

## **Oferta de donación en el Código Civil de Vélez y en el Código Civil y Comercial de la Nación. Comparación entre fuentes doctrinarias.**

Offer of donation in the Civil Code of Velez and the Civil Code and commercial of the nation. Comparison between doctrinal sources.

Pablo Luis Manganaro\*

### **RESUMEN**

El objetivo de estas líneas radica en una breve síntesis crítica entre los diferentes articulados del Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial Unificado, recientemente sancionado en la República Argentina, sobre el tema de la oferta de donación que tanto ha sido discutido en doctrina nacional. El concepto dado en el Código Civil y Comercial a la donación, pareció haber considerado las críticas doctrinarias y se prefirió optar por una definición más acorde con la naturaleza consensual del contrato, conforme lo consagra el artículo 1542 de dicho ordenamiento.

### **ABSTRACT**

The purpose of these lines is a brief critical summary among the different articulated of the Civil Code of Velez and the Civil Code and commercial unified, recently enacted in the Republic of Argentina, on the subject of the offer of grant that much has been discussed in national doctrine. The concept given in the Civil and commercial code to the donation, seemed to have considered doctrinal criticisms and is preferred to opt for a definition more in line with the consensual nature of the contract, as it enshrines it article 1542 of the said Ordinance.

### **PALABRAS CLAVE**

Oferta de donación- Código Civil- Fuentes doctrinarias.

### **KEY WORDS.**

Offering donation-Civil Code - doctrinal sources.

\*Abogado (USAL). Escribano. Profesor en Ciencias Jurídicas (USAL). Docente auxiliar en las cátedras de Filosofía, Ética y Filosofía del Derecho.

Trabajo recibido el 30/7/2014 y Aceptado con modificaciones luego de la reciente sanción del Código Civil y Comercial Unificado el 14/10/2014.

## *Introducción*

Antes de comenzar a explayarnos sobre la oferta en el contrato de donación, creemos útil hacer una muy breve revisión de algunos conceptos o lineamientos generales que aportan tanto el Código Civil de Vélez Sarsfield (en adelante CCVS) como el Código Civil y Comercial de la Nación recientemente sancionado<sup>1</sup> (en adelante CCyC), esto a la luz de establecer semejanzas o diferencias que pudieran existir.

El contrato es una especie dentro del acto jurídico, siendo un negocio jurídico bilateral o plurilateral, puesto que necesariamente debe existir el consentimiento de dos o más personas, lo cual no implica que sus obligaciones sean recíprocas o correlativas.

Un contrato unilateral será un acto jurídico bilateral o plurilateral por existir un consentimiento entre dos o más personas, pero sólo una de ellas será la obligada hacia la otra (arg. art. 1138 CCVS).

Según el artículo 1137 del CCVS tendremos un contrato “cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”. Esa voluntad común necesariamente debe versar sobre un objeto susceptible de apreciación pecuniaria (art. 1169 CCVS).

La definición que surge del artículo 957 del CCyC incluye el carácter patrimonial de las relaciones jurídicas que estén contenidas en el contrato; se resalta a su vez, su carácter de especie del acto jurídico y se elimina la frase “declaración de voluntad común” reemplazándola por una con características más jurídicas: “consentimiento”.

Nótese que, a pesar de la definición que da el CCVS, en el artículo 1144, a la hora de hablar de la formación del contrato, se menciona al consentimiento. La voluntad propiamente dicha, indica un proceso cognitivo interno del hombre, lo cual se encuentra fuera del ámbito del Derecho (art. 913 CCVS). Coincidimos con la postura de Zavalía por cuanto el consentimiento no sólo incluye la voluntad sino también la exteriorización de la misma, esta última es la que hace posible conocer e interpretar el acto volitivo, por cuanto el sujeto realizará aquellos signos exteriores a los que la ley otorga validez para realizar un acto jurídico. Enfatizamos la importancia de considerar al consentimiento en un doble ámbito, debido a que si los signos exteriores no coinciden con la voluntad del proponente constituirán un acto nulo siempre que se haya dado por algún vicio. El vicio, naturalmente deberá valorarse también por los signos exteriores que éste exprese.

El consentimiento se manifiesta mediante una oferta y posterior aceptación (art. 1144 CCVS y art. 974 CCyC).

La oferta constituye un acto jurídico unilateral, en el cual el oferente, ofertante o proponente “toma la iniciativa en forma idónea para concluir un contrato”<sup>2</sup>. La aceptación, por su parte, es también un acto jurídico unilateral puesto que es la manifestación del destinatario de la oferta, la cual debe ser congruente con ella.

---

<sup>1</sup> Ley 26.994

<sup>2</sup> ZAVALÍA LÓPEZ DE, Fernando. *Teoría de los Contratos*, Tomo 1, Parte General, Ed. Zavalía, p. 167.

Una vez realizadas las manifestaciones entre presentes, se consolidarán los actos jurídicos unilaterales conformando un único acto jurídico bilateral que es el contrato. Estimamos que este proceso es inmediato y automático, debido a que una vez exteriorizada la aceptación no hay duda de la recepción y conocimiento del ofertante, lo cual no ofrece mayores dificultades.

Las complejidades del caso se plantean cuando hablamos de declaraciones entre ausentes, aquí existen diferentes teorías que hablan del momento en el cual quedaría conformado el acto jurídico bilateral al cual hacemos referencia y las analizaremos a continuación.

Más adelante también veremos cómo y para quiénes se expedirán las copias de la escritura de oferta de donación, teniendo en cuenta los diferentes supuestos que podrán verificarse. Teorías acerca del momento en que se perfecciona el contrato

Demolombe en su libro "*Cours de Code Napoléon*"<sup>3</sup> sostiene la teoría de la declaración o manifestación, en cuanto establece que si el contrato exige la conjunción de dos voluntades, la aceptación tendrá lugar en el momento de su exteriorización, ergo, el contrato estará formado en ese momento<sup>4</sup>.

