

**LA DONACION DE INMUEBLES CON
PODER IRREVOCABLE**

María Fernanda Zanatta ()*

I. INTRODUCCION

El derecho potestativo que tiene el mandante de revocar el mandato siempre que quiera, reconoce límites cuando media un pacto de irrevocabilidad, salvo justa causa, y estén presentes los demás requisitos establecidos por el art. 1977 del Código Civil.

La XXII Jornada Notarial Bonaerense ha dicho que "respecto del poder irrevocable, la habitualidad con que los requirentes solicitan al notario estos instrumentos como la panacea que soluciona todos los problemas, hace necesario un correcto asesoramiento, y la correlativa aplicación de esta figura de excepción, únicamente en aquellos casos en que se justifiquen todos los requisitos legales, con una adecuada redacción instrumental, para que, en el momento en que sea necesaria su utilización, no existan dudas sobre su validez".

Nuestra inquietud se centra en indagar acerca de la posibilidad de conferir un poder irrevocable para realizar una donación de inmuebles; dado que ésta se hace efectiva con la comparecencia de las partes ante el escribano público quien instrumentará la donación y siendo necesario para que quede legalmente configurado el mandato irrevocable, que "...sea para negocios especiales.."; se argumenta que no otorgada la escritura pública no existe donación, por tanto no existe ese "negocio especial" base o causa del poder irrevocable.

(*) Notaria. Abogada.

No se plantea este problema en supuestos de contratos consensuales, que producen sus efectos por el sólo consentimiento de las partes. Por eso, se acepta sin discusión, el otorgamiento de un poder irrevocable para otorgar la escritura traslativa de dominio en una compraventa por ejemplo.

No obstante, debemos dejar en claro que la donación no es un contrato real, sino formal y en algunos casos solemne de solemnidad absoluta.

Al abordar nuestro tema trataremos de dejar en claro los conceptos básicos del poder irrevocable, como también los de la donación de inmuebles, siendo que es ésta una de las hipótesis en que el Código exige que sea instrumentada en escritura pública, revistiendo el carácter de una formalidad absoluta y por ello insustituible.

Siendo éste nuestro plan de trabajo, concluiremos intentando pronunciarlos por una tesis puesto que el tema es controvertido.

II. EL PODER IRREVOCABLE

La irrevocabilidad del mandato, como modo de ser de la institución ⁽¹⁾, aparece luego de la reforma producida por la ley 17.711, como facultativa. El art. 1977 establece: "El mandato puede ser irrevocable...". En su anterior redacción la irrevocabilidad aparecía *ministerio legis*, se leía: "El mandato es irrevocable...".

La norma en cuestión fija los requisitos que se deben llenar para que el mandato pueda ser irrevocable: "...siempre que sea para negocios especiales, limitado en el tiempo y en razón de un interés legítimo de los contratantes o de un tercero. Mediando justa causa podrá revocarse"

(1) Carminio Castagno, "Poder irrevocable", Revista del Notariado N° 772, pág. 1078. Por su parte, Angel Hugo Guerreiro, expresa que la irrevocabilidad es un accidente, una cualidad convencional que antes existía *ministerio legis*.

1) Los tres requisitos legales

a. Negocios especiales:

Como lo hace Carminio Castagno podemos determinarlo de una forma positiva y una negativa. Negativamente, no debe tratarse de un mandato general, porque la irrevocabilidad en un mandato general significa la cesión del patrimonio por actos entre vivos; positivamente, con determinación del negocio a que se refiere. También es admisible que un negocio especial incluya una serie de negocios de una determinada especie.

La XIII Jornada Notarial Bonaerense sostuvo que el poder de representación irrevocable es siempre accesorio de un acto jurídico con contenido negocial, anterior o simultáneo a su otorgamiento y que ese negocio que lo origina, la causa generadora, debe surgir claramente del instrumento que contiene al poder como lo que es: causa de su concesión.

