

## SESIONES DE PRORROGA

2006

# ORDEN DEL DIA N° 1565

### COMISIONES DE LEGISLACION GENERAL Y DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Impreso el día 1° de diciembre de 2006

Término del artículo 113: 13 de diciembre de 2006

SUMARIO: **Código Civil.** Modificación sobre la prohibición de la donación entre cónyuges. **Cigogna y Balestrini.** (3.500-D.-2006.)<sup>1</sup>

#### Dictamen de las comisiones

*Honorable Cámara:*

Las comisiones de Legislación General y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia han considerado el proyecto de ley de los señores diputados Cigogna y Balestrini, sobre modificación de los artículos 1.807, 1.808 y 1.820 del Código Civil, sobre prohibición de donación entre cónyuges; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan su sanción.

Sala de las comisiones, 14 de noviembre de 2006.

*Ana M. C. Monayar. – Juliana Di Tullio. – Alberto J. Beccani. – Beatriz L. Rojkes de Alperovich. – Remo G. Carlotto. – María Angélica Torrontegui. – Adriana E. Coirini. – Julio E. Arriaga. – Pedro J. Azcoiti. – Ana Berraute. – Lía F. Bianco. – Graciela Camaño. – María A. Carmona. – Nora N. César. – Luis F. Cigogna. – Zulema B. Daher. – Marta S. De Brasi. – Paulina E. Fiol. – Eva García de Moreno. – Amanda S. Genem. – Griselda N. Herrera. – Jorge A. Landau. – Juliana I. Marino. – Ana E. R. Richter. – María del Carmen C. Rico. – Rosario M. Romero. – Laura J. Sesma. – Pablo G. Tonelli. – Jorge R. Vanossi. – Marta S. Velarde.*

En disidencia:

*María E. A. Carrió.*

En disidencia total:

*Marcela V. Rodríguez.*

#### PROYECTO DE LEY

*El Senado y Cámara de Diputados,...*

Artículo 1° – Deróganse los incisos 1 de los artículos 1.807 y 1.808 y el artículo 1.820 del Código Civil.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

*Luis F. J. Cigogna. – Alberto E. Balestrini.*

#### FUNDAMENTOS DE LA DISIDENCIA DE LA SEÑORA DIPUTADA ELISA M. A. CARRIO

Señor presidente:

Por los fundamentos que a continuación expondré, presento mi disidencia sobre el expediente 3.500-D.-06.

El proyecto propone la eliminación de la prohibición de la donación entre cónyuges (artículos 1.807, 1.808 y 1.820 del Código Civil).

El impedimento de donación, en su origen, pretendió proteger la fortuna que pudiera poseer la familia de la cónyuge mujer respecto de la posible apropiación que el cónyuge hombre pretendiera. Esto respondía a la jerarquía jurídica y social que hombres y mujeres poseían en esa época. El derecho romano ya la preveía puesto que las mujeres no eran sujetos con capacidad para poseer bienes. En épocas posteriores comenzó a entenderse que la misma relación conyugal podía llevar a influen-

<sup>1</sup> Reproducido.

ciar sobre el otro cónyuge a fin de apropiarse de bienes de aquél. El antiguo derecho español lo prohibía durante el primer año de matrimonio “para evitar extravíos de amor”.

En nuestro código la prohibición está relacionada con el régimen patrimonial del matrimonio. Así, en los artículos 1.218 y 1.219 se establece la regla de inmutabilidad del patrimonio en tanto se entiende que el matrimonio debe estar basado en una comunión afectiva y no con el fin de enriquecerse. También hay cierto acuerdo en entender que durante el matrimonio el patrimonio es uno y es de ambos. Ahora bien, si se permitiera la donación de bienes propios al otro cónyuge, al fallecer quien los recibe, el donante debe colacionar junto con los hijos de aquel. Otro fundamento de la prohibición radica en evitar el desbaratamiento de los derechos de los acreedores. Si bien alguien puede desprenderse de sus bienes a estos fines a través de donaciones a terceros, en el matrimonio éstos no salen de la esfera de control del donante y conserva la vocación hereditaria en caso de muerte de donatario.