Por otro lado, nos encontramos con la doctrina de la percepción o información, la cual manifiesta que el contrato se encontrará formado desde el momento en el cual el proponente tenga noticia de la aceptación. "Nadie puede estar obligado a lo que no conoce"<sup>5</sup>

La doctrina de la transmisión o expedición, crítica a la teoría de la percepción, por cuanto las manifestaciones entre ausentes por correspondencia -tendientes a formar el contrato- no pueden darse nunca, ya que conocida la aceptación por el ofertante, surge el interrogante de cómo sabrá el aceptante que éste la conoció. Este dilema se plantea en la nota a los artículos 1150 a 1154 del CCVS. Sobre este punto Vélez manifiesta que:

[algunos autores] enseñan que la conclusión del contrato no sucede hasta el momento en que la respuesta afirmativa llega a poder del que ha hecho la proposición; y que hasta entonces cada uno de ellos puede cambiar de voluntad. El jurisconsulto Cadres entró en la cuestión combatiendo victoriosamente [esta opinión]... Entre otros fundamentos, dice: "...el que ha aceptado la propuesta, tendrá que esperar que le llegara la conformidad del que la hizo, y entonces nunca habría concurso de voluntades por correspondencia". Sería querer encontrar el fin de un círculo.<sup>6</sup>

Esta línea de pensamiento también realiza una crítica a la doctrina de la declaración, debido a su falta de practicidad. Evidentemente, la exteriorización por sí sola sin incluir la expedición de la correspondencia, da muestra de la falta de certeza a la aceptación del contrato, conformando un hecho que se detiene a mitad del camino para conformar una verdadera declaración jurídica.

<sup>3</sup> DEMOLOMBE, C., *Course de Code Napoléon*, Ed. A. Lahure Éditeur Paris – Francia. Digitalización University of Toronto – Canadá. Tº 24 Nº 75

<sup>4</sup> Paracería también que es el criterio que adopta Vélez, según la nota del artículo 1796.

<sup>5</sup> ZAVALÍA, *Teoría de los Contratos*, op.cit., p. 216

<sup>6</sup> Notas artículos 1150 a 1154 CCVS

Zavalía lo define como “*propositum in manibus retentum*”<sup>7</sup> (con el fin de mantenerlo en mano).

En último lugar tenemos la teoría de la recepción; su argumentación se basa en que el contrato quedará formado cuando la aceptación llegue a poder del ofertante, sin necesidad de que tome conocimiento de aquélla.

Este postulado presenta ventajas prácticas, tanto frente a la doctrina de la percepción -dado que el conocimiento como hecho interno del sujeto es de difícil probanza jurídica- y frente a la teoría de la transmisión, por los posibles extravíos de la correspondencia.

En cuanto al criterio seguido por el Código Civil veleciano, una parte de la doctrina (Belluscio<sup>8</sup> entre otros<sup>9</sup>), sostiene que se adopta la teoría de la expedición (art. 1154) con atenuación a favor de la información (arts. 1149; 1150). Para otros<sup>10</sup> en cambio, el Código hace referencia a la teoría de la información (arts. 1149 y 1155) con efectos retroactivos al día de la expedición (art. 1149).

Según Borda, el sistema que rige es el de la expedición en virtud de la redacción del art. 1154 con contradicciones en los artículos 1155 y 1149, por lo que considera que debe tomarse aquél como regla general con la excepción que establecen estos dos últimos artículos.

Por último, existe la teoría<sup>11</sup> que establece que para el proponente el consentimiento se perfecciona con la expedición de la aceptación (art. 1149) y para el aceptante con el conocimiento (art. 1155)

## **Aplicación de las teorías en el Código Civil y Comercial**

En cuanto al Código Civil Unificado encontramos que el artículo 971 hace mención expresa a la teoría de la recepción por cuanto:

Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo.

Consideramos que la utilización del término “concluyen” como tercera persona del plural del presente indicativo del verbo “concluir”, no es correcta.

En efecto, la definición que da la Real Academia Española<sup>12</sup> es:

- “Acabar o finalizar una cosa”
- “Determinar y resolver lo que se ha tratado.”
- “Inferir, deducir una verdad de otras que se admiten, demuestran o presuponen.”

<sup>7</sup> ZAVALÍA, *Teoría de los Contratos*, Tomo 1, op.cit., p. 216

<sup>8</sup> BELLUSCIO-ZANONI, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. Ed. Astrea, Buenos Aires, Art. 1150.

<sup>9</sup> Borda, Spota, Fontanarrosa, Iturraspe, etc.

<sup>10</sup> Salvat y Siburu

<sup>11</sup> ZAVALÍA, *Teoría de los Contratos*, Tomo 1, op.cit., p. 218, citando a Llerena

<sup>12</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Edición Electrónica. Versión 21.1.0. Ed.: Espasa Calpe S.A. 1995

- *Derecho* “Poner fin a los alegatos en defensa del derecho de una parte, después de haber respondido a los de la contraria, por no tener más que decir ni alegar”.

Como podrá observarse las acepciones de “concluir” conllevan a pensar en el fin de alguna cosa, también en su definición en el área del derecho. Por el contrario, podríamos presuponer que se considera al contrato como una conclusión de tratativas previas (oferta y aceptación), pero inmediatamente vemos que no es el contrato el que se concluye sino estas a favor del nacimiento de aquel.

En efecto, un tanto mejor sería expresar que se concluye “por”, no “con” la recepción de la aceptación de una oferta.

