sigue vigente. Por otra parte el nuevo código, pretende ser innovador al modificar nombres e institutos que ya estaban en el Código de Vélez y cuyo contenido es semejante (por ejemplo patria potestad= responsabilidad parental).-Además no se tuvo en cuenta, por las proyecciones que tiene un código de derecho privado, que había que adaptar el Registro de la Propiedad inmueble, para las nuevas realidades registrales, como así también no se pensó en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y las nuevas realidades que por incumbencia delegada por el nuevo Código le corresponde.-

A mi criterio todo se hizo mal y con una celeridad sospechosa e inusual, desperdiciando la oportunidad histórica de remozar el Código de Vélez o de sustituirlo por algo más cavilado, por ejemplo se podría haber legislado sobre los casamientos hechos en sede notarial y por escritura pública.-Podría seguir enumerando todas y cada una de las falencias que a mi criterio tiene este nuevo

²⁴ Monstruo marino fabuloso descrito en la Biblia, en el antiguo testamento en el libro de Job como inhumano y destructor y que se toma como representación de demonio en el cristianismo.

Código, sobre el contrato de donación y en general sobre cada una de las materias reguladas, pero lo cierto es que al momento que escribo este modesto trabajo, lo que critico es derecho positivo y vigente.-Me cabe pues la obligación como operador del derecho morigerar lo más que pueda los efectos adversos de este nuevo Código sobre un Contrato tan importante como lo es el de Donación, asesorando a quiénes requieren de mis servicios con lealtad y honestidad intelectual.-Quiera Dios, que lo pueda hacer, con criterio, buen tino y sin que la soberbia me nuble el buen entendimiento