

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

***LAS DONACIONES DE LOS PADRES A LOS HIJOS MENORES DE EDAD DEBEN SER ACEPTADAS POR TUTORES AD HOC(\*) (213)***

FRANCISCO FERRARI CERETTI

**SUMARIO**

Introducción. I. Las cosas que se pueden donar. II. Facultad de los padres para donar a sus hijos menores. III. Para perfeccionar la donación se requiere su aceptación. IV. Es indispensable la designación de un tutor ad hoc. V. Opiniones doctrinarias y jurisprudenciales. VI. Caso de excepción al principio. VII. Conclusiones.

**INTRODUCCIÓN**

La presión impositiva que, en la República Argentina parece no tener límite, ha sido la causa de que los padres, como medida de protección al patrimonio de la familia, hagan uso de las figuras jurídicas que las mismas leyes les proporcionan: donación de padres a hijos; partición anticipada por donación de los bienes hereditarios; acogimiento al "Bien de Familia". Nos ocuparemos en este estudio de las donaciones de los padres a los hijos menores de edad.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**I. LAS COSAS QUE SE PUEDEN DONAR**

Las cosas que pueden ser vendidas pueden donarse (art. 1799, Cód. Civil). Pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, aunque sean cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida (art. 1327, Cód. Civil).

Es natural que las cosas ajenas no puedan venderse. Aunque se instrumenten de buena fe, el vendedor cargará con las pérdidas e intereses que se ocasionaren al comprador por la cancelación del contrato, siempre que el último ignore que la cosa es ajena (art. 1329, Cód. Civil).

La venta de cosa ajena está viciada de nulidad relativa, porque queda cubierta por la ratificación que de ella haga el propietario (art. 1330, Cód. Civil).

Todas estas disposiciones, por tanto, son aplicables a la donación de cosas ajenas.

**II. FACULTAD DE LOS PADRES PARA DONAR A SUS HIJOS MENORES**

El Código faculta al padre y la madre, o a ambos juntos, para hacer donaciones a sus hijos menores (art. 1805, Cód. Civil) de cualquier edad que éstos sean.

Como los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad (art. 279, Cód. Civil), aparece evidente la contradicción, respecto de la validez que puedan merecer los contratos de donación que los padres realicen a favor de sus hijos menores.

**III. PARA PERFECCIONAR LA DONACIÓN SE REQUIERE SU ACEPTACIÓN**

Para que la donación tenga efectos legales debe ser aceptada por el donatario, expresa o tácitamente, recibiendo la cosa donada (art. 1792, Cód. Civil).

La aceptación de la donación, aclara el codificador en la nota, no es otra cosa que el consentimiento en el contrato, por parte del donatario, consentimiento que está sometido a las reglas generales de los contratos.

La aceptación del donatario, en cuanto ella constituye su consentimiento no es una condición de forma sino parte esencial de la sustancia misma de la convención.

Como enseña Lafaille, Contratos, t. I, pág. 359, N° 523, el requisito de la aceptación es un corolario del carácter contractual de la donación.

Los padres, sin intervención alguna de los hijos menores, en su nombre pueden realizar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código (art. 274, Cód. Civil).

Por tanto, están facultados para aceptar directamente y sin más requisito, las donaciones que terceros hagan a favor de sus hijos menores.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

La aceptación en la donación tiene una importancia capital, por cuanto, antes de que ella sea aceptada, el donante puede revocarla expresa o tácitamente, vendiendo, hipotecando o dando a otros las cosas donadas (art. 1793, Cód. Civil).

Además, si el donatario muere antes de aceptar la donación, ésta queda sin efecto y los herederos nada podrán reclamar al donante (art. 1796, Cód. Civil).

**IV. ES INDISPENSABLE LA DESIGNACIÓN DE UN TUTOR AD HOC**

Se plantea el interrogante si los padres también pueden aceptar las donaciones que ellos mismos concreten a favor de los hijos sometidos a su patria potestad.

