

# Artículos 45 y 46 del nuevo Código. Donaciones y propuesta de futuras reformas

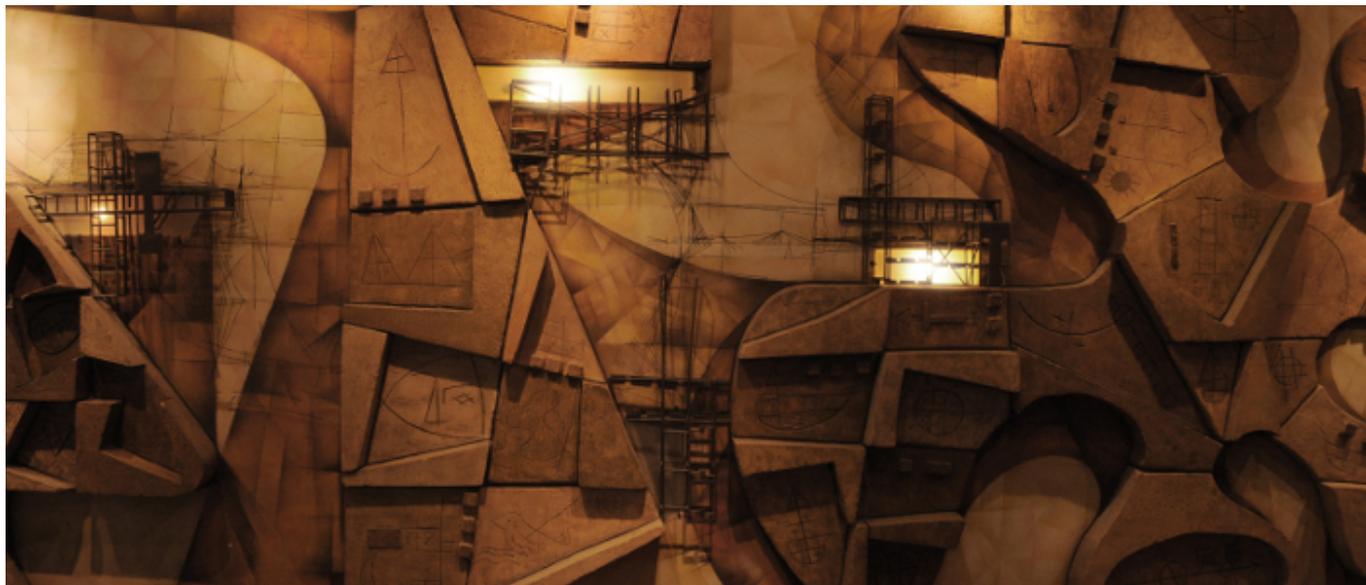


Imagen: [Corbin Keech](#), CC

Álvaro Gutiérrez Zaldívar [\\*](#)

**Resumen:** El Código Civil y Comercial tiene una manifiesta aversión respecto de las donaciones y los actos a título gratuito, de tal manera que en algún artículo se los equipara en sus consecuencias con los actos de mala fe. Los artículos 45 y 46 deberían ser reformados en cuanto a las donaciones. Se presentan propuestas de redacción.

## 1. Introducción

Sin entrar a hacer un artículo de fondo, como hicimos con respecto a la capacidad de la persona humana antes de que el Código Civil y Comercial entrara en vigencia, [1](#) el presente incluye una propuesta de cambios sobre artículos que hablan de donaciones, mencionados en aquel trabajo. [2](#)

Creemos que es una situación a resaltar la manifiesta voluntad explicitada en el nuevo Código de dificultar o, en definitiva, de impedir la realización de donaciones, de acuerdo con lo que surge de algunos artículos que tratan la temática de manera directa o indirecta. En este sentido, queremos puntualizar algunos aspectos para que sean tenidos en cuenta si se hace una reforma del Código en el futuro.

