

## DONACIÓN: DEL CÓNYUGE A FAVOR DE LA HIJA DEL OTRO CÓNYUGE: NULIDAD ABSOLUTA; INTERÉS EN LA DECLARACIÓN\*

### DOCTRINA:

- 1) *Corresponde declarar la nulidad de la donación de un inmueble que, por escritura pública, efectuaran los cónyuges propietarios de éste a la hija extramatrimonial de uno de los donantes.*
- 2) *Aparece justificado el interés en la declaración de nulidad de la donación incoada por la donataria, el escribano interviniente y la codonante del inmueble que –juntamente con su cónyuge fallecido– efectuara a favor de su hija extramatrimonial, pues es la única vía para que el dominio revierta en cabeza del causante y de la codisponente, evitando de ese modo que la donataria cuente con un título objetable. Recuperado el poder de disposición, las*
- 3) *partes quedarán en libertad para concretar la nueva donación que expresaron tener el propósito de efectuar, con sujeción a la forma legal impuesta para que la donataria obtenga un título perfecto, carente de vicios.*
- 3) *La prohibición contenida en el art. 1807 del Cód. Civil se funda en que la ley presume que el donatario designado es un prestatario y que la liberalidad está, en realidad, dirigida al cónyuge. Por otra parte, dicha regla traduce un supuesto de incapacidad de derecho, la cual compromete el orden público, debiendo declararse nula, de nulidad absoluta, la donación efectuada en contravención a la norma citada, pudiendo ser pedida incluso por el*

(\*) Publicado en *El Derecho* del 31/8/99, fallo 49.476.

*Ministerio Público Fiscal en el interés moral y de la ley (del dictamen del Fiscal ante la Cámara).*  
M. M. F. L.

Cámara Nacional Civil, Sala A, noviembre 23 de 1998. Autos: “K., A. y K., M. V. y otro s/homologación de acuerdo”.

Dictamen del Fiscal ante la Cámara. – I. Vienen estos autos a conocimiento de V. E., con motivo del recurso de apelación interpuesto por las interesadas (fs. 27) contra la resolución del Sr. Juez *a quo*, por la que rechazó el pedido de homologación de convenio solicitado por aquéllas (fs. 25/26).

II. A fs. 21 vta./22, ap. III, las presentantes requirieron se declarase la nulidad de la donación que corre agregada a fs. 8/10.

Según surge de dicho documento, la Sra. A. K., juntamente con su esposo, el Sr. A. D., donaron un inmueble a la hija de aquélla, M. V. K.

III. Ahora bien, el art. 1807 del Cód. Civil prevé que no puede hacer donaciones uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio (inc. 1º).

Dicha prohibición se funda en que la ley presume que el donatario designado es un prestanombre y que la liberalidad está, en realidad, dirigida al cónyuge (Borda, *Tratado – Contratos*, Perrot, 3ª ed., Bs. As., 1974, t. II, pág. 343, N° 1517).

Por otra parte, dicha regla traduce un supuesto de incapacidad de derecho, la cual compromete el orden público, debiendo declarársela nula, de nulidad absoluta (art. 1043, Cód. Civil), pudiendo ser pedida dicha nulidad por el Ministerio Público Fiscal en el interés de la moral y de la ley (Llambías, *Código Civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1979, t. II-B, pág. 228, coment. art. 1047).

Por lo expuesto, y tal como lo prevé el art. 1047 del Cód. Civil, V. E. debe declarar la nulidad del contrato de donación que favoreciera a la Sra. M. V. K., por lo que soy de opinión que V. E. debe revocar la resolución de fs. 25/26. Noviembre 17 de 1998. – *Carlos R. Sanz*.

Buenos Aires, noviembre 23 de 1998. – Y *Vistos*: Y *Considerando*: El 10 de septiembre de 1992, los cónyuges A. D. y A. K. donaron el inmueble de Avda. Boedo..., piso..., unidad funcional N°..., a M. V. K., ésta última hija extramatrimonial de uno de los donantes (ver testimonio de escritura de fs. 13 bis/14 de la documentación reservada). Fallecido A. D. el 27 de abril de 1994 (ver partida de defunción de fs. 2 del expte. caratulado “D., A. s/sucesión *ab intestato*” venido *ad effectum videndi*), fue declarada única heredera su esposa A. K. (ver declaratoria de fs. 36 del sucesorio citado).