Máxime teniendo en consideración que el art. 299, Cód. Civil, establece: "Los actos de los padres contra las prohibiciones de los dos artículos anteriores (arts. 297 y 298, que les impiden realizar contratos sobre los bienes muebles e inmuebles de propiedad de sus hijos menores) son nulos y no producen efecto alguno legal."

La solución la da el art. 61, Cód. Civil, que dispone: "Cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare."

Al respecto la Cámara Civil 2ª Capital, el 14/6/926 (Machado, I, 676), ha resuelto:

"Mientras no haya un interés encontrado no se debe nombrar un tutor especial, así cuando el padre y el hijo son condóminos en una finca que debe venderse, o intervienen en la división de los bienes por fallecimiento de uno de los padres, no hay en realidad intereses de oposición que impida la tarea de velar por sus hijos; para esas divergencias pequeñas basta el Ministerio de Menores y el juez, cuando los padres pretendieran salir mejorados."

Debe entenderse la palabra oposición como equivalente a pleito, demanda o reclamo del uno contra el otro.

La jurisprudencia ha resuelto retiradamente que para el nombramiento del tutor especial es indispensable que exista oposición de intereses entre padre e hijos, de tal manera que conste de autos o por denuncias formales, o de cualquier otra forma, la efectiva y manifiesta oposición de intereses entre aquéllos (CCiv. 24/2/981, Fallos 33 - 179; 35, 92; 37, 366; 46,155; 47,103; 73, 27; 77, 301; 80, 242; 113,170; 178, 96; Sup. Corte de Buenos Aires, 27/7/876 - Serie 1ª - 3 - 188).

En tales casos es indispensable la designación de un tutor ad hoc porque no se puede revestir la condición de donante y donatario, de Juez y parte.

Dice Busso (t. II, Familia, pág. 279, N° 2), existe una razón de orden general, común a todos los casos de contrato consigo mismo, que sirve de base a las prohibiciones, como la del artículo, cuando el legislador supone que su

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

actividad puede significar un apartamiento del presupuesto de toda representación: actuación del representante en interés del representado.

Pensamos que aun tratándose de contratos, podría aceptarse su validez cuando no existe posibilidad de divergencias de intereses entre partes, como sucede en los actos a título gratuito: donaciones (Busso, págs. 597, N° 18).

Respecto de los actos celebrados entre padres e hijos que no son contratos, si bien no reza para ellos la disposición que comentamos, hay que tener en cuenta que en caso de oposición de intereses se hace necesaria la designación de un tutor especial de acuerdo con lo dispuesto por el art. 61, Cód. Civil (Busso, pág. 597, N° 17).

Es de suma importancia que la aceptación de la donación llene todos los requisitos de la ley, porque de ser ella impugnada, el donante queda facultado para revocarla (art. 1793, Cód. Civil).

#### **V. OPINIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES**

Para Segovia, t. I, pág. 509, art. 1805, cuando el art. 1805 faculta a los padres para donar a sus hijos menores, se les nombrará un curador especial para que los represente como sucede en la partición hereditaria (arts. 3454/55/56, Cód. Civil).

Si bien estas donaciones son irrevocables por el ascendiente, salvo inejecución de las cargas y condiciones impuestas o por causa de ingratitud (art. 3522, Cód. Civil), pueden revocarse por acción de los acreedores del ascendiente, con las solas condiciones requeridas para revocar los actos por título gratuito (art. 3521, Cód. Civil).

Además, para Segovia, t. II, pág. 547, N° 169, al igual que la donación, la partición por donación necesita ser aceptada por los herederos (art. 3516, Cód. Civil).

La aceptación no puede hacerse en otra forma que por escritura pública (arts. 3523 y 1184, bajo pena de nulidad, antes de la ley 17711) Machado, t. 9, pág. 208, sostiene que cuando el padre hiciere la división, entre sus hijos menores, la madre no puede representarlos para aceptar la división, porque está bajo el poder marital y es incapaz.

