

**Donación.** Donación de un inmueble. Falta de escritura pública. Artículo 1810 del Código Civil. Audiencia del juicio de divorcio. Donación de los padres en favor de los hijos menores. Aceptación de la donación. Revocación de la donación. Improcedencia \*

**Hechos:**

*En una audiencia del juicio de divorcio, los cónyuges decidieron donar el único inmueble de la sociedad conyugal a sus hijos menores. La madre, en su carácter de representante legal, aceptó la donación. El padre solicitó su revocación en virtud de la mora en la ejecución de la obligación de escriturar. El juez de primera instancia consideró inválida la donación. La Cámara revocó el fallo apelado y desestimó el pedido de revocación.*

*En una audiencia del juicio de divorcio, adjudicar a sus hijos menores el único inmueble integrante de la sociedad conyugal pues, aun cuando la referida donación no haya sido instrumentada en escritura pública como lo exige el art. 1810 del Código Civil, el hecho de que la declaración haya sido efectuada ante el juez del divorcio descarta la irreflexión por parte de los donantes, es decir que los fines de la citada norma se encuentran resguardados.*

- 2) *Debe considerarse aceptada la donación realizada a favor de los hijos menores del donante, si la madre de éstos la aceptó antes de que fuera revocada pues, al tratarse de una donación sin cargo*

**Doctrina:**

- 1) *Resulta válida la donación en virtud de la cual los cónyuges decidieron, en una audiencia del jui-*

\* Publicado en *La Ley* del 13/3/2006, fallo 110.128.

*ni contraprestación, no se aplican las exigencias que el art. 264 quarter prevé para los actos de disposición.*

- 3) *Corresponde rechazar la revocación de la donación solicitada por uno de los donantes en virtud de la mora en la ejecución de la carga impuesta toda vez que, siendo los otorgantes del acto represen-*

*tantes legales de los beneficiarios, dicha carga gravitaba sobre ambos, razón por la cual uno de ellos no puede fundar un derecho en el incumplimiento de una obligación que pesaba también sobre él.*

Cámara Nacional Civil, Sala I, julio 7 de 2005. Autos: “O., D. C. c. S. E., J. I.”

## Nota a fallo

### ¿Donación sin escritura pública? \*

Por **Augusto C. Belluscio**

*El caso resuelto.* Durante el proceso de su divorcio, dos cónyuges acordaron adjudicar en donación a sus hijos menores el único bien que integraba la sociedad conyugal –un inmueble–, reservándose la madre el usufructo vitalicio, y se obligaron “a entregar escrituras y documentación necesaria para su concreción...”. No resulta del fallo si el inmueble era propiedad del marido, o de la mujer, o condominio entre ellos.

Por escrito judicial, la madre aceptó la donación –lo que hace presumir que era un ganancial adquirido por el marido–, a lo que dieron conformidad la defensora de menores y el tutor *ad litem*. Luego, aquél solicitó la revocación de la donación por mora de la donataria “en cuanto a la ejecución de la carga impuesta”, considerando como tal a la obligación de entregar las escrituras y demás documentación necesaria.

*La sentencia de primera instancia.* La sentencia de primera instancia decidió –con correcto criterio jurídico– que no había donación que pudiera ser revocada, ya que el art. 1810 del Cód. Civil establece para las donaciones de cosas inmuebles la forma de escritura pública bajo sanción de nulidad, y que para ellas no rige el art. 1185, que permite considerar que el contrato que no observa esa forma crea la obligación de hacer consistente en otorgar la escritura pública.

*La sentencia de alzada.* La sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, revocó aquel fallo.

Para decidir así, comenzó por preguntarse si, pese a la clara letra del art. 1810, cabía idear una solución que otorgase “validez vinculante” (?) a la “donación realizada sin escritura pública”. Sostuvo que con un criterio puramente exegético sólo podía concluirse en la nulidad de la donación realizada sin la solemnidad requerida por el codificador, pero que esa “visión unidireccional”

\*Publicado en *La Ley* del 13/3/2006.