Etchegaray afirma que ese negocio base debe estar concluido como tal y no como negocio cumplido, por ello y para asegurar su cumplimiento se da la representación irrevocable.

b. Interés legítimo:

Carminio Castagno lo define como el interés digno de consideración jurídica positiva.

Un fallo de la Capital Federal sostuvo que “el carácter irrevocable del mandato no depende de la existencia de un interés cualquiera de parte del mandatario (o de un tercero), sino de un interés que por su importancia justifique la irrevocabilidad.

“...Puede considerarse que el requisito del interés legítimo existe cuando la ejecución del mandato presenta ventajas patrimoniales, para el mandatario o tercero respecto de ciertos negocios”⁽²⁾.

(2) Héctor Masnatta, *El mandato irrevocable*, pág. 55

Debe tratarse además, de un interés legítimo de los contratantes o de un tercero. Puede comprender el interés de un tercero juntamente con el interés del poderdante o juntamente con el interés legítimo del apoderado.

Cuando la norma se refiere al interés legítimo de los contratantes, dice Etchegaray que se trata de los sujetos del negocio especial y no de los sujetos del contrato de mandato; aunque parece aceptar, este autor, que a tenor del art. 1892 el mandato puede tener por objeto uno o más negocios de interés exclusivo del mandante, o del interés común del mandante y mandatario, o de interés común de mandante y de terceros, o de interés exclusivo de un tercero. Incluso puede captar el interés común de mandante, mandatario y tercero.

Creemos que esta es la interpretación que sigue la mayoría de la doctrina nacional, además de ser lo que surge claramente del Código Civil. De todas formas, afirma Carminio Castagno que no es menester dejar constancia de quién es el sujeto interesado ni cuál sea el interés legítimo, aunque desde el punto de vista práctico, creemos que es conveniente hacerlo.

c. Limitado en el tiempo:

La limitación en el tiempo significa que debe existir un plazo. Hay que distinguir entre plazo de mandato y plazo de la irrevocabilidad. Puede existir solamente el plazo de irrevocabilidad, o concurrir los dos plazos y ser o no coincidentes. Por otra parte el plazo puede ser cierto o incierto, siempre que de los elementos objetivos del negocio pueda fijarse la limitación temporal.

Por regla el mandato se extingue por el cumplimiento del negocio (art.1960 C.C.).

Si sólo se establece plazo para la irrevocabilidad y el poder en sí no tiene plazo, cuando vence la irrevocabilidad el mandato continúa como poder ordinario.

Se ha dicho que una vez vencido el plazo por el cual se ha otorga-

do el poder irrevocable no es posible invocarlo como un poder común.

En la hipótesis de no resultar claramente que el plazo está referido a la condición de irrevocabilidad, debe estarse por la caducidad del mandato.

Para evitar posibles conflictos que puedan suscitarse; en torno a éste tópico, se debe optar en cuanto fuere posible por un plazo que sea claro y explícitamente determinado o determinable, aconseja Gattari. Sin perjuicio de ello, también se recomienda no otorgar poderes irrevocables por cantidad de días meses o años sino por el tiempo necesario para cumplir la obligación.

Hay que tener en cuenta, afirma Scarano, que lo que se hiciere a perpetuidad atenta contra el orden público.

Podemos agregar un último requisito para que el mandato pueda ser irrevocable, recaudo que no surge directamente de la lectura del art. 1977 sino por vía de la interpretación doctrinaria y por conclusiones esgrimidas en distintas jornadas y congresos.

Se trata de lo que Gattari denomina “estructura unitaria”. Los requisitos enunciados en el art. 1977 deben concurrir, ya que no se trata de supuestos alternativos.

Bien lo ha dicho la XIII Jornada Notarial Bonaerense que se trata de condiciones indivisibles. El pacto de irrevocabilidad debe acordarse claramente porque por la nueva redacción de la norma, aquella no opera *ex lege*, “el mandato puede ser irrevocable...” pero también deben quedar cumplimentadas la totalidad de las exigencias de la citada norma.