Es de advertir que, después de La sanción de las leyes 11357, de Derechos Civiles de la Mujer, 17711 y 23264, modificatorias del Código Civil, la incapacidad de la mujer ha desaparecido.

Afirma que, cuando entre los herederos hubiere menores o incapacitados, deberá nombrárseles tutores o curadores ad hoc y deberá intervenir el Ministerio de Menores, para prestar su conformidad.

Es de tener presente que el Código, art. 494, dispone que son nulos todos los actos y contratos en que se interesen las personas o bienes de los menores e incapaces, si en ellos no hubiera intervenido el Ministerio de Menores.

Al respecto la Cámara Civil 2ª el 24/4/46 (J. A. 1946 - III - 325) sentenció:

"La facultad para nombrar un tutor especial con respecto a los bienes de los

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

menores e incapaces, si en ellos no hubiera intervenido desde que a ellos mismos corresponde por derecho su administración y de la que si se desprenden lo hacen con el propósito de beneficiar a sus hijos, como podrían hacerlo en las donaciones que reconocen por origen actos de terceros."

La Cámara de Apelaciones de la Capital (Juris. Civil, t. IX serie 6ª, pág. 90) ha resuelto:

"Para la aceptación de la donación que el padre haga a sus hijos menores debe nombrárseles un tutor especial."

Llerena, t. 9, pág. 419, art. 3516, N° 2, es concluyente:

"Al padre mismo que hace la donación no es posible darle derecho para aceptarla.

"Como este caso no está previsto en la legislación nuestra, pensamos que el juez deberá nombrar un tutor especial con el objeto de aceptar la partición, si le parece aceptable."

La jurisprudencia francesa se ha pronunciado en el mismo sentido.

Prayones, pág. 318, punto 3º) afirma que el ascendiente no puede contratar con su hijo menor, por lo que en este caso corresponde nombrar un tutor especial que represente al menor, asista a la escritura de donación y preste su consentimiento con el acto.

Fornieles, t. 1, pág. 307, N° 267, dice: "Equivaliendo la partición a un contrato, está excluida de poder hacerse directamente por el padre". El art. 297 prohíbe a los padres hacer transacciones con sus hijos menores.

Sería anormal que siendo comuneros el padre y los hijos, uno de ellos repartiera los bienes a su arbitrio, haciéndose juez y parte en su propia adjudicación.

La donación que los padres hacen a sus hijos menores debe asimilarse a la que aquéllos forman para partir los bienes entre sus hijos y descendientes.

El art. 3516, al igual que el 1792, establece que la partición por donación que los padres efectúan a favor de los hijos y descendientes necesita ser aceptada por los herederos.

Si hubiere menores, la mayoría de los autores se inclina por que es necesario designarles un tutor especial al menor o incapaz para que lo represente y acepte en su nombre, si fuere conveniente a sus intereses. (Borda, Sucesiones, I, 719; Maffía, II, N° 660; Prayones, Sucesiones, pág. 318, punto 3º; Busso, Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos, Nros. 67, 68, 69, pág. 89 y Código Civil anotado, t. 2, art. 279, N° 18).

En contra, García Copello, pág. 719, sostiene que si el ascendiente es a la vez representante legal del menor o incapaz, él mismo puede aceptar sin necesidad de tutor especial.

Con prescindencia de esta discrepancia, todos coinciden en cuanto a que sea el tutor especial o el representante legal, el que acepte la donación deberá hacerlo previa autorización judicial, con intervención del Ministro de Menores.

Es decir que, si hay menores o incapaces, quien acepte por ellos en la escritura, lo hará previa autorización judicial (Borda, I. N° 719; García Copello, pág. 719; Prayones pág. 309), siendo improcedente hacerlo por

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

documento privado con autorización judicial, como dice Alberto J. Molinas, "de la división hecha por el padre o la madre, y demás ascendientes entre sus descendientes, La forma exigida por la ley, para estas particiones es por escritura pública" (J. A. 1953 - I - Doctrina III, N° III, pág. 9).

La escritura pública es impuesta para estos casos por el propio Código Civil, arts. 1184, incs. 1° y 2°, 1810 y 3523.