Creemos que hubiera sido más apropiado, aplicando la hermenéutica de los artículos 257 y 259<sup>13</sup>, haber utilizado la expresión “los contratos nacen”, debido a que tanto la oferta como la aceptación constituyen actos jurídicos, que, a su vez, son hechos jurídicos<sup>14</sup> voluntarios lícitos que producen el nacimiento de una relación jurídica: el contrato.

Acto seguido en el artículo 979 se establece que:

*Toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación...*

En cuanto al momento de su perfeccionamiento el artículo 980 expresa:

La aceptación perfecciona el contrato: a) entre presentes, cuando es manifestada; b) entre ausentes, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta.

Prima facie parecería que se sigue la teoría de la recepción tal como lo indica en sus fundamentos:

El contrato se considera concluido con base en la teoría de la recepción, que es la más seguida en el derecho comparado.

Hasta aquí parece sostenerse la teoría de la recepción, además, la más práctica de las tres que se han visto. El agregado que hace el artículo 971, en tanto expresa que constituye contrato una conducta que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo, considera que no hace falta que la aceptación llegue al ofertante por medio de una manifestación expresa, ya que tal hecho también podría realizarse a través de una conducta que implícitamente demuestre tal aceptación, incluso el silencio. Ello así, siempre teniendo en cuenta la ley, la modalidad contractual y los usos y prácticas comunes, tal como lo aclara el artículo 979.

A esta secuencia de normas ha de añadirse la redacción del artículo 983:

A los fines de este Capítulo se considera que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta la conoce o debió conocerla, trátase de comunicación verbal, de

<sup>13</sup> Nótese que el artículo 259 también posee un error de redacción a nuestro criterio evidente, otra definición tautológica que da el Proyecto al considerar al acto jurídico como acto voluntario lícito en vez de definirlo como hecho jurídico voluntario lícito, siguiendo la definición que daba en el artículo 257.

<sup>14</sup> Véase la nota anterior.

recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil.

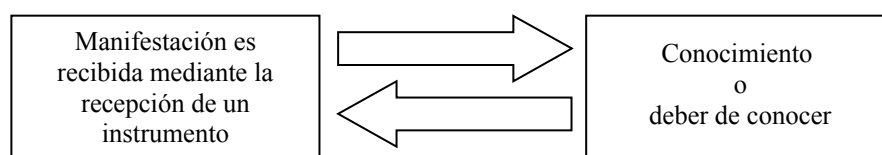
Entendemos que esta redacción confunde sobre la postura de todo lo antes visto. En efecto, el artículo establece que, en principio, cuando se habla de recepción en este capítulo debe entenderse como conocimiento de una parte sobre la manifestación de la otra (teoría de la percepción).

Debido a la dificultad práctica que hemos señalado acerca de esta doctrina, se agrega en el artículo el deber de conocimiento, el cual dependerá de las diferentes modalidades de comunicaciones.

Vemos entonces en esta fórmula que el deber de conocimiento surge si la manifestación es verbal, o si se recepta en el domicilio del destinatario un instrumento pertinente, o de otro modo útil.

No queda claro cuáles son los modos útiles a los que hace referencia el artículo para dar por conocida una manifestación o mucho más aún, otorgarle un deber de conocimiento.

Si analizamos la norma podemos descubrir que se llega al punto de aplicar un concepto de manera tautológica, pues el artículo dice en resumidas cuentas, que debe considerarse que una manifestación es recibida, cuando la otra parte la conoce o tiene el deber de conocerla, mediante la recepción de un instrumento. Podríamos graficarlo de la siguiente manera:



Interpretando de manera literal y gramatical esta máxima, podremos llegar a la conclusión de que, a pesar de lo manifestado en sus fundamentos, la teoría de la percepción es la adoptada por el Código Civil y Comercial, atento a que lo relevante es el conocimiento, que opera desde el momento de la recepción de un instrumento.

Sin embargo, si propendemos a una interpretación armónica con los artículos precedentes, es que estimamos que cuando se habla aquí de "conocimiento" se hace referencia a la posibilidad, casi certera, de la aprehensión directa que genera el hecho de que una parte reciba la manifestación jurídica verbalmente en su domicilio u otro medio útil. Por ejemplo, el envío por correspondencia de un instrumento jurídico de aceptación, con el recaudo de que posea aviso de retorno, conformará presunción legal de conocimiento.

Dicha presunción deberá ser considerada *iure et de iure*, porque no habría otra manera de descubrir o dilucidar el conocimiento real y existente del receptor.

En cuanto a la caducidad de la oferta, menciona el art. 976 del CCyC

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

Lo explicitado en esta norma no conforma una excepción a la presunción establecida por el artículo 983, debido a que se menciona como causal de caducidad el fallecimiento o incapacidad, tanto del ofertante como del aceptante, anterior a la recepción de la aceptación. Siempre que se dé la recepción se considerará conocida, por más que su receptor haya fallecido un minuto después.

De no concebirlo de esta manera, se podrán argumentar multitudes de casos en los cuales el conocimiento no opere en los supuestos en que el receptor no se encuentre en su domicilio. Recordemos que, tanto si el receptor es el oferente como el aceptante, sus manifestaciones quedarán firmes desde el momento en que han sido recibidas por la otra parte (arts. 975; 981 CCyC); con lo cual existen desde un primer momento tratativas que conservan un indicio serio en la voluntad de formar un contrato, por lo cual, los sujetos contratantes no pueden frustrarlas injustificadamente, generándose, de acontecer esto último, el deber de resarcimiento por los daños producidos a raíz del incumplimiento (art. 990 CCyC).