La mera mención del carácter de irrevocable del mandato resulta insuficiente para tenerlo como tal; pero el mandato en que se halle escrito subsiste como poder revocable.

Hasta aquí los recaudos básicos e imprescindibles para otorgar un poder de representación irrevocable.

No nos detendremos a examinar en profundidad si existen o no poderes absolutamente irrevocables para no apartarnos de nuestro objetivo bastándonos decir que hay opiniones encontradas.

Por su parte, Gattari dice que en realidad, “no hay ningún poder irrevocable absolutamente, ya que el otorgado en su concepto es posible revocarlo” mediando justa causa.

Posición que compartimos porque si el poder irrevocable es dado para asegurar el cumplimiento de otra obligación o contrato en interés legítimo de dos sujetos, en la generalidad de los casos, y como afirma Carminio Castagno “conferir un poder irrevocable no implica que el mandante pierda legitimación para ejecutar personalmente el acto objeto del mandato”, el poderdante puede mediando justa causa (declarada judicialmente) revocarlo y cumplir él mismo el negocio objeto del mandato y dejar así a salvo el interés legítimo protegido.

Claro está que la justa causa es aquella apta para destruir el fundamento de la irrevocabilidad, debe ser razonable, de suficiente entidad.

Spota, en cambio, dice que se trata de una irrevocabilidad absoluta, dado que abarca el supuesto de muerte o incapacidad sobreviniente del mandante. En este caso, creemos, que si fuera de otra manera, ese interés legítimo que sustenta al poder irrevocable se vería burlado ante tales infortunios.

Ahora sí, hemos esbozado al poder irrevocable. Recordemos que no existen mandatos generales irrevocables sino que siempre un poder irrevocable deberá ser especial, “para uno o ciertos negocios determinados”.

A tenor del art. 1881 que establece para qué negocios es necesario un poder especial, en el inc. 8 determina: “para hacer donaciones, que

no sean gratificaciones de pequeñas sumas, a los empleados o persona del servicio de la administración”.

Lo que a nosotros nos interesa es la hipótesis de una donación de inmuebles con poder especial irrevocable.

III. LA DONACION

Consideraciones generales

EL título VIII, libro II sección III del Código Civil está dedicado a las donaciones cuya definición la encontramos en el art.1789: "Habrá donación cuando una persona por un acto entre vivos; transfiere de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa".

Por su parte el art. 1810 y siguientes se refieren a las formas de las donaciones, estableciendo que las donaciones de bienes inmuebles deben ser hechas bajo pena de nulidad, por escrituras públicas debiendo ser aceptadas por el donatario en el mismo instrumento o en otro si estuviese ausente.

Si la ley establece que para concretar la donación es necesario ocurrir ante el escribano, para preparar la escritura y luego firmarla, es porque se propone proteger al donante y llamar su atención respecto del acto que va a realizar (piénsese en los días que transcurrirán hasta que se consume el acto).

Es razonable que así sea, dice Borda, “porque éstas transmisiones de dominio no son el resultado de una negociación, ni un cambio de valores, sino que importan una amputación líquida del patrimonio”.

1) La formalidad ineludible

La donación es un contrato formal, nace de la observancia de las formas al tiempo de la celebración (art. 973 C.C.).

En el supuesto de la donación de inmuebles, además de ser formal es solemne (art. 1810 C.C.). Es entonces un acto formal ad solemnitatem: la forma establecida se convierte en un elemento constitutivo del acto, esencial para su validez, esto quiere decir que si no se respeta la prescripción, el acto es nulo.

Como en la donación de inmuebles la forma tiene carácter constitutivo, se requiere que coincida el momento de formular la declaración con el lugar material donde esa declaración se vuelca (el instrumento público).

Esto es así porque el legislador quiere preservar los bienes materiales de la ligereza, inexperiencia ó el engaño de las personas, entonces ataca el acto antes de que nazca, con una actitud preventiva.