## **VI. CASO DE EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO**

La ley 23264, de 25/12/85, promulgada el 16/10/85 y publicada en el Boletín Oficial el 23/10/85, que modificó entre otras normas legales algunas disposiciones del Código Civil en materia del régimen de la patria potestad, plantea la disyuntiva respecto del tema motivo de este estudio: si el hecho de haber establecido el régimen compartido de su ejercicio por ambos padres ha alterado los principios que hemos expuesto en los capítulos precedentes.

El Código Civil, en el art. 293, atribuía al padre la administración de los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad, aun de aquellos que no tenga el usufructo, con excepción, entre otros casos, a los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando hubieran sido donados o dejados por testamento bajo la condición de que el padre no los administre (art. 294).

La ley 23264 (arts. 264 y 293) atribuye a los padres el ejercicio conjunto y la administración de los bienes de los hijos menores que no se hayan emancipado, pudiendo realizar los actos conservatorios indistintamente por el padre o la madre; presumiéndose que los actos realizados por uno cuentan con el consentimiento del otro (art. 264, 1°).

### **A. EL CASO SOMETIDO A DECISIÓN JUDICIAL**

Negada por el Registro de la Propiedad (documento entrado bajo el N° 33523 el 12/4/85) la inscripción de una escritura de donación (pasada ante el escribano H.M.G., el 27/3/85, al folio 96 del registro a su cargo), en la que la madre donó dos inmuebles a favor de su hija y dos nietos, condicionada a que la aceptación fuera hecha exclusivamente por ella sin intervención del padre y que mientras los donatarios fueran menores, la administración de los bienes donados sería ejercida por ella.

Correspondió a la Cámara Nacional Civil, Sala C, resolver la cuestión, dictando con fecha 13/12/85 la sentencia, que se publicó en El Derecho, el 8/5/86. fallo N° 39361; La Ley, el 5/5/86 y en esta Revista del Notariado, N° 806, pág. 2013, en la que se revocó la resolución del Registro y se dispuso la inscripción definitiva del documento.

Advertimos que la condición impuesta por la donante se ajusta a lo dispuesto por el Código Civil, art. 1802, porque es conveniente, posible y lícita.

La sentencia es clara en demasía:

Las nuevas normas de la ley 23264 son de aplicación inmediata a las

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

consecuencias y situaciones jurídicas existentes (Cód. Civil, art. 3, párrafo 1°).

En el caso de los hijos matrimoniales se presume que los actos realizados por uno de los padres cuentan con el consentimiento del otro (art. 264, 1°), salvo los casos contemplados en el art. 264 quater, que requieren el consentimiento expreso, de ambos, entre ellos: N° 6, para disponer de los bienes inmuebles y derechos muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial.

No es ese el caso cuestionado, porque la aceptación de una donación hecha por la madre de los menores beneficiarios, sin cargo ni prestación cuyo cumplimiento se imponga a estos últimos, no puede equipararse a las exigencias de un acto de disposición, a los fines de aplicar el art. 264 quater del Cód. Civil, pues los bienes ingresan sin contraprestación a cargo de los beneficiarios.

Además, lo que adquiere particular relevancia, la donación ha sido efectuada con la condición de ser aceptada por la madre de los menores únicamente, con total prescindencia de la intervención del padre, por lo que forzar otra interpretación, manteniendo el criterio del Registro, sería perjudicial, porque los menores se verían privados de la donación.

La condición impuesta por la madre para aceptar la donación y conservar la administración de los bienes, resulta eficaz (Borda. Familia, II, N° 910, pág. 231; Busso, II. parte 2ª, pág. 663. art. 297, N° 103, 19585).

La interpretación de los supuestos contemplados en el art. 264, inc. 1° - art. 264 quater - ha de ser restrictiva, porque el régimen general establecido hace presumir que los actos realizados por uno, cuentan con el consentimiento del otro.