## 2. Los artículos 45 y 46 en relación con los actos a título

## gratuito

El artículo 39 del [Código Civil y Comercial](#) (CCCN) exige la inscripción de la sentencia de falta de capacidad o de la existencia de una capacidad restringida en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Este registro no se halla en condiciones de inscribir y publicitar los miles de actos respecto de los cuales debería diariamente intervenir –suponemos– por medio de certificados. No obstante, este no es el punto que trataremos, tampoco la sanción establecida en el artículo 44. Nos referiremos exclusivamente a las disposiciones de los artículos 45 y 46 y algún otro vinculado.

Artículo 45 CCCN:

Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito.

Como señala Brandi Taiana, los actos anteriores a la inscripción de la sentencia son todos aquellos otorgados por cualquier persona en cualquier momento de su vida hasta que se la declara incapaz o se restringe su capacidad, se dicte sentencia y se la inscriba. [3](#)

Es cierto que hay quienes consideran que de la redacción del artículo surge que es requisito para su operatividad que exista una sentencia y, por tanto, aplicaría a los actos que se otorguen entre esta y su inscripción. En todo caso, es imprescindible una aclaración en este sentido. Por otra parte, coincidimos en los requisitos establecidos en los puntos a) y b), pero se debería eliminar la causal c), que refiere a que el acto sea a título gratuito, ya que no existe ninguna razón para equiparar los actos a título gratuito con los de mala fe.

Veamos casos. Una persona, gozando de plena capacidad, dona un inmueble a su hijo. Un tiempo después –quizás, años después– pierde su capacidad plena y así lo declara una sentencia. Nos parece un error permitir que tal acto sea pasible de ser declarado nulo por el solo hecho de tratarse de un acto a título gratuito. No resuelve nuestra preocupación que nos respondan a esta observación con plazos de prescripción. O: ¿Qué pasa si una persona, siendo plenamente capaz, ha sido informada por sus médicos sobre que la enfermedad que tiene, con los años, restringirá su capacidad? Como confía en sus hijos, decide hacer con ellos un contrato de renta vitalicia onerosa (art. 1599 CCCN) [4](#). Pese a eso, los artículos 45, 1600 [5](#) y 2461 del CCCN fulminan el contrato, ya que se “presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto” (art. 2461). (Incluye el contrato oneroso de renta vitalicia, la reserva del usufructo y el uso y habitación).

En toda la redacción del Código surge la existencia de una antipatía contra las donaciones, que claramente no es jurídica, cuando lo que se tendría que hacer es ponderar la situación en cada caso. Evidentemente, las decisiones de donar o de celebrar un contrato de renta vitalicia, respectivamente, eran las correctas en los casos presentados. Sin embargo, el acto podría ser declarado nulo y con ello se introduce un nuevo escenario de inseguridad jurídica que afecta a la sociedad en su conjunto.

Tampoco nos gusta la frase “presume sin admitir prueba en contrario”. Existe una autonomía de la voluntad. Debería haber un respeto por los problemas ajenos, las diferentes circunstancias, y deberían aceptarse pruebas, reconocerse situaciones diversas. Los medios de comunicación han señalado repetidas veces que tenemos una gran cantidad de legisladores que aprobaron leyes

masivamente porque se lo habían ordenado, con poca o ninguna idea de lo que estaban aprobando. Estas disposiciones parecen ser una muestra de ello.

Cuando hace la donación el donante posiblemente era capaz –es lo que se presume, según el artículo 31–, pero el artículo 45 pone en tela de juicio esa capacidad, por ser el acto a título gratuito. Como tenemos en claro que es más fácil criticar el trabajo de otro que hacerlo uno mismo, proponemos una modificación el artículo 45 CCCN:

Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe.

**Quedan a salvo los derechos de los adquirentes de buena fe de toda clase de bienes, sean a título gratuito u oneroso.**

Por su parte, el artículo 46 CCCN presenta una situación más complicada, porque la persona presuntamente incapaz o restringida en su capacidad ha fallecido y la acción al respecto ha sido promovida, pero no hay sentencia.

Artículo 46 CCCN:

Persona fallecida. Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe.