## **El Contrato de Donación**

Sin intención de hacer un estudio exhaustivo del contrato de donación, mencionaremos aquellas características principales que permitan alcanzar algunas conclusiones sobre el tema que nos compete.

La naturaleza jurídica de la donación, según la doctrina, ha sido definida de diversas maneras:

- Por un lado tenemos la postura de Zavalía<sup>15</sup>, quien establece que donación posee dos acepciones jurídicas a saber:
  - “*donación-acto*” por medio del cual se define a la donación en un sentido amplio, es decir al contrato de donación y los actos jurídicos asimilados a éste, como por ejemplo, la cesión gratuita o la renuncia gratuita.
  - “*donación-atribución*” y “*atribución-donación*” por medio del cual se designa al enriquecimiento que surge de una donación-acto.
- según Spota<sup>16</sup>, para que exista donación, es necesario que por un acto jurídico entre vivos se transfiera la propiedad de una cosa, siendo uno de sus elementos constitutivos la transferencia de

<sup>15</sup> ZAVALÍA, *Teoría de los Contratos*, Tomo 2, op.cit., p. 509

<sup>16</sup> SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Tomo VII, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1982, p. 230

dominio mediante un acto gratuito, dado por la libre voluntad del disponente.

- Por último destacamos la opinión de Borda, la cual compartimos, por cuanto expresa: *“en su esencia, la donación es un acto unilateral de disposición gratuita de bienes, más próximo a la disposición testamentaria que al contrato. Sólo así concebida se explica que pueda ser revocada por ingratitud del donatario, que esté sujeta a reducción por inoficiosidad y a colación”*<sup>17</sup>. Opinión que como se verá más adelante, es compartida por Lorenzetti<sup>18</sup>.

En el Código Civil de Vélez Sarsfield, la donación es un contrato<sup>19</sup>. El art. 1789 estipula que:

habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos, transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa.

Esta definición ha sido objeto de críticas. En efecto, en opinión de Borda<sup>20</sup> la redacción es impropia, *debido a que en nuestro sistema legal, solo el título no basta para transferir una cosa, sino que además se requiere la tradición (arts. 577 y 3265)*. Asimismo, destaca que debería distinguirse entre donación propiamente dicha (el contrato se celebra simultáneamente con la entrega de la cosa) y la promesa de donación (el donante se obliga a hacer la tradición).

Además, parecería que, de acuerdo a los términos empleados en la definición, el contrato es real, o que siendo consensual, posee efectos reales. No obstante, si recordamos los artículos 1140 y 1142, 1813 y 1833, podremos observar que se trata de un contrato de tipo consensual toda vez que no se exige -para su perfeccionamiento- la tradición de la cosa sobre la cual versa.

Lorenzetti, continuando con la naturaleza jurídica de la donación, sostiene:

Es evidente que la donación es un contrato en el Derecho argentino, pero también lo es que está muy próximo a la disposición testamentaria en tanto atribución unilateral gratuita de bienes; por ello tiene particularidades muy especiales que no son habituales en la teoría general del contrato...<sup>21</sup>

Podemos resumir las particularidades a las cuales se refiere, en las siguientes:

- Los derechos que tiene el disponente o donante, sobre los bienes donados, como por ejemplo las acciones frente a la ingratitud (art. 1858) y también la falta de prestación de alimentos (art. 1862).
- La posibilidad de cuestionar el acto jurídico, si afecta la legítima.

<sup>17</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Contratos*. Tomo 2, 5ª Edición actualizada. Editorial Perrot, Buenos Aires, p. 396

<sup>18</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Tomo 3, Rubinzal-Culzoni Editoriales, 1999, p. 599

<sup>19</sup> ZAVALÍA, *Teoría de los Contratos*, Tomo 2, op.cit., p 536

<sup>20</sup> BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos*. Tomo 2, op.cit., pp 387 y ss.

<sup>21</sup> LORENZETTI, *Tratado de los Contratos*, Tomo 3, op.cit., p. 587



- El hecho por el cual el donante, si muere antes que el donatario haya aceptado la donación, este último pueda aceptarla (art. 1795).

La ratio legis que enmarca a estas connotaciones, según el autor citado, es la protección a:

- Quienes entregan de manera gratuita su patrimonio (donante):
  - Formalidad de tipo solemne (art. 1810)
  - Pago con beneficio de competencia para el donante (art. 800 inc. 5)
  - Tutela frente a la donación excesiva de bienes presentes, salvo si se reservan el usufructo o una porción “conveniente para subvenir a sus necesidades” (art. 1800)<sup>22</sup>
- Los familiares del donante:
  - En tanto la donación no afecte su legítima, caso contrario podrán solicitar la inoficiosidad (art. 1830).
- Los terceros ajenos al vínculo
  - Frente a la simulación y el fraude, pudiendo ejercer la acción pauliana (Arts. 961 y 967)

### **Situación en el Código Civil y Comercial Unificado**

El concepto dado en el Código Civil y Comercial a la donación, pareció haber considerado las críticas doctrinarias y se prefirió optar por una definición más acorde con la naturaleza consensual del contrato, así vemos que el artículo 1542 establece que: *“Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra y ésta lo acepta”*.

Aquí se vislumbra, de manera evidente el carácter consensual del sinalagma, sin entrar en la discusión acerca de la transferencia de la propiedad de una cosa por medio solamente de su título.

La Comisión Redactora presidida por Lorenzetti en sus fundamentos expresa:

La definición del contrato ha sido tomada del Anteproyecto de 1954, con la expresa mención de que debe ser aceptado por el donatario, lo que había sido eliminado en el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, oscureciendo la noción...

