

## CONSULTAS

### Consultas Juridiconotariales

I

#### DONACION PRESUNTA. Inexistencia de tal contrato. Subsanación. DONACIÓN DE PARTES INDIVISAS SIN TRADICION

(Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de los proyectos de los escribanos Agustín O. Braschi, presidente de dicha Comisión {[DICTAMEN No. 1] y Francisco Ceravolo [DICTAMEN No. 2], que el Consejo Directivo resolvió dar a conocer en sesión de 24 de abril de 1996) (Expte. 3926-R-1995).

#### DICTAMEN No 1

DOCTRINA: Tratándose del cumplimiento de la obligación contraída por el causante, en lugar de una donación propiamente dicha, la ratificación de lo actuado por el presunto donatario -realizada por el presunto donante a sus sucesores- subsanaría el defecto que origina la impugnación.

#### ANTECEDENTES

Se presenta la escribana P R A en este expediente como consecuencia de haber observado, al realizar el correspondiente estudio de títulos los antecedentes del titular de las unidades, funcional 19 y complementaria I, en parte indivisa. La observación se basa en la existencia de una donación -no remuneratoria ni onerosa realizada por uno de los que fueran condóminos del inmueble a favor de otro de los copropietarios, con el que no existe parentesco.

La presentante advierte al mismo tiempo que, al momento de formalizarse esa "donación", la unidad funcional de que se trata y las partes indivisas de la complementaria, ya se encontraban en posesión de quienes habían firmado boleto de compraventa y cesión posterior, habían pagado totalmente el precio convenido y recibido la unidad y su complementaria como adquirentes de quienes eran sus propietarios y -

tiempo más tarde- firmaron la escritura de donación que origina estas actuaciones.

La presentante realiza una detallada mención de los actos e instrumentos aludidos y recalca que "El pago del precio y la toma de posesión fueron anteriores a la donación", por lo que mal podía haber sido objeto de tal negocio jurídico el inmueble de que se trata. A su entender, lo que debió haber hecho el "donante" al que, respecto de estos bienes, sólo le correspondía, como sucesor del causante, la obligación de escriturar pendiente de cumplimiento y no la cosa en sí misma: era, bien otorgar la correspondiente escritura de venta, o bien un poder especial para que cualquiera de sus condóminos cumpliera con la obligación, entonces a su cargo.

Sugiere como formas de subsanar la observación, cualquiera de las siguientes: 1º) Tramitar la prescripción adquisitiva 2º) Que el "donante" otorgue la escritura de venta de la parte indivisa (225/1000) que sobre la unidad funcional y las partes indivisas de la complementaria correspondieren a don E J A D, quien oportunamente lo declarara su heredero. O 3º) Que se rectifique el contenido de la donación aclarando que, respecto de esas unidades, tenía el alcance de un apoderamiento a efectos de cumplir la obligación de escriturar que tuviera el causante.

## CONSIDERACIONES

"Habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa". Tal la definición del Código, en su art. 1789, que claramente menciona como uno de los elementos la transferencia de la propiedad de la cosa. En igual sentido el art. 1791 dispone: "No son donaciones: 8º Todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente; pero no con el fin de transferir o adquirir el dominio de ellas". Por otra parte, el art. 1800 establece: "Las donaciones no pueden comprender, sino los bienes PRESENTES del donante, y si comprenden también bienes futuros, serán nulos a este respecto..."

En el caso examinado, tal como hiciera notar la presentante, aun cuando en la escritura antecedente el señor R.M.C. y D., como sobrino y heredero declarado de E.J.A.D. , manifestó que donaba gratuitamente al señor M.O.C. las partes indivisas que tenía y le correspondían sobre la totalidad del inmueble de la calle Malabia

3247, en realidad, con referencia a las unidades objeto de esta consulta, NO REALIZABA TAL DONACIÓN. En primer lugar por cuanto, tal como se reconoce en la misma escritura de venta realizada a posreriori de la de donación, aquélla se realizaba "de acuerdo al boleto de compraventa celebrado por las partes el 19 de diciembre de 1975", encontrándose los compradores "en posesión real y efectiva de lo adquirido desde el 26 de julio de 1978" , es decir, un poco más de un año antes de formalizada la presunta donación.