En los actos onerosos, en cambio, existe la posibilidad de invalidarlos por aplicación de la teoría de la lesión subjetiva.

El legislador logra esa protección exigiendo que la declaración de donar se haga en presencia del notario, que la escritura pública se haga al tiempo de la donación y no antes, cómo en los contratos preparatorios que permiten exigir luego su cumplimiento.

Y para que no haya lugar a dudas, la ley 17.711 agrega al art. 1810: "Respecto de los casos previstos en este artículo, no regirá el artículo 1185".

Por su parte el art. 1185 establece que: "Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública fuesen hechos por instrumentos particulares o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluídos mientras la escritura no se halle firmada siendo válidos como contratos en que las partes se han obligado a hacerla".

La solemnidad de la declaración en la escritura es absolutamente insustituible y no hay donación sin escritura.

No es admitida en general la promesa de donación aún en el caso

de realizarse por escritura pública. Expresa López de Zavalía que si bien en el Código Civil no hay ninguna norma que prohíba el preliminar de donación, “es todo el espíritu del contrato de donación el que se opone a su admisión” ya que desde su definición se trata de un acto de “libre voluntad”, luego no podrán existir donaciones forzadas resultantes de un preliminar de donación.

En este sentido se alinea Rogelio Llorens, diciendo que nuestra legislación prohíbe la promesa de donar y no sólo porque el art. 1810 exige escritura pública, porque sería factible una escritura pública en la que el donante prometa donar, sino que también surge de la interpretación armónica de los arts. 1783; 1793; 1792; 1796 y el art. 6 de la ley 19.836 referida a las fundaciones.

No obstante lo dicho, el notario Ruben A. Lamber ⁽³⁾ expresa “que si la promesa u oferta se hizo en escritura pública sólo vale a partir de su aceptación...” “...y si hubiera sido aceptada, se torna irrevocable...” quedan por supuesto a salvo las causales de revocación admitidas por el Código Civil.

Creemos que es posible la promesa de donación realizada por escritura pública y será válida una vez aceptada, porque bien expresa Lopez de Zavalla ⁽⁴⁾ “yo puedo exteriorizar mi voluntad actual y presente de donar y obligarme a entregar la cosa donada”.

Continuamos avanzando en el tema, para llegar al meollo de la cuestión, indagaremos acerca de la factibilidad o no del otorgamiento de un poder especial irrevocable a los efectos de realizar una donación de inmuebles.

Entre quienes no aceptan la posibilidad de darle carácter irrevocable a un poder especial para donar inmuebles, podemos citar en primer lugar al notario Etchegaray, “por ser quien más y mejor ha estudiado el tema de poder irrevocable” ⁽⁵⁾, fundamentando su opinión en que no es

(3) Revista Notarial, N° 912, pág. 402

(4) López de Zavalía, Teoría de los contratos, Parte especial, pág. 421, Bs. As., 1976.

(5) Carlos Nicolás Gattari, Práctica Notarial III, Poder irrevocable, pág. 58, Bs.As., Depalma, 1986.

posible asegurar la ejecución de un negocio que no existe, atento a que mientras no haya escritura, no habrá donación de inmuebles.

Este autor tampoco admite la promesa de transmitir el dominio de un inmueble por donación y afirma que ante la muerte del donante no hay posibilidad de utilizar el poder irrevocable que se traiga.

Nosotros hemos admitido ya la validez de una promesa de donación ⁽⁶⁾ por escritura pública, siendo por regla irrevocable luego de que haya sido aceptada.

Si no ha sido aceptada no hay obstáculo en considerarla válida aún luego de la muerte del donante ya que el art. 1795 dispone: "Si el donante muere antes de que el donatario haya aceptado la donación, puede éste, sin embargo, aceptarla y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa dada".

Esta disposición es una excepción al régimen general de oferta del Código Civil según el cual si una de las partes falleciere o perdiere su capacidad para contratar, la oferta quedará sin efecto.