Cabe destacar que tanto este párrafo como el siguiente, son copias literales de los fundamentos contenidos en el Proyecto de 1998<sup>23</sup>, a pesar de ello, no fueron colocadas las comillas pertinentes ni ha sido citada su fuente.

<sup>22</sup> Según Borda (*Obra citada*. Tomo 2. Pág. 413) *“la razonabilidad de la porción de patrimonio reservado por el donante, debe juzgarse en el momento de la donación”*.

<sup>23</sup> Proyecto de Código Civil de 1998. Fundamentos punto 222.

Si comparamos el sistema protectorio establecido en el Código Civil veleciano con aquel estructurado en el reciente Código Civil y Comercial, encontramos que:

- Las acciones frente a la ingratitud están reguladas en el artículo 1571 CCyC, ampliándose en algunos supuestos: *“Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos:*
  - a. *Si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes.*
  - b. *Si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor*
  - c. *Si las priva injustamente de bienes que integran su patrimonio*
  - d. *Si rehúsa alimentos al donante”*
- La no prestación de alimentos necesarios surge del artículo 1572. La revocación operará cuando el donante no pueda obtenerlos de las personas obligadas por las relaciones de familia.
- También puede ser cuestionado por afectar la legítima, así lo estipula el artículo 1565: *“Se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante. A este respecto, se aplican los preceptos de este Código sobre la porción legítima.”*

En cuanto a las protecciones:

- Al donante:
  - Se encuentra revestida de formalidad solemne la donación de cosas inmuebles, cosas muebles registrables y prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552 CCyC).
  - Se mantiene el beneficio de competencia (art. 893 inc. c CCyC)
  - Existe una tutela frente a la donación excesiva. El artículo 1551 establece que: *“La donación no puede tener por objeto la totalidad del patrimonio del donante, ni una alícuota de él, ni cosas determinadas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar. Si comprende cosas que forman todo el patrimonio del donante o una parte sustancial de éste, sólo es válida si el donante se reserva su usufructo, o si cuenta con otros medios suficientes para su subsistencia”*
- A los familiares del donante:
  - Pueden solicitar la inoficiosidad conforme a lo anteriormente estipulado (art. 1565 CCyC)
- A los terceros ajenos al vínculo

- Subsiste la protección a los acreedores, con la posibilidad de accionar para obtener declaración de inoponibilidad (art. 338 CCyC): *“Todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, y de las renunciaciones al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna”*
- Si el acto fue a título gratuito, reza el Art. 340 CCyC 2º párrafo *“La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito...”*

Como podremos observar todas las características “particulares” que se encontraban en este tipo de contrato se respetan en el Código Civil y Comercial, salvo en el único supuesto de la aceptación. En efecto el *artículo 1545 CCyC aclara*.

La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones. **Debe producirse en vida del donante y del donatario.**<sup>24</sup>

### **Requisitos formales para la aceptación**

Según el artículo 1792 CCyC, “para que la donación tenga efectos legales debe ser aceptada por el donatario, expresa o tácitamente, recibiendo la cosa donada”.

De la interpretación de esta norma, acerca de cuándo podrá tomarse como aceptada la donación, se ha dicho que recibir la cosa donada por parte del donatario, ha sido puesto por la ley a título ejemplificativo<sup>25</sup>.

Una visión contraria implicaría concebir al contrato como real en vez de consensual, lo cual contrariaría lo visto anteriormente.

En cuanto a las formas, la donación deberá ser instrumentada ante escribano público bajo pena de nulidad (formalidad solemne) cuando se refiera a:

- Las donaciones de bienes inmuebles.
- Las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias.

Nos parece más acertado hablar de escritura pública como especie dentro del género instrumento público, más que de instrumento hecho ante un escribano público, debido a que un acta notarial entraría dentro de esta última frase y no constituye un documento idóneo para conformar un contrato<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> El resaltado no obra en el original

<sup>25</sup> ZAVALÍA, *Teoría de los Contratos*, Tomo 2, op.cit., p 543

<sup>26</sup> Sobre este tema remitimos al lector a nuestro trabajo de instrumento y documento público en el CCyC y el CCyC.

Si la donación debe hacerse ante escribano público (art. 1810 CCVS), la aceptación necesariamente deberá seguir el mismo criterio (art. 1811 CCVS). Así lo consagra el Art. 1811:

*Las donaciones designadas en el artículo anterior, deben ser aceptadas por el donatario en la misma escritura. Si estuviese ausente, por otra escritura de aceptación.*

La solución no será la misma si la oferta de donación se instrumenta por escritura pública, a pesar de no estar dentro de los supuestos del artículo 1810; en este caso la aceptación no necesariamente deberá ser hecha por la forma solemne debido a que únicamente se hace referencia a aquellas donaciones designadas por el artículo anterior.

Cierta doctrina<sup>27</sup> considera oportuno distinguir entre la forma de la aceptación (art. 1792) y la formalidad del contrato (art. 1810 y 1811), estableciendo que siempre la aceptación puede ser expresa o tácita, no así el contrato, que quedará conformado siguiendo las reglas previstas. No coincidimos con esta postura, atento a que entendemos que no puede disgregarse la formalidad de la aceptación con la del contrato, puesto que a falta de uno, el otro se encontraría viciado, más aún cuando debemos entenderlo con interpretación restrictiva por su solemnidad. Estamos de acuerdo con Borda<sup>28</sup> cuando opina que la aceptación será expresa, e incluso solemne, para algunos actos determinados y en otros supuestos podrá ser tácita, por ejemplo cuando se trate de cosas muebles

En el Código Civil y Comercial, se conserva la forma solemne para los mismos supuestos anteriores con el agregado que también deben ser hechos por escritura pública los contratos que involucran cosas muebles registrables. Recordemos que en el Código de Vélez la donación de cosas muebles bien podía ser hecha sin un acto escrito, por la sola entrega de la cosa (art. 1815 CCVS). En tal sentido, el art. 1552 CCyC establece:

*Deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicia”.*

Tangencialmente, resulta menester resaltar el hecho por el cual para este artículo las donaciones de cosas muebles registrables sólo pueden ser hechas por escrituras públicas. Bajo este concepto quedaría descartada, por ejemplo, la posibilidad de realizar una transferencia de un automotor mediante algún formulario administrativo con firmas certificadas.