La existencia de la donación se basa en la voluntad del donante de transferir a otro la propiedad de una cosa, tal como surge del art. 1789 y de numerosos fallos concordantes que, como el de la Cámara Civil 1ª (JA, 1942- I-927), aclaran: "Todo acto gratuito que beneficia a una persona constituye una liberalidad; se diferencia de la donación en que ésta encierra la transferencia actual e irrevocable del dominio, por la cual SE EMPOBRECE EL DONANTE Y SE ENRIQUECE EL DONATARIO. La liberalidad es el género, la donación la especie".

En el caso de marras esa voluntad de transferir la propiedad, la de empobrecerse el donante y enriquecer al donatario, no existe ya que en el acervo hereditario del que fue beneficiario el donante, respecto de las unidades objeto de la donación, sólo quedaba dentro del pasivo y como obligación a su cargo, la de otorgar la respectiva escritura de dominio. Por lo tanto, por no existir en el activo sucesorio un verdadero derecho apreciable económicamente en beneficio del heredero donante, no existió un enriquecimiento del adquirente donatario, que sólo recibió la carga del cumplimiento de la obligación pendiente. No hubo liberalidad alguna y, en la medida en que esta no exista, tampoco existe la donación. La cosa había sido entregada y el precio percibido, en vida del causante. El negocio jurídico de la compraventa requería el cumplimiento de la forma impuesta por la ley y la publicidad registral para producir plenos efectos, la titularidad de dominio resultaba una mera apariencia que no respondía a la realidad negocial. Consecuentemente, las partes no consensuaron una donación en los términos de la ley, sólo le dieron esa forma a la transferencia de una obligación (la de escriturar).

Por otra parte, la transmisión del derecho real de propiedad horizontal, como el de dominio, requiere la existencia de dos requisitos indispensables, "título" (en este caso el contrato de donación cuya inexistencia examinamos) y "modo". Y mal pudo haber existido la transmisión del derecho real sin que mediara la tradición de las unidades por no haber estado nunca el tradens (donante) en posesión

material de la cosa, que el causante ya había entregado a los compradores por boleto de compraventa (art. 2475, Cód. Civil). Por lo tanto, tampoco pudo haberla recibido el donatario. Si éste alguna vez la ejerció en su carácter de condómino del inmueble, respecto de las unidades de que se trata, la había perdido por entrega -mediante el boleto de compraventa de fecha 19/12/75, realizada el 26/7/78- y por lo tanto al 30/7/79 reconocía como poseedores de las unidades a los nuevos adquirentes ya que, SE CONSIDERA LEGITIMA LA ADQUISICION DE LA POSESION DEL INMUEBLES DE BUENA FE, MEDIANDO BOLETO DE COMPRAVENTA" (art. 2355, Cód. Civil).

Por lo expuesto, no hubo voluntad de donar ni entrega de la cosa donada, tan sólo con la forma impuesta por la ley se recogieron manifestaciones que no respondían a la realidad negocial, la que nos lleva a lo determinado por los arts. 924 del Cód. Civil: "El error sobre la naturaleza del acto jurídico anula todo lo contenido en el", y 926: "El error sobre la causa principal del acto, o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira, vicia la manifestación de la voluntad, y deja sin efecto lo que en el acto se hubiere dispuesto". Ambas causales, error con relación al negocio y error sobre la causa principal del acto, se evidencian en este caso (Cám. Bahía Blanca, 24/ 7/43 JA 1954-II-99; Cám. Civ. 1ª 25/10/46, LL, 44-546; Cám. Civ. y Com. , 7/7/61, LL, 104-61).

El vicio emergente del error mencionado hace necesario adecuar la realidad negocial a la instrumental y para ello no resultaría de aplicación lo dispuesto en el art. 1200 del Cód. Civil por no existir obligaciones creadas en el aparente contrato de donación ni tampoco haberse transferido derechos reales que puedan extinguirse o retirarse, como precedentemente se estableciera.

La inexistencia de la donación trae como consecuencia que, quien vendió como donatario a los señores S. y Ch., hoy vendedores con título observado, dispuso en realidad de un 225/1000 indiviso que no habla adquirido, por las razones precedentemente expuestas. Ergo, su actuación implicó la venta de una cosa parcialmente ajena, que puede ser convalidada por quien debió haber cumplido con la obligación de escriturar contraída y en este caso, sucedida de su tío (causante) en virtud del boleto de compraventa oportunamente suscripto, con entrega de posesión y pago total del precio, realizados con anterioridad a la escritura observada.

