

# Donación. Convalidación. Vocación hereditaria

Dictamen elaborado por el escribano EZEQUIEL CABULI, aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 9/10/2012.

## 1. Hechos

En el presente caso, la hija de un matrimonio anterior de la esposa del donante recibe a título gratuito un inmueble y, por lo tanto, dicha transmisión entra en la órbita de la prohibición del artículo 1807, inciso 1, del Código Civil. Luego de dicha donación se realizaron ventas posteriores.

Al detectarse el error en el estudio de títulos, se comprueba que la donataria adquiere, luego del fallecimiento del esposo de la madre y de la madre (ambas sucesiones con declaratoria de herederos), la vocación hereditaria del disponente del acto gratuito cuya validez fue cuestionada.

La escribana consultante solicita la opinión de esta Comisión de Consultas Jurídicas sobre la bondad de los títulos antecedentes.

## 2. Encuadre jurídico del caso. Capacidad y legitimación

Conforme enseña Tobías, en los últimos tiempos se ha sometido a reconsideración la tradicional subsunción, dentro de la noción técnica de capacidad, de numerosos supuestos a los que se les atribuye la característica de ser incapacidades de derecho.<sup>1</sup> Esta nueva doctrina ha terminado por desplazar de la capacidad la figura jurídica de la legitimación. Ambas capacidades constituyen cualidades intrínsecas y abstractas de la persona, siendo la legitimación la calificación que es requerida al sujeto para ser titular de una determinada relación jurídica o para celebrar válidamente un determinado acto jurídico que deriva de “la circunstancia de encontrarse en una determinada relación respec-

1. TOBIÁS, José W., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 2007-C, p. 681.

to del objeto de la relación o del acto o respecto del otro sujeto que debe participar del acto”.<sup>2</sup>

El artículo 1807, inciso 1, del Código Civil no sólo prohíbe la donación entre esposos sino que incluye

... la que pudiera hacer uno a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio o a las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación.

Sostiene Capparelli que

... a partir de lo dispuesto en este artículo, se percibe la intención del legislador de evitar a toda costa la donación entre esposos, incluyendo estos otros supuestos de los cuales resultaría que el otro cónyuge, por ser heredero forzoso del donatario, podría venir a recibir el bien.<sup>3</sup>

La doctrina analizó con qué interés se sancionó la prohibición contenida en dicho artículo. Las respuestas son diversas, pero en virtud de la primera parte del inciso 1 del artículo 1807 se ha sostenido que la razón fundamental de la prohibición del artículo estriba en la protección de los terceros acreedores de los integrantes de la sociedad conyugal. Está en juego el orden imperativo de la sociedad conyugal, que se establece en interés de quienes contratan con cualquiera de los cónyuges. La razón principal de la prohibición de donar el uno al otro está fundada en impedir que, mediante el traspaso de bienes entre los integrantes de la sociedad conyugal, puedan dejar a los terceros sin la garantía del patrimonio del deudor. Sostenemos que la razón de ser de este artículo es lo mencionado anteriormente y no podemos pensar con criterio rigorista que el mismo compromete el interés público, la moral y las buenas costumbres (art. 953), presupuesto para tachar automáticamente de nulidad absoluta su violación o inobservancia.

Para invocar la nulidad, no se requiere la existencia de un perjuicio. En ese sentido se expidió la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil:

Toda vez que la violación de la prohibición contenida en el art. 1807, inc. 1, del Código Civil acarrea la nulidad de lo actuado por quien la infringió, para su declaración no se requiere la existencia de un perjuicio pues ha sido establecida, según el caso, en beneficio de los particulares o del orden público.<sup>4</sup>

2. *Ibidem*.

3. CAPPARELLI, Julio C. “La donación de inmuebles y otro de sus problemas”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 872, pp. 121-135. Ver también LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Obligaciones y contratos. Doctrinas esenciales*, tomo V, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 1049.

4. CNCiv., Sala F, 7/12/2000 (Elena I. Highton de Nolasco, Fernando Posse Sagui, Ricardo L. Burnichón), “Giggelberger, Mónica Carola F. s/ sucesión”, R.307852.

Vemos que la jurisprudencia interpreta la prohibición mencionada “según el caso”, si afecta intereses particulares o a la sociedad misma.