La prohibición a favor de los hijos del otro cónyuge deviene consecuencia de evitar el impedimento conyugal por interpósita persona, de quien se tiene vocación hereditaria.

Es cierto que existen acciones legales a favor de los terceros para hacer valer sus derechos. También es cierto que las mujeres han logrado paulatinamente igualdad formal para el ejercicio de sus derechos. Pero no es cierto que en las relaciones humanas no existan jerarquías y aprovechamientos de ellas.

No considero oportuno modificar de manera aislada el régimen patrimonial del matrimonio por cuanto podría facilitarse la vulneración de los derechos de quienes puedan no ser sujetos totalmente libres para ejercer sus decisiones de forma autónoma.

*Elisa M. A. Carrió.*

## INFORME

*Honorable Cámara:*

Las comisiones de Legislación General y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia al considerar el proyecto de ley de los señores diputados Cigogna y Balestrini, sobre modificación de los artículos 1.807, 1.808 y 1.820 del Código Civil, sobre prohibición de donación entre cónyuges, creen innecesario abundar en más detalles que los expuestos en los fundamentos que lo acompañan por lo que propician su sanción.

*Ana M C. Monayar.*

## FUNDAMENTOS

Señor presidente:

1. Se propone derogar la prohibición de la donación entre cónyuges, norma que se considera erra-

da, con pocos antecedentes en el derecho comparado, tanto que en Italia fue declarada inconstitucional.

2. No escapa al suscrito que se encuentra en estudio una reforma global de los códigos Civil y Comercial, pero el tiempo que merecen esos emprendimientos generales tal vez conspiran con la celeridad que se puede dar a esta iniciativa, que juzgo relevante.

3. Hemos meditado la posibilidad de sancionar una norma que se aplique a las situaciones actuales con “vicios” conforme a la ley hoy vigente, pero parece claro que por principios generales, si se deroga el vicio, la operación resulta insusceptible de ser atacada por el motivo referido.

4. Es dudoso si la prohibición actualmente vigente no resulta contraria a la Constitución (Preámbulo y artículos 14, 16, 17, 19, 20, 28, 75 y concordantes).

5. Es conocido que Vélez Sarsfield siguió en el punto en tratamiento el criterio español, apartándose del modelo francés que admite las donaciones entre cónyuges, aunque las juzga siempre revocables.

El origen de la prohibición entre cónyuges (*donationes inter virum et uxorem*) se atribuye a Augusto, pero se ha dicho que desencajaba por su espíritu antiliberal en el sistema clásico romano, y que, por ello, en la época de Severo y luego con Caracalla (año 206) se modificó el sistema admitiendo la donación si no era revocada antes de la muerte del donante (Schulz, Fritz, *Derecho romano clásico* – traducción por José Santa Cruz Teigeiro–, Barcelona, Bösch, 1960, páginas 115-116).

Es digno de mencionar que hasta el propio sistema romano admitía una serie de “benignas interpretaciones” que juzgaban válidas las donaciones entre cónyuges cuando el matrimonio subsistía (se la atribuye a Justiniano) o cuando ellas tenían lugar en el mismo momento en que se disolvía el matrimonio (Bonfante, Pedro, *Instituciones de derecho romano* – traducción por Luis Bacci y Andrés Larrosa–, Madrid, Reus, 1965, parágrafo 60 en páginas 186 y siguientes).

Así, nuestro codificador recogió un sistema más rígido que el anterior a Severo, pero con la agravante de que, además, en aquella época se estilaba (existía una práctica) la *donatio propter nuptias*, que aseguraba la suerte de la mujer y sus hijos (Ortolán, *Éxplicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano* – traducción de Pérez de Anaya y Pérez Rivasi–, Madrid, Ed. Leocadio López, tomo I, página 121), ya prácticamente en desuso.

El sistema que abrazó Vélez, como surge de la propia nota al artículo 1.807, fue tomada de las Partidas (confrontar, además, las leyes III, IV y V del título XI de la Cuarta Partida; la ley V citada que establece excepciones; la que cita Vélez es ley I del título IV de la Quinta Partida que trata “Qué cosa

es donación, e quien la puede fazer, e a quien; e de que cosas”: allí se refiere que todo hombre libre mayor de 25 años puede dar sus cosas en donación “solamente que non sea aquel a quien lo da, de aquellos a quien defienden las leyes deste nuestro libro, que lo non pueden tomar”. La nota explicativa aclara: “Defienden: *ut si donetur uxori, vel pater filiofam, vel miles donet concubinae*”. Por las citas de los textos españoles, confrontar los códigos españoles: Código de las Siete Partidas, Madrid, Antonio de San Martín Ed., 1872, tomo III, páginas 462 y siguientes y 578 y siguientes).