Tal solución sería viable EN ESTE CASO por no existir derechos controvertidos ni afectarse posibles derechos de terceros ya que la

publicidad fue cumplida en ocasión del otorgamiento de las escrituras de presunta donación y venta. No existen más herederos que el pretendido donante, y de aparecer, la operación estaría protegida por la institución del heredero aparente. Si hubiere quien reclamare como heredero del donante no tendría derecho a reivindicación o acción de reducción ya que no existieron valores económicos sustraídos del patrimonio del donante, sino que lo que éste transmitió fue solamente la obligación de escriturar a su cargo. La realidad del negocio jurídico emergente del instrumento privado (boleto de compraventa y posterior cesión) fue reconocida en la escritura pública de venta de las unidades por las partes involucradas, a excepción del causante, a quien se pretendió desinteresar a través de la donación impugnada. El aparente donatario formalizó la transferencia en cumplimiento de lo pactado en el boleto, y el aparente donante, al ratificar la actuación de aquél, prestará conformidad con lo realizado y desistirá de todo eventual reclamo.

## CONCLUSION

En el caso planteado, dadas las particulares circunstancias analizadas, si el presunto donante o sus sucesores ratificaren lo actuado por el presunto donatario en la escritura de venta que llevó a cabo el cumplimiento de la obligación contraída por el causante en el boleto de compraventa oportunamente suscripto (deber éste que fue lo realmente transmitido al señor M.O.C. quien no recibió crédito alguno), se subsanaría el defecto que origina la impugnación.

Obviamente, el recurso de la prescripción adquisitiva también bonificaría el título, pero resultaría una solución más cara y engorrosa que la propuesta que, en este caso concreto, resulta viable.

## DICTAMEN No. 2

DOCTRINA: No teniendo la posesión los vendedores, no podrían haberla transmitido a quienes adquirieron (art. 3270, Cód. Civil), por lo que la donación sólo transmitió la titularidad aparente y registral de la parte indivisa

### I. ANTECEDENTES

Remitimos a las relaciones contenidas en la consulta originaria de este expediente y en el dictamen No. 1, complementadas con las constancias de la escritura otorgada el primero de diciembre de 1995 ante la escribana K. De C.; la sola lectura de estas piezas es suficiente para destacar las muy peculiares características del caso que nos ocupa.

## II CONSIDERACIONES

II.1. Si los negocios jurídicos se celebraron y los hechos jurídicos acaecieron en los tiempos y formas que resultan de dichas narraciones configurándose así la coincidencia entre ellas y la verdad material; si quienes prometieron en venta las unidades del edificio en construcción a que se refiere la consulta estaban legitimados para ello, o sea que los efectos jurídicos de los contratos fueron imputables a sus respectivas esferas patrimoniales; si esos prometedores vendedores percibieron en su momento el precio pactado; si las tradiciones fueron hechas por quienes tenían el derecho de hacerlas; si, entonces, tales extremos reunidos tuvieran el respaldo de la prueba idónea, no caben hesitaciones en afirmar que carecería de andamio la eventual acción que pudieran intentar -de existir- futuros herederos legitimarios del señor R.M.C. fundada en la norma del art. 3955 del Cód Civil.

II.2. A la luz de las premisas sentadas en el párrafo que antecede, los cesionarios de los derechos correspondientes a los señores W., emanados de los correspondientes boletos, permanecían en la posesión de los inmuebles que habrían adquirido legítimamente (Cód. Civil, art. 2355) y cuyo precio habríase satisfecho íntegramente: a la sazón sólo hubiera restado la culminación del proceso de traslación del dominio mediante el otorgamiento de la pertinente escritura pública (Cód. Civil, art. 1184, inc. 1º) y su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble para su oponibilidad a terceros (Cód. Civil, art. 2505). En esa hipótesis, el negocio causal, que llevó a la transmisión dominial de las referidas unidades no pudo ser otro que el de compraventa.