### 3. Carácter de la prohibición.

#### Nulidad absoluta o relativa

No existe un criterio uniforme en cuanto al carácter de la nulidad del artículo 1807, inciso 1, del Código Civil. Existen autores que sostienen que se trata de una nulidad absoluta y, por ende, imposible de confirmar. Tal nulidad implica, en palabras de Llambías, que

... cuando el acto es nulo de nulidad absoluta, al no ser susceptible de confirmación (art. 1047 *in fine* del Código Civil), la acción para obtener la declaración de nulidad resulta imprescriptible. Ello, como se dijo, por resultar una consecuencia de la imposibilidad de confirmar el acto, dado que sería contradictorio negar la confirmación y admitir la prescripción de la nulidad respectiva, ya que esto equivaldría a permitir la confirmación tácita del acto por el solo transcurso del lapso de la prescripción.<sup>5</sup>

En tanto, los actos nulos (arts. 1041-1044, C. C.) como los anulables (art. 1045) pueden adolecer de nulidad absoluta. Así, se ha sostenido, con relación a los sujetos que intervienen en el acto, que serán nulos de nulidad absoluta los negocios concluidos por personas a quienes se prohíbe su realización.<sup>6</sup>

En cuanto a las reglas de aplicación de la nulidad, Zannoni indica que

Lo manifiesto no reside en la visibilidad u ostensibilidad visual del vicio que afecta al negocio sino en la posibilidad de subsumir ese vicio en una hipótesis normativa prevista, sin sujeción a una previa e imprescindible valoración de circunstancias contingentes para detectarla.<sup>7</sup>

En ese sentido los tribunales apoyaron la posición doctrinaria del carácter absoluto de dicha nulidad. A modo de ejemplo, citamos uno reciente:

Corresponde declarar la nulidad de la donación de un inmueble que por escritura pública efectuaran los cónyuges propietarios del mismo a la hija extramatrimonial de uno de los donantes.

5. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, tomo II, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 20ª ed., § 1979, p. 538.

6. ZANNONI, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 2004, (3ª reimpresión), § 24, p. 206.

7. *Ibidem*.

Aparece justificado el interés en la declaración de nulidad de la donación incoada por la donataria, el escribano interviniente y la co-donante 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 la codisponente, evitando de ese modo que la donataria cuente con un título objetable. Recuperado el poder de disposición, las 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.

La prohibición contenida en el art. 1807 del Cód. Civil se funda en que la ley presume que el donatario designado es un prestanombre 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 Ministerio Público Fiscal en el interés de la moral y de la ley.<sup>8</sup>

No obstante lo señalado, existen autores que opinan que la nulidad que acarrea el artículo 1807, inciso 1, no es absoluta en todos los casos. Sambrizzi, en oportunidad de criticar el fallo relacionado, expone que, a diferencia del *Esboço* de Freitas y del Código Civil chileno, nuestro Código Civil no define cuáles son aquellos actos nulos o anulables en los cuales la sanción que corresponde es la nulidad absoluta, ni tampoco los enumera.<sup>9</sup> El mismo autor cita a López Olaciregui, reforzando el criterio, al afirmar que “en la determinación de los supuestos en los cuales debe decidirse si existe una nulidad relativa o absoluta, no pueden darse fórmulas generales”.<sup>10</sup> Y, al igual que Rivera, agrega que “sólo el examen del fundamento y fin de una disposición legal determinada permite afirmar si está afectado de nulidad absoluta o relativa el acto que la infringe”. Afirma además dicho autor que

... la idea de que la ley de orden público da lugar a nulidades absolutas requiere afinamiento. Aplicándola en forma rígida se incurriría en errores, debiendo la noción de orden público ajustarse al tiempo de cada situación jurídica. Aun, ciertas nulidades de orden público son confirmables y la calificación de absoluta corresponde al tiempo en que la nulidad se juzga: es de orden público si resulta intolerable o injusto que subsista la situación creada por el acto otorgado con vicio. Se deben considerar en ese mo-

8. CNCiv., Sala A, 23/11/1998 (Jorge Escuti Pizarro, Ana María Luaces, Hugo Molteni), “K., A. y K., M. V. y otro”, *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, tomo 183, p. 681.

9. SAMBRIZZI, Eduardo A., “Alcance de la nulidad de los actos jurídicos practicados por personas a quienes se les prohíbe la realización del acto”, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, n° 117, 19/6/2008, pp. 5-7, (tomo 2008-D, p. 68), (comentario a CNCiv., Sala F, 2/5/2008, L., M. E. y otro c/ Z., S.).

10. *Ibidem*.

mento proyecciones futuras y antecedentes pasados. No se trata simplemente de castigar, sino de asegurar la justicia contractual.