En presentación conjunta A. K., M. V. K. y el escribano G. J. M., interviniente en dicho instrumento, solicitan se deje sin efecto la donación, por haberse transgredido la prohibición del art. 1807, inc. 1º del Cód. Civil. La resolución en recurso desestima la petición, por entender que ésta encubre una promesa de donación que sólo puede hacerse mediante escritura pública, como forma impuesta bajo pena de nulidad (art. 1810, inc. 1º, Cód. cit., redacción según ley 17711 [ED, 21-961]).

Sin embargo, no es ésa la interpretación que cabe otorgar a la pretensión

deducida. En efecto, la promesa de donación está contenida en el instrumento mediante el cual las interesadas facultaron a sus abogados para efectuar este planteo (fs. 5/6 del presente), como explicación del propósito que guía a las partes para obtener que el dominio retorne a nombre del causante, y de su ahora declarada única heredera, y así posibilitar que posteriormente ésta última done a su hija el mencionado inmueble mediante un acto inobjetable. De concretarse esta finalidad, desde luego que esa futura donación deberá instrumentarse en escritura pública.

Lo que aquí se persigue, bajo el aspecto exterior de una petición de homologación del acuerdo, en realidad comporta un pedido de declaración de nulidad de la donación efectuada el 10 de septiembre de 1992 (testimonio de escritura pública de fs. 13 bis/14 de la documentación reservada); invalidez que las partes A. D. y A. K., ahora unificada en la heredera, y M. V. K. no pueden pronunciar por sí y ante sí –ni siquiera por escritura pública–, por ser de incumbencia del órgano jurisdiccional.

En puridad, se trata de una demanda y contestación conjuntas (art. 336, Cód. Procesal), que incluyen un allanamiento absoluto, total e incondicionado, o sea, el sometimiento de la parte demandada a la pretensión de la demandante. Empero, este emplazamiento no impide al Tribunal examinar la causa de la nulidad, por los motivos de orden público que informan la prohibición establecida en la norma fundante.

En tal sentido, la prueba de la causal surge de la partida de matrimonio, glosada a fs. 3 del ya citado juicio sucesorio, y de la referencia efectuada en el propio título cuestionado en torno a la filiación de la donataria, quedando de tal forma de manifiesto la incapacidad de derecho de la parte donante.

Por lo demás, se hace presente que el notario interviniente en el acto presta conformidad con la petición de las partes y que éstas han renunciado a cualquier reclamo contra el profesional que cumplió función fedante.

Finalmente, aparece justificado el interés en la declaración de nulidad que se persigue, ya que es la única vía con que cuentan las interesadas para que el dominio revierta a cabeza del causante y de la codisponente; de lo contrario, la donataria conservaría un título objetable. Recuperado el poder de disposición, las partes quedarán en libertad para concertar la nueva donación que expresan tienen el propósito de efectuar, con sujeción a la forma legal impuesta, para que así M. V. K. obtenga un título perfecto, carente de vicios.

Por lo precedentemente expuesto, lo que disponen los arts. 1040, 1043, 1044 en la parte pertinente, 1047, 1050 y cctes. del Cód. Civil, y de conformidad con lo dictaminado a fs. 39 por el Sr. Fiscal de Cámara, se resuelve: Revocar la resolución de fs. 25/26. En consecuencia, se decreta la nulidad de la donación efectuada el 10 de septiembre de 1992 por A. D. y A. K. de D. a favor de M. V. K., instrumentada en la escritura pública número doscientos ochenta, pasada al folio 766 del Registro Notarial N° 1049 de esta Ciudad, referida al inmueble de la Avda. Boedo..., unidad funcional número... del piso... Costas por su orden en atención a la conformidad de partes en la petición conjunta. Notifíquese al Sr. Fiscal de Cámara y, oportunamente, devuélvase, haciéndose

saber que en primera instancia deberá notificarse conjuntamente la recepción de las actuaciones y el presente pronunciamiento. – *Jorge Escuti Pizarro*. – *Ana María Luaces*. – *Hugo Molteni*.

## NOTA A FALLO

Por **Pedro Di Lella**

En el fallo en comentario la Cámara revoca la decisión del Inferior, y resulta llamativo poder afirmar que, en rigor de verdad, ambas decisiones se ajustan a la normativa vigente.