La exigencia del consentimiento expreso no puede ser extendida a otras hipótesis (Bossert - Zannoni, Régimen legal de la filiación y la patria potestad, pág. 311).

Todos estos motivos han fundado la decisión de la Cámara para revocar la negación del Registro y ordenar la inscripción definitiva de la escritura.

## **B. CASO ATÍPICO**

Sostenemos que éste es un caso de excepción, lo común es que los padres realicen la donación a los hijos menores, dejando superditada la aceptación de la donación para cuando éstos lleguen a la mayoría de edad.

Es lo normal, sobre todo cuando los hijos son de escasa edad, y es conveniente dejar la puerta abierta para la revocación que posibilita el art. 1793, en previsión de acontecimientos inciertos que ofrece la vida.

En estos casos el Registro debe practicar la anotación provisional, hasta tanto se cumpla la aceptación de la donación por los beneficiarios, en forma expresa o tácita (art. 1792).

La modificación introducida al régimen de la patria potestad, por la ley 23264, sólo afecta las normas sustituidas o anuladas, pero no las restantes del Código.

Esto plantea el interrogante: si la donación sujeta a condición, hace

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

prescindible la normativa de la intervención pupilar, por un lado, y la contratación consigo mismo, que importa el cumplimiento del requisito de aceptación de la donación por la misma donante.

Conservan plena validez:

*El art. 59, Cód. Civil: "A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción, voluntaria o contenciosa... en que se trate de las personas o bienes de ellos (de los incapaces), so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación".*

*El art. 61, Cód. Civil: "Cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare."*

*El art. 274, Cód. Civil: "Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden... a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código."*

*El art. 279, Cód. Civil: "Los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad."*

*El art. 297 - ley 23264 - : "Los padres no pueden, NI AÚN CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL... ni hacer partición privada con sus hijos de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean son ellos coherederos o colegatarios;..."*

*El art. 299, Cód. Civil: "Los actos de los padres contra las prohibiciones de los dos artículos anteriores son nulos y no producen efecto alguno legal."*

*El art. 494, Cód. Civil: "Son nulos todos los actos y contratos en que se interesen las personas o bienes de los menores e incapaces si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio de Menores."*

*Por tanto, la madre podrá hacer normalmente la donación de los bienes a favor de los hijos que se encuentran bajo su patria potestad compartida con el padre, con prescindencia de la intervención de éste - que es la condición impuesta en el caso que analizamos - en cambio, NO PODRÁ CUMPLIR EL REQUISITO DE LA ACEPTACIÓN SIN INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO DE MENORES Y DE LA DESIGNACIÓN DE UN TUTOR ESPECIAL.*

La aceptación de la donación constituye parte esencial de la substancia misma de la convención, constituye su consentimiento, como dice el codificador en la nota del art., 1792, Cód. Civil; es el contrato consigo mismo, que es jurídicamente imposible.

Los actos que se realicen prescindiendo de la intervención del Ministerio de Menores, adolecerán de una nulidad relativa, porque siempre serán susceptibles de confirmación posterior.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**VII. CONCLUSIONES**

Las donaciones efectuadas por los padres a favor de sus hijos menores sobre quienes tienen la patria potestad, deben instrumentarse dentro de estos parámetros:

- 1º) Deben ser otorgadas por escritura pública.
- 2º) Para su validez definitiva, deben ser aceptadas por los beneficiarios.
- 3º) Mientras esto no se cumpla, son susceptibles de revocación.
- 4º) Para cumplir el requisito de la aceptación, es inexcusable la intervención del Ministerio de Menores y la designación de un tutor especial, que concurra a la escritura y acepte la donación en representación de los menores.
- 5º) La condición impuesta para aceptar la donación por la madre con prescindencia del padre, no es viable porque el contrato consigo mismo no es jurídicamente posible - no se puede ser juez y parte - y porque no puede prescindirse de la intervención del Ministerio de Menores y de la consiguiente designación del tutor especial.
- 6º) La nulidad de los actos realizados en tales condiciones es relativa, porque son susceptibles de confirmación posterior.