Santos Cifuentes sostiene que

... cuando el vicio que tiene el acto hiere o destruye intereses públicos la nulidad es absoluta; mientras que si están en juego sólo los intereses particulares de las partes del acto, la nulidad es relativa.<sup>11</sup>

En tal virtud, los actos nulos de nulidad absoluta –conforme al autor– son

... los de objeto prohibido u objeto inmoral (art. 953);<sup>12</sup> la incapacidad de derecho cuando se ha establecido para resguardar una institución de la sociedad, como la honestidad del desempeño de la función pública. También la simulación o fraude presumidos por la ley si afectan intereses públicos. La falta de una formalidad absoluta o solemnidad exclusiva ordenada por la ley.

Y como actos anulables de nulidad absoluta enumera los siguientes:

Actos solemnes en que el instrumento es anulable, por falsedad o por defectos. El acto de objeto prohibido, pero que hace necesario no sólo investigar para revelar el vicio, sino que el juez aprecie el calibre e importancia de la inmoralidad o contravención a las buenas costumbres.

Conforme a lo estudiado, las incapacidades de derecho pueden acarrear una nulidad absoluta o una nulidad relativa, según el interés implicado en la nulidad.<sup>13</sup> Borda agrega que

... en cada caso concreto el juez apreciará si está interesada en la invalidez una razón de orden público o si, por el contrario, sólo se ha pretendido proteger el interés de los particulares; y según ello, resolverá que la nulidad es absoluta o relativa.

Gattari, teniendo en cuenta la doctrina relacionada y ante un caso particular que analiza, relativiza los efectos de nulidad absoluta del artículo cuando se desnaturaliza su finalidad y el bien jurídicamente protegido por la norma. Teniendo en cuenta el análisis previo que debe hacerse sobre la capacidad del cónyuge

11. CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil*, Buenos Aires, Astrea, 1992, (3ª ed.), pp. 397 y ss. Cfr.: LLOVERAS DE RESK, María E., [comentario al artículo 1043], en Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo 2-C, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 323.

12. Ya comentamos al inicio del desarrollo del presente que la prohibición del 1807, inciso 1, no fue concebida por una violación al artículo 953 sino únicamente en la protección de terceros acreedores de la sociedad conyugal.

13. Cfr. nota 8.

al momento de realizar la donación y conforme el artículo 1809, “la capacidad del donante debe ser juzgada respecto al momento en que la donación se prometió o se entregó la cosa”. Es decir, el autor separa la mención literal del artículo del acto jurídico realizado y enfoca el análisis a la capacidad del otorgante, a la promesa o a la efectiva entrega de la cosa. Esa circunstancia de tiempo

... es sustancial para la comprensión del artículo: para que la prohibición sea efectiva, para que las consecuencias de la sanción de su invalidez, ineficacia o nulidad, sean oponibles, debe haber ocurrido durante el matrimonio, ya que la tergiversación que la ley presume y pretende evitar no puede ocurrir cuando uno de los cónyuges ha fallecido.<sup>14</sup>

Cobra entonces especial relevancia la actualidad del matrimonio, ya que el artículo 213 nos informa que el vínculo matrimonial se disuelve “por la muerte de uno de los esposos” (inc. 1), de forma tal que la expresión “ni uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga” implica la existencia actual del matrimonio al tiempo del otorgamiento que se sanciona.

Si bien se trata de un caso distinto al que nos toca dictaminar, queremos destacar que se están estudiando desde otra óptica las nulidades tradicionalmente consideradas absolutas. En ese sentido, la doctrina ha evolucionado favorablemente, teniendo en cuenta si existe en mayor o menor medida perjuicio al orden público. Este último, como pretendido bien jurídico tutelado, deberá ser considerado en cada caso particular, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar.

Durante el desarrollo del encuadre jurídico del presente, daremos algunos ejemplos concretos del concepto que adelantamos, que pueden aportar al escribano consultante elementos para la interpretación de la escritura que pretende otorgar.

#### 4. Principio de convalidación

Existen situaciones que pueden presentarse en la realidad como ser una persona que transmita o constituya un derecho careciendo del necesario y previo título jurídico para hacerlo, por lo cual el acto realizado se ve desprovisto de eficacia; pero puede también ocurrir que dicha persona asuma con posterioridad la

14. GATTARI, Carlos M., “Donación al hijo del cónyuge”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 879, enero-marzo 2005, pp. 53-67.

posición legal que no tenía y entonces el acto derivado adquiere, a su vez, la eficiencia de que inicialmente estaba desprovisto. El juego de este proceso se denomina convalidación de los actos jurídicos.<sup>15</sup>

El principio del artículo 3270, *nemo plus juris*, es susceptible en estos casos de un posterior reajuste por vía de la convalidación de los actos jurídicos. El artículo 2504 establece que

Si el que transmitió o constituyó un derecho real que no tenía derecho a transmitir o constituir lo adquiriese después, entiéndese que transmitió o constituyó un derecho real verdadero como si lo hubiera tenido al tiempo de la transmisión o constitución.