Veamos el caso. Marido y mujer donan un inmueble a favor de la hija de la segunda. Al fallecer el marido, y advertidas del vicio del título ya que se había violado la prohibición del art. 1807 inc. 1<sup>o</sup>, presentan para su homologación un convenio en el que facultan a sus abogados a peticionar la nulidad de la donación y a través del cual la madre se obliga a donar nuevamente el inmueble a la hija.

Irreprochablemente, el Sr. Juez de la anterior instancia dice que el acto encubre una promesa de donación que sólo puede otorgarse por escritura pública y que, por tanto, si homologara el convenio éste adquiriría efectos de sentencia judicial, debiendo cumplir la promitente con un acto cuyo recaudo es *ad solemnitatem*<sup>2</sup>, por lo que el acuerdo violaría una de las formas impuestas imperativamente por la ley.

La Cámara decide calar más hondo que el Magistrado de primera instancia y, desde otro ángulo, llega a una solución diferente y sin duda más justa, pero cuidando de no apartarse de su coincidente interpretación de la normativa legal.

La nulidad del título frente a la prohibición del art. 1807<sup>3</sup> parece clara<sup>4</sup>, las

(1) Esta prohibición reconoce un llamativo antecedente en el fallo de la CCiv. 2<sup>a</sup> del 26/6/35, en el que se sostuvo que la prohibición no alcanzaba al hijo adulterino (*JA* 50-943), lo que era lógica consecuencia de la discriminación a que éste estaba sometido en aquella época.

(2) La cuestión está controvertida, mientras que algunos fallos lo sostuvieron así (CCiv. 2<sup>a</sup> 11/5/31, *JA* 35-950; SCBA 3/7/51, *LL* 63-779) otras sentencias discreparon (CCiv. 1<sup>a</sup>, 30/12/44, *JA* 1945-I-638; CCiv., Sala E, 9/5/67, *JA* 1967-V- 299 f. 14.642).

(3) Sin duda, la norma tiene por objeto evitar un contrato prohibido entre cónyuges, así: “Los arts. 1807 inc. 1<sup>o</sup>, 1219 y 1358 del C. Civil, normas calificadas como de orden público, tienden a evitar que uno de los cónyuges pueda utilizar la influencia sobre el otro y de esta manera aprovechar la relación afectiva como medio de enriquecimiento” (C. S., diciembre 10 de 1985, “Murekian de Kaprielian, Noemí Graciela c/Kaprielian, Gregorio). Se trata así, sin duda, de una norma que está directamente enraizada con el régimen patrimonial del matrimonio, y así lo recuerda Eduardo A. Zannoni en *Derecho Civil - Derecho de Familia*, t. I, pág. 638, Ed. Astrea, 3<sup>a</sup> ed., Bs. As., 1998.

(4) Digo que parece ya que debo interpretar que la Cámara, que es lo único que el comentarista puede tener a la vista, sólo por una licencia del lenguaje dice que “marido y mujer” donaron el bien a la hija de ésta última. Es decir que debe suponerse que el marido donó y la cónyuge dio el asentimiento a dicha donación por ser el inmueble ganancial de la masa del marido, o ser propio en las condiciones que la ley requiere para exigir su conformidad con el acto. Si así fue el caso, sin duda la donación del marido a la hija de la mujer cae bajo la previsión del artículo y la donación del bien, no importa si propio o ganancial de su masa, es indudable-

partes estaban de acuerdo en que se decretara; no sólo ellas, sino el escribano que había intervenido en el acto también estaba de acuerdo con la nulidad aunque, a fuer de prudente, su conformidad conllevó la expresa manifestación de que las partes renunciaban a cualquier acción contra él.

En consecuencia, mantener a las partes con un título dominial en tales condiciones no conducía a ningún resultado valioso, la nulidad de aquél surgió sin duda palmaria de los datos filiatorios de la donataria, que debían constar en la escritura y, por lo tanto, todo notario<sup>5</sup> que debiera hacer un acto posterior tomando esa escritura como base advertiría sin demasiado esfuerzo que la donataria era hija de uno de los donantes quien, a su vez, estaba casada con el otro donante.

La nulidad de una escritura pública no puede decretarse sino por decisión judicial, luego las partes siguieron el único camino expedito para obtenerla.