Sin perjuicio de lo establecido en el art. 1795, recordemos que nuestro Código adhiere a la teoría de la expedición (art. 1154), por lo tanto la oferta de donación hecha en escritura pública no será válida mientras no sea remitida al ofertado (donatario).

Entonces, si es posible una promesa de donación por escritura pública que tenga validez luego de la muerte del donante, ¿por qué no aceptar que luego de hacer esa promesa y antes de morir el causante confiera un poder irrevocable para cumplir esa donación?

También en este sentido se expide Gattari, afirmando que el poder nunca podrá ser irrevocable, puesto que le falta el requisito del negocio especial (1977), ya que la donación de inmueble sólo existe y se constituye por escritura pública, pero recuerda que, "el poder que no reúne

(6) En este sentido, Luis Rogelio Llorens en un trabajo publicado en Revista Notarial N° 874, pág. 765.

todos los requisitos del art. 1977 puede ser utilizado como simple poder” y sigue diciendo “ese poder puede ser utilizado para otorgar la escritura pública de donación; empero, acaba por deceso del mandante”, esto porque el art. 1963 dispone en su inc. 3º que el mandato se acaba por el fallecimiento del mandante.

Si bien es cierto, no es menos correcto recordar que el art. 1982 dice: “El mandato continúa subsistiendo aún después de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en el interés común de éste y del mandatario o en el interés de un tercero”; ¿acaso puede pensarse que, en la donación, como contrato gratuito y unilateral, que no está presente el interés de un tercero (donatario) requerido por el art. 1982?. Por el contrario, en la donación, salvo los casos de donación onerosa, el único interés que existe es el del donatario.

Entonces por qué no admitir un mandato especial, sea común o irrevocable, para donar, que sea válido *post mortem*; si la exigencia del art. 1982 está cubierta en un contrato como el de donación en el que el interés que existe es sólo del donatario (tercero).

Por la negativa también se pronuncia Luis R. Llorens argumentando que no se puede conferir un poder especial irrevocable para donar inmuebles porque siempre el donante puede; retractar la voluntad de donar antes de que el donatario la acepte (art. 1793). Aunque sí acepta, como lo hemos expresado más arriba, que en una escritura pública se instrumente una promesa de donación y que ésta tenga validez después de la muerte del donante, aunque no la haya aceptado el donatario antes de morir el donante.

IV. QUEREMOS DECIDIR

Nos permitimos discrepar -con humildad- de la muy autorizada bibliografía que hemos consultado, aunque con el temor propio, debido a nuestra falta de experiencia y porque probablemente hayamos omitido profundizar en tópicos que podrían incidir en el tema que tratamos.

He aquí nuestro pensamiento: El art.1869 define al contrato de

mandato como aquél en que una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esa naturaleza.

Hemos dicho ya que el Código Civil exige que el poder que se dé para realizar una donación (acto jurídico) debe ser especial y contener la especificación del bien a donar; más aún cuando como en nuestro caso se trate de un bien inmueble.

Es decir que se permite que se confiera un poder especial para donar un inmueble.

Cuando se trate de un poder irrevocable, que reúna los requisitos establecidos en el art. 1977: negocio especial, limitado en el tiempo y en razón de un interés legítimo de los contratantes o un tercero, no encontramos la dificultad en aceptarlo como apto para donar inmuebles.

Veamos: existe un negocio especial que es la donación y en lo que a la formalidad exigida por el Código (escritura pública) para el supuesto de donación de inmuebles se refiere, dijimos que es válida la promesa de donación hecha en escritura pública y también posible que luego de hacer esa promesa el mandante otorgue un mandato especial irrevocable como medio de cumplimiento de aquella.