podía superarse, ampliándola en otras direcciones. Razonó entonces que las normas deben ser interpretadas indagando su verdadero alcance mediante un examen que contemple la racionalidad del precepto armonizándolo con el resto del ordenamiento específico, que el fundamento de la imposición de forma notarial radica en asegurarse la libertad del consentimiento mediante un proceso de asistir a la escribanía, hacer preparar la escritura y luego firmarla, durante el cual el donante puede arrepentirse o reafirmar su propósito, y que la declaración realizada ante el juez del divorcio descartaba la irreflexión, máxime cuando no se había vuelto sobre esa voluntad durante un lapso de siete años. Añadió que al haber sido realizada la donación a favor de menores de edad, eran los padres los habilitados para requerir la instrumentación en la forma legal, y que su desinterés no podía redundar en perjuicio de aquéllos. Y remató el examen afirmando que la interpretación a favor del donante debe quedar superada por la hecha a favor del interés de los menores, parte débil del “negocio jurídico”, atendiendo a que en el mismo acto se convinieron los alimentos y la tenencia de los beneficiarios.

Consideró entonces que la aceptación había quedado perfeccionada con la aceptación. Finalmente, juzgó que no mediaba causa de revocación.

*El alzamiento del tribunal contra el orden jurídico.* La decisión de alzada constituye un claro e inequívoco alzamiento contra el orden jurídico.

En efecto, el art. 1810 consagró, desde su texto originario, el criterio tradicional de exigir escritura pública para la donación de inmuebles, el cual, arrancando del art. 931 del Código Civil francés, fue adoptado por la generalidad de las legislaciones. Lo que se explica porque en actos de este tipo, que implican desprenderse de elementos sustanciales del patrimonio, es preciso defender la libertad del donante, expuesto siempre a engaños y captaciones, y llamar su atención respecto del acto que va a realizar, evitándole de ese modo los perjuicios que pueden resultarle de un impulso irreflexivo y generoso <sup>1</sup>.

Cierto es que, aun cuando el texto originario ya establecía que la forma impuesta debía ser observada “*bajo pena de nulidad*”, parte de la doctrina y de la jurisprudencia discutía el carácter absoluto de la solemnidad impuesta, admitiendo con base en el art. 1185 la obligación de escriturar resultante de la oferta y la aceptación hechas en instrumento privado <sup>2</sup>. Sin embargo, la reforma de 1968 puso fin a la discusión y eliminó toda duda, al añadir el actual penúltimo párrafo del artículo, según el cual “*respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el art. 1185*”.

(1) Salvat-Acuña Anzorena, *Fuentes de las obligaciones*, t. III, N° 1594; Borda, *Contratos*, t. II, n° 1539; CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 14/6/88, *La Ley*, 1988-D, 118; C5ª Civ. y Com. Córdoba, 27/10/93, *LLC*, 1994-107.

(2) Segovia, t. I, nota 50 al art. 1812 de su numeración; Machado, t. V, nota al art. 1810, p. 61; Acuña Anzorena, en Salvat-Acuña Anzorena, *Fuentes de las obligaciones*, t. III, n° 1598, nota 76, y “La naturaleza de los requisitos formales en materia de donaciones”, *JA*, 44-123; Cám. Civ. 1ª, 19/12/41, *La Ley*, 25-667.

En sentido contrario, Llerena, t. VI, art. 1810, n° 2; Borda, *Contratos*, 1ª ed., t. II, n° 1538; Cám. Civ. 2ª, 11/5/31, *JA*, 35-950; SC Buenos Aires, 03/07/51, *La Ley*, 63-799.

Se trata, pues, sin posible hesitación, de una solemnidad absoluta, la cual –contrariamente a la solemnidad relativa, que admite que el acto nulo por haber sido otorgado sin la forma legal se convierta en otro válido que crea la obligación de otorgar la escritura pública– no permite tal conversión. Podrá dudarse acerca de si la donación sin forma notarial es un acto inexistente o viciado de nulidad absoluta, pero acerca de lo que no cabe dudar es de que carece de efectos jurídicos. En efecto, no es nueva la distinción entre actos solemnes de solemnidad absoluta y actos solemnes de solemnidad relativa: los primeros, cuyo caso más típico es el de las donaciones contempladas en el art. 1810 realizadas sin el cumplimiento de la forma, están privados de todo efecto civil; los segundos están privados de sus efectos propios pero se les asignan otros diferentes, es decir que el acto es nulo pero se convierte en otro distinto válido, caso de los enunciados en el art. 1184 conforme al art. 1185<sup>3</sup>.