En cuanto a la aceptación, tampoco vemos diferencias con respecto a la forma ya que el artículo 1545 (CCyC) hace una remisión a la regla general del artículo 1552 (CCyC).

---

<sup>27</sup> LORENZETTI, *Tratado de los Contratos*, Tomo 3, op.cit., p. 598 y ZAVALÍA, *Teoría de los Contratos*, Tomo 1, op.cit., p. 392

<sup>28</sup> BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, Tomo 2, op.cit., p. 277

### **Momento en el cual debe realizarse la aceptación de la donación en el Código Civil veleciano y el Código Civil y Comercial Unificado**

El Código Civil de Vélez establece como regla general para todo contrato, que la caducidad de la oferta se producirá si una de las partes falleciere, o perdiere su capacidad para contratar: el proponente, antes de haber sabido la aceptación y el aceptante antes de haberlo hecho (art. 1149).

En el caso de donaciones, debemos distinguir los efectos de la oferta en el caso de fallecimiento del donante o donatario.

Cuando el donatario fallece antes de aceptar la donación, la oferta queda sin efecto siguiendo la regla del art. 1149. Así, el art. 1796 aclara que *"Si muere el donatario antes de aceptar la donación, queda ésta sin efecto, y sus herederos nada podrán pedir al donante"*.

En cambio, la regla general se ve desvirtuada, cuando el que fallece antes es el donante:

Si el donante muere antes que el donatario haya aceptado la donación, puede éste, sin embargo, aceptarla, y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa dada (Art. 1795).

El mismo criterio se conserva en las ofertas de donaciones hechas a favor de fundaciones; ello se verifica en el artículo 5 de la ley 19.836 al establecerse que:

Las promesas de donación hechas por los fundadores en el acto constitutivo serán irrevocables a partir de la resolución de la autoridad administrativa de control que autorice a la entidad para funcionar como persona jurídica. Si el fundador falleciere después de firmar el acto constitutivo, las promesas de donación no podrán ser revocadas por sus herederos a partir de la presentación a la autoridad administrativa de control solicitando la autorización para funcionar como persona jurídica.

En el reciente ordenamiento jurídico civil y comercial, la aceptación debe producirse en vida del donante y del donatario (art. 1545 CCyC), por lo que si bien continúa con la propuesta del artículo 1796 CCVS, modifica el criterio establecido por el 1795 CCVS.

Este criterio implica un retorno a la regla general del consentimiento para la formación del contrato del artículo 976 del CCyC:

La oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación...

Si bien existe la excepción para el caso de oferta firme y con término de vigencia (art. 914, 5º párrafo<sup>29</sup> CCyC), entendemos que no es aplicable a la donación, por aplicación del principio de especialidad al no encontrarse dentro del capítulo destinado a este contrato.

---

<sup>29</sup> Artículo 974: "... El oferente, y en su caso sus herederos, están obligados a mantener la oferta durante el tiempo de su vigencia, a menos que, siendo revocable, la retracten."

## Fuentes de la aceptación de la oferta de donación.

Para llegar a establecer si la modificación tomada por el Código Civil y Comercial es acertada, previamente es necesario hacer un análisis de las fuentes de cada una de las posturas desarrolladas en tal sentido, de esta manera comprenderemos su naturaleza jurídica.

Intentaremos a continuación, hacer alusión a las opiniones doctrinarias citadas por aquellos juristas que han tomado la iniciativa de escribir o modificar el articulado con respecto a la postura acerca de la aceptación en caso de fallecimiento del donante.

Empezaremos con la fuente del Código Civil de Vélez. De manera curiosa podemos vislumbrar que su fuente es Demolombe, el cual parecería aseverar justamente lo contrario a lo que estipula el artículo 1795.

Al respecto, el jurista francés citado sostiene que el principio rector indica que la aceptación del donatario debe hacerse en vida del donante:

En ce qui concerne l'époque à laquelle la donation doit être acceptée, le principe est que l'acceptation doit être faite du vivant du donateur.<sup>30</sup>

Agrega que lo importante es el concurso de voluntades, no la simultaneidad de las mismas, nada se opone a que la aceptación del donatario se haga posteriormente a la oferta del donante.

La oferta del donante presupone una duración más o menos prolongada en el tiempo **siempre que no esté revocada por su voluntad o anulada por incapacidad o muerte**. En otras palabras, la muerte del donante -antes de aceptar el donatario- torna imposible la concurrencia de voluntades necesaria para formar el contrato.

...la donation est un contrat qui ne peut se former que par le concours des volontés du donateur et du donataire, et que la mort du donateur, avant l'acceptation du donataire, a rendu ce concours impossible!... En effet, l'offre du donateur, une fois faite régulièrement, est présumée durer, tant qu'elle n'a pas été révoquée par sa volonté ou détruite par son incapacité ou par sa mort...<sup>31</sup>

Recordemos que la teoría postulada por este autor es aquella que se refiere a la declaración, por ende la aceptación tendrá lugar al momento de su exteriorización. Sin embargo, esa exteriorización debe producirse antes del acto del fallecimiento del donante, sin necesidad de notificación previa.