Esto significa que, fallecida una persona, pueden darse diversos supuestos que afecten los actos otorgados por ella antes de su fallecimiento y antes de que existiera sentencia que declarara su incapacidad o restricción a su capacidad:

- a) Que la enfermedad mental resulte del acto.
- b) Que se haya interpuesto una acción antes de su fallecimiento. En este punto debemos enfatizar el supuesto: se trata de la promoción de una acción antes del fallecimiento sin que se exija el dictado de una sentencia previa. El fallecimiento produce efectos en este sentido y permite atacar un acto otorgado con anterioridad.
- c) Que el acto sea a título gratuito.
- d) Que haya existido mala fe y ésta pueda probarse.

Nos parece acertado el último supuesto contemplado por el artículo: la existencia de mala fe. Con respecto a que “la enfermedad resulte del acto mismo”, si bien es una reminiscencia del Código Civil (CCIV), entendemos que debería sustituirse por “que la enfermedad mental fuera ostensible a la época de la celebración del acto”, de acuerdo con lo que los redactores del nuevo Código han plasmado en el artículo 45. Además, el artículo 37 CCCN establece que “la sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso: [...] b) **época en que la situación se manifestó**”. Esto es importante. Lo que nos interesa es el estado de capacidad que tenía la persona en la época en que otorgó el acto. En consecuencia, y por la ya expuesto al analizar el artículo 45, proponemos que se suprima la parte que dice “que el acto sea a título gratuito”.

Hemos escuchado en defensa del artículo 46 que sus disposiciones ya estaban en el Código Civil. Esto no es así. El [Código Civil](#) establecía en su artículo 474 que

Después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad, a no ser que ésta resulte de los mismos actos, **o que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad**. Esta disposición no rige si se demostrare la mala fe de quien contrató con el fallecido.

Claramente, en el Código Civil los actos se deben haber consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad. El Código Civil y Comercial no exige la consumación del acto, sino el fallecimiento tras la interposición de la demanda. Eso implica que la muerte tiene efectos de sentencia en el proceso instado. Es más, rompe la lógica de la previsión legislativa que se sustentaba en que, al existir un proceso de incapacitación interpuesto, de alguna manera podía llegar a presumirse que el acto otorgado después pudiera estar viciado en cuanto a la capacidad de la persona. En el caso previsto en el artículo 46, el acto puede haber sido otorgado antes o después de la interposición de la acción y la relevancia se centra en el fallecimiento posterior a la acción.

Con la presente redacción, puede atacarse el acto que el supuesto incapaz -todavía no hay sentencia- otorgó quizás siendo capaz (p. ej.: transmisión del dominio de un inmueble a un tercero cualquiera a título oneroso) si alguien inicia una acción de incapacidad o de restricción a la capacidad antes de su fallecimiento. Este supuesto también estaría o podría estar alcanzado. Con el nuevo artículo 46, si cualquier legitimado insta previo al fallecimiento el juicio de incapacidad, el negocio jurídico puede llegar a impugnarse.

El sistema del artículo 46 es susceptible de generar las siguientes consideraciones:

- a) Hace depender la validez o invalidez de los actos desde la interposición de la demanda, lo que desequilibra gravemente la posición jurídica de los que contraten con el hoy capaz -¿quizás futuro incapaz?-.  
• b) La interposición de la demanda puede no ser conocida, aunque el otro contratante sea diligente. Esta solución privilegia de modo desmedido el factor protección del incapaz en desmedro de los demás contratantes.

Agravia de más el sistema general del Código anterior al referirse a los vicios de los actos jurídicos, que incluye como uno de los factores a ser considerados la actitud negligente o diligente de la otra parte (arts. 929 y 932 CCIV).

¿Por qué podría impugnarse un contrato celebrado con una persona que era capaz cuando realizó el acto -o que se presumía que lo era, de acuerdo con el artículo 31-, que no fue declarada incapaz en vida, por el solo hecho de que se inició el procedimiento de incapacidad antes de haber fallecido? ¿Debemos pensar que su muerte habilita nuevas posibilidades? ¿Por qué podría impugnarse un acto otorgado a título gratuito por una persona, previamente a la inscripción de su incapacidad o de su capacidad restringida, si la enfermedad mental no era ostensible al momento de otorgar el acto y el otro contratante no era de mala fe? ¿Por qué puede ser declarado nulo el acto porque fue hecho a título gratuito?