La dialéctica del tribunal –que parece más propia de una obra literaria o, en todo caso, de un alegato, pero no de un fallo– no es convincente.

En primer lugar, no se trata aquí de descalificar la “perspectiva puramente exegética” o la “visión unidimensional de la materia” invocando una supuesta racionalidad derivada de la interpretación armónica con el resto del ordenamiento jurídico. Por el contrario, lo que correspondía era –como lo hizo la primera instancia– aplicar normas que no dejan lugar a un mínimo asomo de duda. Al no proceder así, el tribunal se ha arrogado el papel de legislador arrasando con uno de los pilares fundamentales de nuestra organización institucional, como lo es la separación de los poderes legislativo y judicial, pues en lugar de atender a la norma que dice que en los casos del art. 1810 no rige el art. 1185, sustituyó la disposición legal vigente por otra que expresaría algo así como que “la forma establecida en este artículo puede ser omitida si se demuestra que no hubo irreflexión de parte del donante”.

Por lo demás, el razonamiento en ese sentido no sirve. No sólo porque no se trata de que el supuesto donante haya reflexionado suficientemente antes de realizar la supuesta donación sino de que nada le impedía la retractación de una promesa que carece de efectos jurídicos como es la promesa de donación<sup>4</sup>. El mantenimiento de la voluntad durante un lapso de siete años es una mera conjetura, pues el silencio tanto puede ser interpretado en ese sentido como en la ausencia de voluntad de hacer la donación. La circunstancia de que en el mismo acto se haya pactado la tenencia de los hijos y la provisión de alimentos por parte del padre es irrelevante, pues en todo caso la falta de concreción de la donación podría haber derivado en un aumento de la cuota alimentaria pactada mas no en crear una donación forzada. Además, no se trataba de que

(3) Elías P. Guastavino, “Elementos esenciales de los contratos”, en *Boletín del Seminario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional del Litoral, Santa F, 1953, p. 163, n° 27, en las ps. 210 y sigtes.; Jorge Mosset Iturraspe, *Teoría general del contrato*, Santa Fe, 1970, ps. 277 a 281; Fernando López de Zavalía, *Teoría de los contratos, Parte general*, Buenos Aires, 1971, p. 371, n° 2; Rubén Compagnucci de Caso, *El negocio jurídico*, Buenos Aires, 1992, § 72; Santos Cifuentes, *El acto jurídico*, 2ª ed., Buenos Aires, 2004, § 118.

(4) Belluscio-Zannoni, *Código Civil comentado*, t. 9, art. 1789, § 7.

los padres fuesen los obligados a requerir la instrumentación del acto, requerimiento que el derecho vigente no admite, sino de que el cónyuge propietario podía realizar la donación o no realizarla toda vez que no tenía obligación legal de hacerlo. Finalmente, la omisión no podía causar perjuicio alguno a los menores sino, en todo caso, la pérdida de una esperanza de beneficio; y las meras esperanzas carecen de protección jurídica. Por ello, no se trata de contraponer el interés del padre al de los hijos sino de aplicar el derecho vigente. Porque, ¿de qué interés de los menores se trata cuando es de suponer que al tener hijos menores de edad la madre constituida en usufructuario es una persona relativamente joven que seguramente sobrevivirá mucho después de que aquéllos alcancen la mayoría de edad? En verdad, no hay ningún interés actual de los menores sino, en todo caso, adelantar la herencia de la nuda propiedad –que de nada les sirve ahora– y esperar la muerte de la madre para adquirir el dominio pleno; en rigor, pues, es un medio de asegurar que el bien no será extraído de la eventual herencia.

La aceptación por parte de la madre en nombre de los hijos mediante un mero escrito presentado judicialmente nada añade, ya que la misma forma notarial impone el art. 1811 a ese acto, por lo que también es un acto nulo.

Desde otros puntos de vista, pueden hacerse distintas observaciones. Por lo pronto, el art. 1801 del Código Civil dispone que “*el donante puede reservarse a su favor, o disponer a favor de un tercero del usufructo de los bienes donados*”. En la supuesta donación, el marido habría dispuesto de la nuda propiedad a favor de los hijos y del usufructo vitalicio a favor de la esposa. La constitución gratuita de usufructo puede ser entendida como una donación <sup>5</sup>, o bien como un contrato innominado a título gratuito pero que de todos modos estaría regido por las mismas reglas de la donación <sup>6</sup>, por lo que –ya que si el pacto se hizo en una audiencia del juicio de divorcio, hay que suponer que fue anterior a la sentencia– el beneficio otorgado a la esposa caería dentro de la prohibición de donaciones entre esposos del art. 1807 y sería nulo por aplicación de otro artículo del Código, tema que no fue considerado por el tribunal a pesar de tratarse de su obligación pues la nulidad sería absoluta y manifiesta y debería ser declarada de oficio.