Continuando con la nota al artículo 1795, Vélez manifiesta:

En algunos códigos y por muchos escritores, se dice que mientras la aceptación del donatario no se hubiese notificado al donante, éste puede revocar la donación. Nosotros creemos

---

<sup>30</sup> DEMOLOMBE, “*Course de Code Napoléon*”. Ed. A. Lahure Éditeur Paris – Francia. Digitalización University of Toronto – Canadá. Tº 20 Nº 127

<sup>31</sup> DEMOLOMBE, C., “*Course de Code Napoléon*”. op.cit, Tº 20 Nº 127

que el contrato está perfecto desde que la donación esté aceptada, aunque lo ignore el donante, como lo establecimos respecto a los contratos en general, en el art. 1154.

Con esta explicación no se alcanza a entender el motivo por el cual se llega a la redacción de este artículo, peor aún, complica la interpretación del propio art. 1154 habida cuenta que si para Vélez lo importante es el momento de la aceptación sin importar la notificación al donante, ¿por qué entonces el art. 1154 menciona que la perfección del contrato se da mediante la expedición de la aceptación al proponente? Esto genera más dudas terminológicas acerca de cuándo se considera aceptada una propuesta y cuándo se considera notificada la misma.

El Código Civil y Comercial no explica en sus fundamentos la razón de la modificación de la postura veleziana pero se estipula que en líneas generales se sigue como fuente al Proyecto de 1998. Tal es así que el artículo 1424 de ese cuerpo normativo, está escrito de manera casi idéntica al art. 1545 del CCyC.

Art. 1524 Aceptación. La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones... Debe producirse en vida del donante y del donatario

Dentro de los fundamentos del Proyecto de 1998, se avizora que la razón de esta modificación es la adaptación del contrato de donación a las reglas generales para todo contrato:

La aceptación de la donación debe hacerse en vida del donante, con lo cual se modifica el derecho vigente, adaptándolo a las reglas generales en materia de aceptación de la oferta. Se prohíben de manera absoluta las donaciones para tener efectos después de la muerte del donante; esta regla fue propiciada por el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993.

Vemos que las fuentes de ambos textos normativos no aclaran de manera suficiente la razón por la cual en el CCyC la aceptación de la donación establecía una excepción a las reglas generales. No obstante, la doctrina se ha ocupado de este tema; en particular, quien preside la actual comisión de reforma del Código Civil ha expresado:

La razón de esta decisión de política legislativa [acerca del art. 1795 CCyC] es que se aproxima la oferta de donación al testamento, puesto que se entiende que quien en vida quiso donar también quiso legar, pero sigue siendo oferta, ya que no se le exigen las formas de los testamentos.<sup>32</sup>

Resulta de utilidad destacar que, en opinión del jurista citado, no cabe la misma excepción para el caso de incapacidad, debido a que la norma sólo menciona a la muerte como causal. Con esto acepta la postura de la Cámara Nac. Civ sala A en "Casals de Álvarez, Myriam del c. y otros c/ Monjes, Victoria A." ED 86-423 20/09/1979.

<sup>32</sup> LORENZETTI, *Tratado de los Contratos*, Tomo III, op.cit., p. 599

Esta postura es también seguida por Zavalía<sup>33</sup>, quien opina que en este supuesto existe una conversión, interpretando que quien quiso donar en vida, quiso también legar.

Ahora bien, la mentada aproximación no es absoluta, puesto que la oferta continuará siendo oferta sujeta a un régimen especial, en la cual surgirán por ende consecuencias especiales:

1. Innecesaridad de que la oferta sea realizada bajo la formalidad de los testamentos.
2. El tiempo para aceptar es regulado por las reglas generales, de allí que una oferta que no caduca por muerte del donante, puede haber ya caducado antes por transcurso del tiempo útil, o caducar después por igual causa.
3. El fallecimiento del donante no hace caducar su oferta a condición de que se produzca después de que fue remitida (doctrina de la expedición). Esto resulta obvio, por cuanto si no se ha remitido la oferta no hay manera de que pueda posteriormente aceptarse.

Segovia, Machado y Salvat, se encuentran a favor de esta doctrina por su carácter práctico y por la máxima que reza: “*quien en vida quiso donar, a fortiori quiso legar*”<sup>34</sup>

Belluscio<sup>35</sup> en cambio, ha criticado la excepción atento a que no existe prácticamente antecedente en el derecho comparado, siendo una “disposición anómala” que se aparta de la regla en materia de contratos (artículo 1149 CCVS). Aclara que de concebirse esta especie de simbiosis entre oferta de donación y legado, estaríamos hablando de “una especie de contrato post mortem, ya que queda perfeccionado después de la muerte de una de las partes contratantes.”

Por otro lado, Cerávolo<sup>36</sup> opina acerca de la reforma que ha realizado el CCyC sobre este artículo:

Lo cierto es que la modificación puede generar, más allá del cambio para el futuro, un importante problema con relación a las ofertas ya efectuadas.

La aplicación inmediata de la ley, a partir del día de su vigencia hará caducar de pleno derecho las ofertas de donantes que hubiesen fallecido, en tanto no hayan sido aceptadas por el donatario; no parece que en la materia pueda alegarse un derecho adquirido respecto de una oferta de donación no aceptada.

---

<sup>33</sup> ZAVALIA, *Teoría de los Contratos*, Tomo II, op.cit., p. 549

<sup>34</sup> CERÁVOLO, Ángel Francisco, *Algunas Cuestiones del Proyecto de Unificación en Materia de Donaciones*. Seminarios Laureano A. Moreira. 2012-noviembre-LXIV

<sup>35</sup> BELLUSCIO, Augusto C., con la colaboración de Carlos A. R. Lagomarsino, *Código Civil Comentado Anotado y Concordado*, Tomo 9, Comentario art. 1795, Astrea, Buenos Aires, 2007.