A modo de ejemplo, el artículo 1329 prohíbe vender las cosas ajenas, variando las soluciones según la cosa hubiera o no sido entregada y según también si el comprador supiera o ignorara que la cosa no pertenecía a su co-contratante. Pero el artículo siguiente, el 1330, establece que la nulidad queda también cubierta (además de la ratificación de la venta por el propietario) “cuando el vendedor ulteriormente hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida”.<sup>16</sup> Este es el caso más frecuente de convalidación, en virtud del cual

... por interés colectivo y aún por razones de ética, el legislador impone a quien se obliga el deber de llevar a cabo su prestación no sólo con el título que tenía en el momento de contraerla sino con el que más tarde hubiese podido obtener.<sup>17</sup>

El acto, que en su origen era defectuoso, encuentra la validez que necesitaba por la eficacia legal que adquiere a posteriori. Este mecanismo legal encuentra sus más variadas posibilidades de aplicación en el campo de los derechos reales.<sup>18</sup> Se subsana el acto inválido por falta de autoría del legitimado, con o sin sustitución de persona. A modo de ejemplo, citamos un fallo en el que se resolvió el contrato privado celebrado el 9 de octubre de 1987 entre hijos de M. C. y Cía. SA y R. J. D. B., ordenándose reintegrar a la firma vendedora la posesión de los bienes y la reposición por ésta de las sumas pagadas por el comprador, actualizadas, difiriéndose ese reintegro hasta la efectivización del pago. Atribuye luego a la resolución efectos retroactivos a la fecha de la firma del contrato de compraventa, dejando a salvo los derechos de terceros adquirentes de buena fe. Esa resolución

15. DÍAZ, Guillermo, “Hipoteca sobre inmueble ajeno. (Su constitución y ulterior convalidación)”, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 94, p. 898.

16. *Ibidem*.

17. LAFAILLE, Héctor, *Contratos*, tomo II, Buenos Aires, 1928, § 65, p. 45. Ver RISOLÍA, Marco A., *La venta de la cosa ajena*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959.

18. DÍAZ, Guillermo, ob. cit. (cfr. nota 15).

contractual convalidó la venta realizada por la firma C. a A., venta esta que no estaba sujeta a ninguna condición ni obstruía el poder de disposición de la vendedora, la que aparecía como titular de dominio. Señala que resulta de aplicación el principio de convalidación de los derechos reales, previsto en el artículo 2504 del Código Civil.<sup>19</sup>

19. C.C.y C. Azul, Sala II, 30/9/2002, "Arla, Andrés A. s/tercería de dominio. Di Blasio, Roberto y otra s/quiebra".

20. DÍAZ, Guillermo, ob. cit. (cfr. nota 15).

21. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, tomo IV, Buenos Aires, TEA, 1960, p. 102.

22. Entre otros, ver los casos que se registran en *Jurisprudencia Argentina*: tomo 7, p. 298; tomo 25, p. 947; tomo 38, p. 1196; tomo 50, p. 830; tomo 51, p. 348; tomo 1945-III, p. 929.

23. Igual solución de subsistencia del gravamen corresponde a los casos de: heredero aparente (art. 3430); fraude (art. 970) (aquí, a título oneroso y de buena fe); revocación de donaciones por ingratitud (art. 1866); incumplimiento de los cargos impuestos por el donante y que no están expresados en el instrumento de la donación (art. 1855); indigno para heredar (art. 3309); poseedor definitivo de los bienes del ausente con presunción del fallecimiento (arts. 122 y 124; hoy, 30 y 32 de la Ley 14.394). Ver notas 15 y 19.