Ahora bien, es preciso apartarse de razonamientos teóricos alejados de la realidad de las cosas, que en este caso parece haber sido pérdida de vista por los jueces, y escudriñar el real objetivo del acto. Obsérvese que se trataba de un matrimonio en trance de divorcio y que el único patrimonio ganancial era el inmueble habitado por la familia. ¿Cuál tiene que haber sido entonces el fundamento y el sentido del acuerdo? Esencialmente, permitir a la esposa divorciada continuar habitando el inmueble de por vida, para que a su muerte se consolidara el usufructo con la nuda propiedad de los hijos. Quizás ello haya sido realizado con el propósito de facilitar la disolución del vínculo evitando la discusión sobre la culpa y sustituyendo una eventual obligación alimentaria

(5) López de Zavalía, ob. cit., t. 2, pp. 427 a 432.

(6) Belluscio-Zannoni, ob. cit., t. 9, art. 1789, § 4.

hacia la esposa por la entrega del dominio útil de la vivienda; quizás haya sido —como expresé más arriba— el medio de asegurar la eventual herencia de los hijos. Pero de lo que no cabe duda es de que no fue el interés actual de los hijos el tenido en vista y que el interés sólo aparecería en su calidad de menores de edad en el hipotético y desgraciado caso de que la madre muriera antes de que alcanzaran la mayoría. ¡Vaya interés de los menores el de perder a la madre durante su menor edad para obtener el dominio pleno de la vivienda!

*¿Y el futuro de la cosa supuestamente donada?* La sentencia revoca el pronunciamiento apelado, desestimando el pedido de revocación de la donación. Ello implica reconocer que la donación existió.

Frente a esa decisión, es posible que el propietario acceda a otorgar la escritura necesaria para realizar la donación que, pese a lo dicho por la Cámara, no existió. Pero también es posible que se rehúse a hacerlo. En ese caso, ¿cómo se procederá? No correspondería que el juez otorgase la escritura en nombre del supuesto donante, pues para el tribunal la donación ya está ofrecida y aceptada. Pero es necesaria la inscripción registral. Entonces, ¿se ordenará la inscripción, quizás precedida de protocolización, de las piezas de la causa?

En uno u otro caso, se estaría llevando al registro un acto o bien inexistente o bien absolutamente nulo, pero siempre privado de efectos jurídicos e inconfirmable. Obviamente, el registro debería rechazar la inscripción; de lo contrario violaría la ley pues el art. 3 de la ley 17801 (*Adla*, XXVIII-B, 1929) sólo admite la inscripción de escrituras notariales o resoluciones judiciales o administrativas, y aquí no habría mediado escritura notarial ni resolución judicial, ya que una resolución judicial no puede donar, y el art. 9, inc. a, le manda rechazar los documentos viciados de nulidad absoluta y manifiesta. Supongamos que a pesar de ello, el registro inscriba. ¿Cuál será el dominio de los supuestos donatarios? No un verdadero dominio pues no podrán enajenar la cosa ya que el más somero estudio futuro de títulos pondrá de relieve que en los antecedentes se registra un acto ineficaz. La nulidad no será solamente absoluta sino también manifiesta, y una decisión judicial no pudo convalidarla. Solamente podrán mantener ese irregular dominio hasta su muerte, y transmitir el problema a sus herederos, o bien enajenar a precio vil a quien se haga cargo del defecto. Este último sería el resultado más probable ya que regularmente una vez que alcanzan cierta edad los hermanos dejan de convivir, con lo que el condominio les sería de poca utilidad o constituiría una fuente de conflictos. En fin, los hijos ni siendo menores ni siendo mayores resultarían realmente beneficiados.

En conclusión, si el padre no otorga voluntariamente la escritura de donación, se creará un verdadero galimatías jurídico que será el precio pagado porque quienes debían juzgar hayan legislado sin tener atribuciones para hacerlo.