Si la Cámara hubiera discrepado de la opinión de que el recaudo era *ad solemnitatem* podría simplemente haber revocado el fallo, pero al coincidir con tal criterio se veía privada de actuar de ese modo.

Analiza, en consecuencia, el convenio que le presentan y razona de la siguiente manera: en cuanto a la nulidad del título, ésta ha sido impetrada por las dos partes; ello permite concluir que cualquiera fuera la estructura procesal que en apariencia tuviera la petición, podía en virtud del principio *iura curia novit* dar al pedido de las partes de homologación del convenio el efecto que ambas peticionaban. Entiende el sentenciante, en consecuencia, que bajo la apariencia de un pedido de homologación de convenio, en realidad hay una demanda y contestación conjuntas, y que ésta última contiene, además, un allanamiento total e incondicionado<sup>6</sup>.

Resulta relevante a criterio del que escribe que los jueces tengan la previsión de hacer prevalecer el derecho de fondo por sobre el derecho ritual, máxime considerando que en estos últimos tiempos no han sido infrecuentes las

---

mente nula. Distinta parecería ser la solución en el caso si la Cámara realmente tuvo a la vista una donación de ambos cónyuges, ya que si el marido donó “su” cincuenta por ciento y la mujer “su” cincuenta por ciento, no importa si ganancial de su administración o propio, se trata de dos actos jurídicos otorgados en la misma escritura, y el hecho de que dos negocios jurídicos, donación por cada cónyuge de su parte en el condominio, se haga por un solo acto notarial, no parece que permita extender la prohibición legal de uno solo de ellos hasta hacer nulo el otro acto jurídico permitido, como sería en el caso la donación a la propia hija, salvo que la Cámara pueda haber interpretado que ambos actos eran inescindibles por alguna causa que no surge de la sentencia en comentario.

(5) Es decir que ni siquiera el estudio de título, elemento indispensable para la buena fe del adquirente, que le permitiera invocar el art. 1051 del C. Civil, según una mayoritaria aunque no pacífica jurisprudencia (conf. CNCiv., Sala B, 15/3777, LL 1977 C 223), sería necesario para advertir el vicio.

(6) La cuestión dista de ser novedosa; ya en otras oportunidades, cuando la única vía posible era la judicial, los convenios fueron interpretados por los jueces como una demanda y contestación conjuntas: “En puridad se trata de una demanda y contestación conjunta que incluye un allanamiento absoluto, total e incondicionado, o sea el sometimiento de la parte demandada a la pretensión de la demandante, ...ya que es la única vía (la judicial obviamente, agrega el firmante) con que cuentan las interesadas...” (fallo del 23/11/98, “K. A. y K. M. V. y otros s/homologación de convenio”, ED 31/8/99, fallo 49.476).

reformas del derecho sustancial no acompañadas por modificaciones procesales que, obvio resorte de las jurisdicciones provinciales, no podían ser alteradas por el legislador nacional.

Es decir que no importa la forma en que las partes hayan planteado la cuestión, lo que ambas necesitaban era esa declaración de nulidad que se ajustaba a derecho y que permitía dar una solución acorde a la normativa vigente a una situación que, en caso contrario, se mostraba sin salida alguna, que sólo perjudicaba, sin beneficio para nadie, manteniendo el bien fuera del comercio o al menos dificultando enormemente su comercialización.

A renglón seguido, analiza la Cámara la mención realizada por las partes acerca de la voluntad de la madre de donar en el futuro el bien a su hija y afirma que si fuera una promesa de donación no sería exigible, porque debió haberse hecho por escritura pública como requisito *ad solemnitatem*, pero que lo allí expresado por las partes debía interpretarse simplemente como una explicación de los motivos de su conducta y de sus intenciones futuras respecto del destino del inmueble, por tanto –dice– no hay promesa alguna de donación que sea exigible sino que al recuperar el inmueble la donante (única heredera de su marido prefallecido) podrá libremente decidir si procede o no a realizar la donación.

De esta forma, frente a un pedido de homologación de convenio que contenía un acuerdo para pedir la nulidad y hacer una nueva donación, no se concede la homologación, sino que se lo interpreta como un pedido conjunto de nulidad al que se hace lugar y, al mismo tiempo se dice expresamente que no hay obligatoriedad alguna en la manifestación de que se hará una donación futura; de esta forma se concilian todos los intereses.