<sup>36</sup> CERÁVOLO, *Algunas Cuestiones del Proyecto de Unificación en Materia de Donaciones*, op.cit.



Es importante destacar que el Consejo Federal del Notariado, sugirió la modificación de la norma proyectaría, teniendo en cuenta su practicidad y costumbre de utilizar la figura<sup>37</sup>.

## Conclusiones generales

El presente trabajo tenía por objetivo hacer una breve síntesis crítica entre los diferentes articulados del Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial Unificado sobre el tema de la oferta de donación que tanto ha sido discutido en doctrina nacional.

Hemos visto para entrar en tema, los lineamientos generales sobre la materia contractual acerca del momento en que se considera perfeccionado un contrato, así como también aquellas pautas que permiten o no aceptar una oferta luego de fallecido el proponente.

Luego, nos abocamos a analizar y comparar la fuente del artículo 1795 del Código Civil velleciano, tal es la cita que hemos transcripto de Demolombe, quien ofrece una visión totalmente contraria a la que adopta el codificador.

Asimismo, hemos podido vislumbrar que Demolombe analiza el artículo 932 del Código Civil Francés, vigente dicha norma al día de hoy, la cual expresa:

La donation entre - vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès.

L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié.<sup>38</sup>

El texto en español dice:

La donación entre vivos no obligará al donante y sólo producirá efecto desde el día en que haya sido aceptada de forma expresa.

La aceptación podrá efectuarse en vida del donante en una escritura pública posterior cuya minuta se conservará; pero entonces la donación sólo tendrá efecto, con respecto al donante, desde el día en que se le notifique la escritura en que conste la aceptación.<sup>39</sup>

El segundo párrafo del artículo utiliza el verbo “podrá” en vez de “deberá”, lo cual parece que es la interpretación que ha seguido Vélez al establecer la posibilidad de aceptación *post-mortem*.

---

<sup>37</sup>CERÁVOLO, *Algunas Cuestiones del Proyecto de Unificación en Materia de Donaciones*, op.cit.

<sup>38</sup> CODE CIVIL des FRANÇAIS. *Édition Originale et Seule Officielle*. À Paris, De L'Imprimerie de la République. 1804. Artículo 932

<sup>39</sup> CÓDIGO CIVIL FRANCÉS. Traducido al español por Legifrance.gouv.fr “*Le service public de la diffusion du droit*”.

Hipervínculo: <http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance>

Desde el punto de vista doctrinario francés, hemos observado que no hay fuente doctrinaria en la que se haya basado Vélez para llegar a la conclusión de su artículo 1795, atento a que Demolombe al interpretar el art. 932 del Código Civil Francés, entiende que es imposible que la aceptación se dé una vez fallecido el donante.

Tampoco existe evidencia alguna que demuestre que su opinión ha sido modificada por las conocidas reimpresiones y leyes de fe de erratas.

En efecto, la ley 527 sancionada el 7 de agosto de 1872 no contiene en su planilla errores con relación a este artículo, tampoco sus reimpresiones o su edición de Nueva York<sup>40</sup>.

A pesar de lo expuesto, adelantándonos un poco a las conclusiones finales, creemos acertado considerar que no existió controversia en nuestra jurisprudencia acerca de la aceptación de la donación *post-mortem* del proponente. Incluso hemos comprobado cómo la doctrina ha logrado establecer una interpretación armónica y coherente, fundamentando la naturaleza jurídica acerca de la oferta de donación una vez fallecido el donante.

Con respecto a la practicidad de esta norma, notamos cómo es usada frecuentemente en ciertas escribanías con el objeto de permitirle al donante proyectar para sus herederos forzosos evitando un camino judicial que algunas veces suele ser tortuoso.

En cuanto al Código Civil y Comercial, podemos decir que se ajusta más a las fuentes utilizadas por Vélez e incluso, se basa en otros proyectos anteriores. Todo conforma un retorno a los principios generales en materia contractual.

Quizás sea criticable el hecho de que no se haya previsto una disposición transitoria que tenga en miras facilitar una solución acerca de aquéllas ofertas de donaciones aún no aceptadas, aunque no nos parece estrictamente necesario. Creemos que de colocar disposiciones transitorias a cada uno de los distintos supuestos que pudieran suscitar obtendríamos un nuevo código civil transitorio tan extenso como el dispositivo.

Es más, si nos atenemos a las reglas generales de los contratos y analizamos el artículo 974 del CCyC podremos apreciar que la vigencia de la oferta sin plazo fijado perdurará hasta “el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta”. Dicha razonabilidad ha de quedar establecida frente a cada situación en particular, que deberá ponderar el juez, conforme los lineamientos del propio art. 1545 del CCyC.

Todo lo antedicho se justifica desde un plano técnico-jurídico liso y llano. Se puede argumentar que es la correcta interpretación de las fuentes que ha utilizado Vélez y que quizás él mismo ha querido plasmar. Pero consideramos, que el tecnicismo no debe opacar de ninguna manera la realidad social de nuestras instituciones judiciales cada vez más abarrotadas de expedientes.

Está claro que estas modificaciones llevan a la idea de evitar la creciente tendencia que existe por parte de la sociedad a eludir el sistema judicial. Probablemente tanto abogados como escribanos, jueces y legisladores

---

<sup>40</sup> CABRAL TEXO, Jorge, *Historia del Código Civil Argentino*, Ed.: Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920, p. 276

deberíamos abocarnos a comprender la razón de este comportamiento, actuando en consecuencia, y no coaccionando normativamente a un pueblo para que ingrese a un sistema envilecido.