II.3. En la tesitura expuesta, la donación de parte indivisa del edificio conjunto hecha por el señor C. a uno de sus condóminos, documentada en escritura posterior al pago del precio por los compradores o por sus cesionarios y a la posesión legítima que ellos ejercían sobre las unidades, no pudo, en modo alguno, producir el

efecto de transmitir dominio de partes indivisas de esas unidades porque sería imposible la tradición de inmuebles cuya posesión no tenía ninguno de los comuneros vendedores por la sencilla razón de ella correspondía, con absoluta legitimidad, a las personas a quienes ellos les vendieron y a quienes, en su oportunidad, entregaron los inmuebles, con esa calidad de compradores. Los vendedores carecían, por tanto, del *ius possidendi* y del *ius possessionis*; no pudieron ellos, con abstracción de su voluntad, transmitir un derecho mejor ni más extenso del que gozaban; el principio rector del art. 3270 de nuestro Código luce en todo su esplendor.

II.4. En todo caso, la única virtualidad de la donación respecto de las unidades de que se trata, fue la de transferir al condómino donatario la titularidad aparente y registral de parte indivisa conjuntamente con la obligación -incumbente al donante, mancomunadamente con los otros condóminos vendedores-, de otorgar la escritura pública de compraventa para, de tal guisa, cerrar, con ajuste a derecho, el ciclo del inexorable desplazamiento del dominio de esas unidades, como así se hizo con posterioridad.

II.5. Lo hasta aquí expuesto torna innecesaria toda consideración acerca de la hipotética inexistencia, nulidad o anulabilidad de la donación por presunto error sobre la naturaleza del acto. Repárese, sobre el particular, que no aparecen vicios determinantes de nulidad manifiesta, en cuyo caso la sanción emana directamente de la ley; por otra parte, si en realidad hubiere mediado error en la causa, error que la doctrina denomina "obstativo" o "impeditivo", habría inexistencia del negocio según la doctrina que admite esa teoría en nuestro derecho; nulidad, para otro sector de la doctrina; o anulabilidad, con sujeción a los términos del art. 924 del Cód. Civil. En el subexamen, la inexistencia, nulidad o anulación -con arreglo a las diversas posiciones doctrinales- son dependientes de investigación y apreciación del órgano jurisdiccional competente.

II.6. Por otra parte, conforme con lo dispuesto por el citado art. 924, "el error sobre la naturaleza del acto jurídico anula todo lo contenido en él", resultado que sería notoriamente excesivo si se piensa que la donación versó sobre parte indivisa de la totalidad del edificio, es decir, cuando aun no se habla constituido el estado de propiedad horizontal, por lo que esa donación pudo haber tenido plenos efectos con relación a unidades no vendidas o que, prometidas en venta, se hallaren pendientes de satisfacción los precios o parte de los mismos.

Entendemos, por tanto, que en el caso la solución es la explicitada en el párrafo II.4 del presente.

II.7. Adviértase, sin embargo, que, deliberadamente, hemos empleado el modo potencial en la redacción del párrafo II.1, estableciendo así premisas que autorizan la conclusión a que se arriba. Obviamente, si los requisitos que conforman tales premisas no concordaren con la realidad, la solución sería distinta; de no ser así se abriría un ancho y peligroso camino que posibilitaría a las partes cambiar, en cualquier momento y a su solo arbitrio, la causa del negocio jurídico con la inevitable derivación de eventuales perjuicios de derechos de terceros, como serían los del supuesto heredero legitimario del donante; tal posibilidad nos parece inadmisibles

## II

### DIVISIÓN DE CONDOMINIO -ENTRE CONYUGES- DE INMUEBLES GANANCIALES. Su factibilidad.

Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de los proyectos de los escribanos Mariana E. Levín Rabey [DICTAMEN No. 1] -en minoría en dicha Comisión-, Martín J. Giralt Font [DICTAMEN No. 2] y Francisco Ceravolo [DICTAMEN No. 3] complementando el No. 2-, aprobados ambos por la mayoría de la misma, y que el Consejo Directivo resolvió dar a conocer en sesión de 8 de mayo de 1996 ) (Expte. 3884-D-1995).

#### DICTAMEN No. 1

DOCIR1NA: El régimen patrimonial del matrimonio implica una serie de relaciones jurídicas entre los cónyuges, y si bien cada uno es titular de los bienes que adquiere, o que ambos son cotitulares (si adquieren juntos y con dinero ganancial), no es posible hablar propiamente de un condominio de bienes gananciales (caso de gananciales de titularidad conjunta): por lo que solamente puede haber "liquidación" del régimen de gananciales de titularidad conjunta cuando se disuelve la sociedad conyugal.

#### ANTECEDENTES