Si no hubiera mediado promesa, el donante es libre de elegir el modo de hacer la donación, habida cuenta de las circunstancias que pueden impedirle realizarla él mismo y por eso podrá optar por un mandato irrevocable. Esto se puede objetar diciendo que al ser la donación de "su libre voluntad", luego no se podrá obligar al donante a efectuar la donación en la hipótesis de que transcurrido un tiempo se arrepienta. Frente a esto podemos decir dos cosas: el notario deberá aconsejarlo (como es su misión) en no otorgar el mandato irrevocable por un tiempo demasiado prolongado, (el art. 1977 no establece un mínimo de tiempo, sólo exige que tenga una limitación temporal) previendo aquella eventualidad, y por otra parte, teniendo al alcance de la mano, la posibilidad de instrumentar un poder especial común, por tanto revocable por su sola voluntad "siempre que quiera" (art. 1970)

¿por qué no hacerlo responsable de su elección?

Esto siempre y cuando el poder irrevocable se otorgue ante escribano público y en concordancia con el tiempo de la declaración de otorgar aquel poder, para dejar a salvo el caso de que el mandante sufra presión física o moral en el momento de declarar su voluntad.

Este mandato irrevocable deberá ser limitado en el tiempo para satisfacer el segundo recaudo del art. 1977 y por último en estos casos existe el interés de un tercero cual es el del donatario.

También debemos atender el supuesto de muerte o incapacidad sobreviniente del mandante, esto tampoco ofrece inconvenientes puesto que como dice Spota “el poder irrevocable subsiste pese a la incapacidad o muerte del poderdante, o bien a su falencia ya que el interés legítimo que ampara puede independizarse del que atañe al mandante”.

Para terminar podemos citar un fallo de la Sala Primera, Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro (R d N 833/93) que se pronuncia a favor de la validez de un poder especial irrevocable otorgado para donar un inmueble determinado y también por su subsistencia después del fallecimiento del mandante.

Expresa que el poder otorgado corresponde a los denominados irrevocables no pudiendo ser objetado formal ni materialmente puesto que reúne las condiciones mencionadas en el art. 1977: respecto al negocio especial, se trata de una donación; en lo que atañe al límite temporal, fue dado por quince años y existe el interés del tercero (donatario).

V. CONCLUSION

* Los requisitos enunciados en el art. 1977 deben concurrir, ya que no se trata de supuestos alternativos

* El pacto de irrevocabilidad debe pactarse claramente

* No hay ningún poder irrevocable absolutamente, ya que el otorgado en ese concepto, es posible revocarlo mediante justa causa

* La donación de inmuebles es un contrato formal *ad solemnitatem*, la forma establecida se convierte en un elemento constitutivo del acto, esencial para su validez

* La promesa de donación realizada en escritura pública sólo vale a partir de su aceptación

* El Código permite que se confiera un poder especial para donar un inmueble

* Cuando se trate de un poder irrevocable, que reúna los requisitos establecidos en el art. 1977: negocio especial, limitado en el tiempo y en razón de un interés legítimo de los contratantes o de un tercero no encontramos la dificultad en aceptarlo como apto para donar inmuebles.

BIBLIOGRAFIA

* Allende, Jorge María, "Donación de inmuebles", Revista del Notariado N° 827, pág. 963, 1991.

* Carminio Castagno, José Carlos, "Poder irrevocable", Revista del Notariado N° 772, pág. 1078, 1980.

* Gattari, Carlos Nicolás, *Práctica Notarial III*, Bs.As., De Palma, 1986.

* Guerreiro, Angel Hugo, "Donación. Poder irrevocable", Revista Notarial N° 878, pág. 179, 1985.

* Llorens, Luis Rogelio y Dr. Castel Nuovo, Gastón, "Donación", Revista Notarial N° 912, pág. 393, 1992.

* Llorens, Luis Rogelio, "Errónea instrumentación: poder irrevocable o post mortem para donar", Revista Notarial N° 874; pág. 765.

* Revista del Notariado N° 826, pág. 833, 1991.

* Revista del Notariado N° 833, pág. 291, 1993.

* Scarano, Adolfo, "Mandato irrevocable", Revista del Notariado N° 768, pág. 2182, 1979.

* Spota, Alberto, *Instituciones del Derecho Civil T. VIII*, Bs. As., Depalma 1986.