#### 4.1. *Aplicación del principio de convalidación a normas estatutarias rígidas y nulidades absolutas*

En virtud del orden público que impera en los derechos reales, es frecuente encontrarnos ante normas estatutarias que las partes del título constitutivo de un derecho real no pueden dejar de lado. Estas normas, en determinadas ocasiones, no parecen proteger ni estar fundadas en ningún principio que hace a la organización social o susceptible de protección más allá de los sujetos negociales del título al derecho real.<sup>20</sup> A modo de ejemplo, observamos la imposibilidad de aplicar la regla de la convalidación en materia hipotecaria (art. 3126, C. C.). Se advierte en dichas disposiciones, como sugiere nuestra doctrina, una innecesaria y hasta perjudicial imperatividad. Respecto de la excepción al principio de convalidación, contenida en el artículo 3126 del Código Civil, Salvat afirma que no hay motivos suficientes para apartarse de la regla general del artículo 2504 del Código Civil.<sup>21</sup>

La violación a la prohibición deriva en una nulidad absoluta e insanable. Sin embargo, existen fallos que han declarado el mantenimiento de hipotecas constituidas por aparentes dueños de los inmuebles que resultaron no ser tales después de sustanciarse las respectivas acciones de simulación, quedando firme el gravamen que concertara el que, sin serlo, aparecía como ostensible dueño del inmueble.<sup>22</sup>

La solución de la doctrina y los fallos relacionados para los casos de nulidad tradicionalmente considerada como absoluta protege la apariencia del derecho. Mantener la validez de estos actos, que purgaron un vicio inicial, involucra defender igualmente la buena fe y la estabilidad que deben prevalecer en toda relación jurídica.<sup>23</sup>

## 5. Conclusiones

En el presente caso, la hija de un matrimonio anterior de la esposa del donante recibe a título gratuito un inmueble y, por lo tanto, dicha transmisión entra en la órbita de la prohibición del artículo 1807, inciso 1, del Código Civil. Luego de dicha donación se realizaron ventas posteriores. Al detectarse el error en el estudio de títulos, se comprueba que la donataria adquiere, luego del fallecimiento del esposo de la madre y de la madre (ambas sucesiones con declaratoria de herederos), la vocación hereditaria del disponente del acto gratuito cuya validez fue cuestionada. No quedan dudas de que, conforme al principio desarrollado en el presente, su legitimidad ha quedado convalidada conforme al artículo 2504 del Código Civil. Los efectos saneatorios de la convalidación del acto jurídico se producen automáticamente por la adquisición posterior, por lo que se diferencia de la confirmación, que exige la voluntad expresa o tácita del titular de la acción de nulidad o anulabilidad. Ésta opera con efecto retroactivo, en tanto no afecte derechos de terceros.

A diferencia de un típico caso de venta de cosa ajena, que, como vimos, es el ejemplo más concreto de convalidación en materia de derechos reales, existe en los antecedente dominiales de este caso una donación en violación a la prohibición del 1807, inciso 1, que puede ser tachada de nulidad absoluta o relativa, conforme a las posturas doctrinarias que hemos analizado. Es en virtud de interpretar conforme al caso concreto el carácter absoluto o relativo de la nulidad lo que implicará dos soluciones distintas. Si consideramos que se trata de una nulidad absoluta, las consecuencias del acto son la imposibilidad de subsanarlo, siendo esta nulidad imprescriptible e inoponible a los sucesivos adquirentes, quienes no podrán amparar la buena fe requerida por el artículo 1051. Juega, sin embargo, como vimos, el principio de convalidación, mediante el cual la ulterior adquisición por sucesión será la que en definitiva legitime la transmisión del disponente y los sucesivos vendedores; eso no obstante los derechos de terceros interesados, es decir, los que se valen del asiento registral para hacer valer sus derechos. No obstante lo señalado, y ante el período transcurrido, consideramos que la inacción de cualquier acreedor por el período transcurrido y las sucesivas ventas operadas hacen perecer cualquier acción tendiente a retrotraer los efectos de la donación.

En el caso de que se considere que se trata de una nulidad relativa, debe interpretarse, por un lado, la viabilidad de la prescripción decenal del artículo 3999 del Código Civil (conforme a la interpretación de la doctrina notarialista en cuanto a la buena fe requerida para tales supuestos); por el otro, el haber operado la consolidación de la legitimidad del donatario disponente, en virtud del principio de convalidación que analizamos. En ambos supuestos, no será necesaria ni la presentación del inmueble en el expediente sucesorio ni el distracto registral junto con la nueva inscripción, ya que no sólo la legitimidad del disponente sino también el acto otorgado quedan convalidados, en forma similar a los ejemplos de venta de cosa ajena que hemos citado. Coincidimos con esta última postura.

Conforme a lo analizado y a las diferentes posturas presentadas en el presente dictamen, sostenemos que la nulidad de los actos jurídicos practicados por personas a las que se prohíbe la realización de un determinado acto no necesariamente es de carácter absoluto. Por ende y por las circunstancias del caso particular, el título traído a análisis no es observable, no siendo necesaria tampoco la presentación en los expedientes sucesorios del inmueble involucrado.