Que el origen de la norma es antiguo no existe pues duda. Remite a una sociedad no sólo precapitalista, sino también precristiana (época de Augusto), donde la mujer estaba sometida al hombre y las relaciones conyugales no se desarrollaban en pie de igualdad. Hoy, esa sociedad no existe.

Corresponde entonces analizar, primero, si esta prohibición tiene fundamentos en la sociedad moderna. Y, luego, si resulta compatible con los principios liberales e igualitarios que consagra la Constitución.

6. Se ha sostenido que el fundamento de la prohibición es evitar que los cónyuges abusen de la influencia del uno sobre el otro e impedir que ante la amenaza de divorcio la donación constituyera el precio de la paz conyugal.

El primer argumento de evitar el abuso, obviamente, constituía una protección a la mujer, el sujeto débil (tanto social como jurídicamente) en la relación matrimonial. Hoy, ese argumento no resiste el análisis porque existe igualdad absoluta (confrontar artículos 16 y 75, Constitución Nacional).

Y si se dijera que hoy tiende a evitar el abuso de influencia recíproco, cabría señalar que la donación no tiene por causa el abuso sino el amor (las Partidas citadas por Vélez refieren: “Donación es bien fecho que nasce de nobleza, de bondad de corazón...”).

No me parece claro qué significa “abuso de la influencia” si referimos a sujetos mayores con plena capacidad. Va de suyo que sólo puede aludir a vicios de la voluntad o ausencia de voluntad, pero en tal caso sería nula sin que tuviera relevancia la relación conyugal de los donantes (artículo 944 y concordantes del Código Civil). Es que sería nula cualquier donación a un “no cónyuge” influyente, que tuviera por causa no la libre voluntad sino el abuso.

Existe pues un argumento que remite a la protección de la mujer como sujeto inferior o subordinado en los sistemas jurídicos y sociales romano y medievales. Hoy, la sociedad moderna repugna la desigualdad y la condena. Está fuera de la Constitución (confrontar los pactos incorporados al texto constitucional en el artículo 75 por la convención reformadora de 1994). Por lo tanto, el fundamento y la norma no se compadecen con la Constitución vigente.

Otro argumento remite a la conservación de la paz matrimonial, la que podría turbarse por una amenaza de divorcio para el caso de negativa de donación. En principio, un matrimonio donde los cónyuges requieren disposiciones gratuitas de bienes bajo amenaza de divorcio no parece ser un matrimonio en paz susceptible de ser protegido. Pero —y fundamentalmente— el divorcio sólo puede tener lugar si se dan los requisitos que la ley prevé y entre ellos —obviamente— no se encuentra la “negativa de donación”. Así, no existiría divorcio por esta causa sino por los motivos que prescribe la ley.

Por otro lado, si fuera admisible como criterio la “amenaza de divorcio”, deberían prohibirse muchos más actos, y hasta la propia adquisición de bienes por los cónyuges (la amenaza podría ser: comprá con el capital propio tales bienes —de uso exclusivo femenino o masculino— o me divorcio, etcétera) o de disposición del capital ganancial (o hacemos tal cosa con los bienes gananciales o me divorcio), o de donación de bienes a terceros, o tantos otros negocios con los contratos admitidos. Y así podríamos imaginar casos hasta el infinito.

Pienso que no resulta racional prohibir desde la óptica del “hombre malo” pues, en tal caso, la disposición gratuita de los bienes —en sí misma— debería prohibirse. Pero si cualquier donación puede provocar un perjuicio, para ello el propio régimen del código establece remedios (nulidad, revocación, etcétera).

Existen además otros argumentos que exponen los defensores de la prohibición: se afecta el régimen de inmutabilidad del patrimonio conyugal y se pueden defraudar derechos de terceros.