No me caben dudas de que para así resolver tuvo en cuenta el Tribunal que las presentaciones de las partes estaban exteriorizando el absoluto acuerdo entre madre e hija, así como las excelentes relaciones que entre ellas existían, por lo que lo formal debía ceder frente a lo que en justicia estaban peticionando.

La decisión merece alabanza porque muestra a los jueces en un notable esfuerzo por conjugar las normas legales con el interés de las partes, enderezando la petición de éstas para adecuarlas a la solución que la ley brindaba como posible lo que, ante el cúmulo de causas que pesan sobre los Magistrados de Alzada, debe destacarse.

Otra conclusión es posible obtener del caso, y es que en países como el nuestro donde la ley protege la legítima hereditaria de manera asaz efectiva y donde el régimen imperativo del matrimonio impide varios contratos entre cónyuges y a otros los hace al menos de dudosa permisibilidad, el contrato de donación debe usarse con muchísima precaución.

Hace no mucho tiempo, la Cámara Civil resolvió que la donación realizada a un heredero forzoso es pasible de la acción de reducción<sup>7</sup>, contrariando

(7) “Yebra, Patricia E. c/Gasparini de Roca, María E. y otros s/ acción de reducción”, Bs. As., 12/5/1998, CNCiv., Sala H.

así una copiosa doctrina notarial que de la forma de redacción de un antiguo plenario<sup>8</sup> pretendía hacer una distinción que la ley no contiene.

La advertencia es importante a la hora de merituar las posibles ventajas de realizar un contrato de donación<sup>9</sup>, sea porque éste es menos oneroso, sea porque se piensa que se evita una sucesión futura y así mayores gastos; este fallo nos muestra una vez más con qué prudencia deberá recurrirse a este contrato y cuán prudente deberá ser la parte que quiera recurrir a esta figura contractual tan erizada de dificultades.

## NOTA A FALLO

### LA NULIDAD DE LA DONACIÓN A LA HIJA DE LA CÓNYUGE DEL DONANTE

Por **Rubén Augusto Lamber**

En un fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala A, del 23 de noviembre de 1998, que lleva el número 49.476, se aplica el Art. 1807 inciso 1° del CC declarando la nulidad de una donación, en tanto ésta beneficia a la hija de la cónyuge del donante, quien falleciera, y de quien su esposa resultara única y universal heredera de todos sus bienes.

Hasta allí el fallo es inobjetable, sin perjuicio de algunos planteos procesales, que pasan por la forma de recabar la nulidad, peticionada tanto por la esposa del donante como por la propia donataria y el escribano interviniente.

En primera instancia, mereció el rechazo, por cuanto se entendió que la petición contenía una promesa de donación a la propia donataria, dado que se habría expresado en el acuerdo cuya homologación se solicitara que, una vez decretada la nulidad, la cónyuge, como heredera, transmitiría el bien a la donataria en donación gratuita y, para ello, se requiere la escritura pública (Art. 1810 CC).

En la segunda instancia, la Cámara interpretó que se trataba de una modalidad procesal, en la cual se reunían la demanda y contestación en forma conjunta (Art. 336 Cód. Procesal), “que incluye un allanamiento absoluto, total e incondicionado, o sea el sometimiento de la parte demandada a la pretensión de la demandante. Empero ese emplazamiento no impide al Tribunal examinar la causa de la nulidad, por los motivos de orden público que informa la prohibición establecida en la norma fundante”.

(8) En “Escary v. Pietranera”, JA 5-1, al juzgar una donación realizada a terceros, afirmó la Cámara que cuando la donación se había hecho a quienes no eran legitimarios procedía la reivindicación, sin analizar formalmente, ni mucho menos a fondo, si la acción procedía cuando los donatarios eran a su vez legitimarios, porque obviamente no era lo que estaban juzgando los jueces. Pese a ello, alguna doctrina pretendió extraer de ese fallo una conclusión más amplia, afirmando que, entonces, cuando la donación es hecha a legitimarios no procede la reivindicación, lo que es, a criterio del firmante y conforme fallo citado en nota 6, manifiestamente erróneo.

(9) No es el único contrato conflictivo frente a las normas de la sociedad conyugal y la sucesión; así, por ejemplo, el contrato de fideicomiso presenta también aristas plagadas de dificultades.