Propuesta de artículo 46 CCCN:

Persona fallecida. Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental

**haya sido ostensible a la época de la celebración del acto** o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe. **Quedan a salvo los derechos de los adquirentes de buena fe de toda clase de bienes, sean a título gratuito u oneroso.**

En síntesis: el punto decisivo a la hora de juzgar la validez es el estado en que el luego declarado incapaz o quien ha visto restringida su capacidad estaba al momento en que contrató, siempre que no haya mala fe del otro contratante. Partimos de la base de que si el incapaz o la persona cuya capacidad ha sido restringida exhibe signos ostensibles, perceptibles para un contratante u oficial público diligente, no debe contratarse con él. Lo único que el hecho del fallecimiento del afectado implica es la imposibilidad de su revisión médica para determinar su estado, porque ya ha muerto. Lo esencial para la evaluación jurídica del acto es su capacidad al momento de realizarlo. En relación con lo dicho en los artículos 45 y 46 sobre los actos a título gratuito, habrá que ver cada caso en particular, no fulminarlos todos con una decisión general.

Todo esto que decimos con respecto al acto a título gratuito en los artículos 45 y 46, lo vemos reflejado en el artículo 2461 [CCCN](#):

Transmisión de bienes a legitimarios. Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado. El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación. Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas.

Consideramos que lo establecido en la última parte de este artículo es un avance positivo respecto del sistema anterior.

### 3. Cosas registrables

Con respecto a los efectos respecto de terceros en cosas registrables, hay que tener en cuenta lo establecido por el nuevo Código en el artículo 392. Lo primero que debemos señalar es que este artículo no subsana los inconvenientes que acarrear los artículos 45 y 46, por cuanto únicamente exceptúa de los efectos de nulidad al subadquirente, no al adquirente que es quien nos preocupa en estos últimos:

Efectos respecto de terceros en cosas registrables. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. **Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.**

La sustitución de persona es un delito frecuente en algunos países. En la mayoría de ellos se ha sustituido la seguridad jurídica por la seguridad económica, mediante la contratación de seguros de títulos, que es una seguridad relativa: solo cubre el monto en que se compró aunque el valor del bien sea mucho mayor al momento de presentarse el problema. Tampoco es descabellado pensar que al adquirente le interesa más lo que compró que la posibilidad de que le devuelvan la plata (p. ej.: su madre vive en el mismo edificio u otro motivo particular por el cual tomó la decisión de comprarlo; él quiere ese departamento, no que le entreguen lo que pagó por él hace años).

El Código Civil y Comercial es reciente. Ello significa una ventaja en la medida en que hay muchos profesionales estudiándolo y encontrando formas de mejorarlo.

## Notas

\* Miembro de la Academia Nacional del Notariado y director de la Revista del Notariado.

1. Realizado para la Academia Nacional del Notariado (inédito).

2. Aquel trabajo originario aspiraba a lograr una reforma del Código sobre los arts. 39 y 44, hasta que comprendimos -luego de un pedido en la Cámara de Diputados sobre el cambio de dos artículos sobre donaciones- que el Poder Ejecutivo, que controló de hecho las Cámaras hasta el 10 de diciembre de 2015, no lo permitiría.

3. Brandi Taiana, Maritel M., "[¿Protección? de las personas con discapacidad y de la legítima en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación](#)", en *Revista del Notariado*, n° 914, 2013, pp. 121-139.

4. Art. 1599 [CCCN](#): "Concepto. Contrato oneroso de renta vitalicia es aquel por el cual alguien, a cambio de un capital o de otra prestación mensurable en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otro, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato".

5. Art. 1600 [CCCN](#): "Reglas subsidiarias. Si el contrato es a favor de tercero, respecto de éste se rige en subsidio por las reglas de la donación, excepto que la prestación se haya convenido en razón de otro negocio oneroso".