Cabe recordar que la inmutabilidad del patrimonio de los cónyuges se puede afectar más gravemente por donaciones a terceros, lo que no es prohibido. Y, por otro lado, dicho régimen no surge de una norma constitucional y, por ello, las garantías a la igualdad, a la no discriminación, a libertad, a la disponibilidad del patrimonio, etcétera, no pueden ser vulnerados por una regla de rango inferior.

Asimismo, corresponde reflexionar que las donaciones en caso de insolvencia son revocables (artículo 961 del Código Civil) o bien ineficaces de pleno derecho (artículo 118, L.C.Q.). Y, de suyo, tampoco se afecta la legítima (artículos 3.476 y concordantes del Código Civil).

7. Efectuado este breve recorrido, puede anotarse una observación casi obvia: se puede donar a todos... menos a la persona que se eligió para construir una familia. El caso remite a la discriminación probablemente arbitraria del cónyuge como donatario.

8. La Corte Suprema argentina ha reconocido que la discriminación proscrita por la Convención sobre Derechos Humanos de Costa Rica —integrada a nuestra Constitución— alcanza a las provenientes de “cualquier otra condición social”, y entre ellas se

debe considerar al cónyuge (confrontar, entre otros, el voto del juez Petracchi *in re* “Sejean” del 27/11/86, considerando 18 *in fine*: el magistrado refiere al tratamiento desigual al divorciado, antes de la consagración legal del divorcio vincular, “El Derecho”, 121-535).

Si el estado conyugal como “condición social” no puede ser motivo de discriminación, la prohibición que propongo derogar no se ajusta a nuestra Carta Magna.

La misma Corte, en el mismo precedente, dejó sentado el principio de libertad que rige en la Constitución, cuyo centro es el artículo 19, y que establece un freno a la acción del Congreso.

9. De acuerdo con lo expuesto podemos señalar que la prohibición en estudio: *a*) discrimina al cónyuge; *b*) viola la igualdad; *c*) restringe la libre disposición de los bienes, y *d*) afecta el derecho de propiedad.

Ello así en tanto el único sujeto que no puede dar ni recibir donaciones es el cónyuge (advuértase que los demás sujetos incapaces relativos del artículo 1.807, Código Civil, remiten a casos de bienes de terceros). Sí, por ejemplo, puede hacerlo el concubino que –de hecho– tendría similar posibilidad de influir en el conviviente. Y también los hijos o los padres pueden recibir donaciones, o un líder político, social, cultural o religioso; casos donde la influencia puede ser tan grande –o más– que entre cónyuges.

Pero el cónyuge no puede, lo que lo coloca en una situación de desigualdad (artículos 16 y concordantes, Constitución Nacional).

Del mismo modo, la prohibición restringe sin razones plausibles –como se vio– la libre disposición de los bienes afectando el derecho de propiedad que, obviamente, integra el de disponer libremente respecto de ella (artículos 17 y concordantes, Constitución Nacional).

10. Como antes señalé, son pocos los países que registran legislaciones como la establecida por nuestro Código Civil. Se trata de un caso extraño (*rara avis*).

En Italia, por ejemplo, un país de arraigado sentimiento cristiano y fino espíritu jurídico, la Corte Constitucional declaró inconstitucional al artículo 781 del Código Civil de ese país por medio de la sentencia 91 del 27 de junio de 1973. Así, esa Corte Constitucional abolió la prohibición de donación entre cónyuges que afectaba la igualdad y el derecho a la libre iniciativa económica, sin motivos ni justificaciones en orden a la utilidad social, la seguridad, la libertad o la dignidad humana (confrontar C. Iacovino, V. Tavasi y T. Cassandro, *La donazione* –coordinada por A. Cataudella– en “Il diritto privato oggi” –serie bajo la dirección de P. Cendon–, Milán, Guiffré, 1996, páginas 177-178).

11. De acuerdo con lo expuesto, considero que prohibir la donación –justamente– sólo a la persona que se valora y se ama resulta un contrasentido que contradice los principios igualitarios y liberales de nuestra sociedad, recogidos en la norma constitucional.

Por ello estimo que la Honorable Cámara acompañará la iniciativa.

*Luis F. J. Cigogna.*