

Poder especial para donar

Dictamen elaborado por la escribana **MARIANA C. MASSONE** y aprobado en forma unánime por la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires el día 17 de marzo de 2010.

Doctrina

- 1) *Se requieren poderes especiales para aceptar donaciones de inmuebles, conforme lo disponen los artículos 1797 y 1808 inciso 5º del Código Civil.*
- 2) *Se requieren poderes especiales con designación de bienes determinados para realizar donaciones, conforme lo disponen los artículos 1881 inciso 8º y 1807 inciso 6º del Código Civil.*
- 3) *La irrevocabilidad pactada en un poder especial para realizar una donación no lo invalida, puesto que si reúne los requisitos impuestos por la ley de fondo, debe ser considerado como un poder común.*

Antecedentes

Por escritura número XX, de fecha 22 de junio de 1999, otorgada ante la escribana del Partido de Vicente López, A. M. D., al folio XX del Registro XX, se transfirió a título de donación la mitad indivisa de la unidad funcional 2 y complementario I del edificio de la calle Pavón de esta Ciudad.

En representación de la parte donante y de la parte donataria, comparece la señora W. L. S. La representación ejercida respecto del donante se acredita con la escritura de poder especial irrevocable otorgada en Málaga, España, ante el notario A. C. T., con fecha 8 de enero de 1999. De igual forma, la representación ejercida respecto de la donataria se acredita con la escritura de poder especial irrevocable otorgada ante el mismo notario y en la misma fecha. En ambos instrumentos se autoriza especí-

ficamente a la apoderada a realizar los actos que concluyen en la escritura relacionada en el párrafo referente, determinándose en forma expresa el inmueble objeto de la donación.

El escribano J. C. C. trae los citados antecedentes a esta consulta a los efectos de determinar si la escritura de donación del 22 de junio de 1999 es válida, habiendo sido instrumentada mediante los poderes especiales irrevocables antes relacionados.

En su presentación, el colega consultante reseña las distintas posturas que existen al respecto, tanto las que niegan que un poder otorgado en estas condiciones pueda ser utilizado para instrumentar la donación, aquellas que aceptan que pueda ser utilizado, y una tercera postura –a la que denomina intermedia-. Agrega que expone estas tres posturas porque *“esa suerte de creencia notarial generalizada de ‘que el poder especial irrevocable para donar no sirve’ por lo que el acto sería nulo (...) debe ser matizada. No corresponde en este lugar entrar en la discusión jurídica, porque el tema de consulta es más sencillo. En realidad si se observa bien, tanto el donante como la donataria otorgaron poder para donar y para aceptar la donación en la misma fecha y ante el mismo notario español. Parece claro –siguiendo a Lamber cuyo criterio en este aspecto compartimos– que tanto uno como el otro quisieron hacer actual la donación. Lo que sucede es que estaban en España y el recurso a la donación sujeta a posterior aceptación, que no requiere en su instrumentación la expedición de certificados, y la aceptación posterior, que sí requiere los trámites para la inscripción, no era viable. Quizás lo podrían haber instrumentado como donación y luego por aplicación del artículo 1211 del Código Civil haber pedido por vía judicial la protocolización y la inscripción. No lo hicieron (...)”*.

Finalmente, concluye el colega su presentación afirmando que, si bien no existe unanimidad doctrinaria respecto a la posibilidad de la utilización de poderes especiales irrevocables para donar, lo que no es cuestionado es que el poder especial, aunque diga irrevocable, sirve como poder común en vida del donante. Y para asegurar la vigencia de este apoderamiento especial, el escribano J. C. C. acompaña a los antecedentes antes relacionados, la partida de defunción del donante de fecha 7 de mayo de 2000, con lo que se acredita que el poder, al menos

como común, estaba vigente al momento de ser utilizado para instrumentar la donación.

Consideraciones

Por aplicación del artículo 1797 del Código Civil, para aceptar donaciones por intermedio de un apoderado se requiere de un poder especial o de un general de administración de bienes. Respecto de la contradicción que existiría con las normas contenidas por los artículos 1808 inciso 5° y 1881 inciso 7° del mismo cuerpo legal, existen tres posturas: **a)** La que hace prevalecer el artículo 1797; **b)** La intermedia, que sostiene que el poder general de administración es suficiente para aceptar la donación de cosas muebles por cuanto este acto constituye un simple acto de administración; y **c)** Aquella que hace prevalecer el artículo 1808, rechazando la posibilidad prevista por el artículo 1797 de que la aceptación sea instrumentada a través de un poder general de administración¹.

Para realizar donaciones a través de mandatarios rigen los artículos 1881 inciso 8° y 1807 inciso 6°. Ambas normas exigen la utilización de poderes especiales, mientras que la última de las citadas agrega el requisito de la designación de los bienes determinados que se pueden donar. Así se sostiene que, a excepción del supuesto de las gratificaciones de pequeñas sumas a las que se refiere el inciso 8° del artículo 1881, no basta que el poder faculte al apoderado a donar, sino que es preciso que se determinen las cosas que el mandatario puede donar².

Habiendo establecido previamente los requisitos impuestos para esta clase de poderes, corresponde que analicemos si los mismos pueden ser otorgados en forma irrevocable.

Respecto de este tema, un sector de la doctrina sostiene que es imposible el otorgamiento de un poder especial irrevocable para donar por cuanto no existe uno de los requisitos esenciales de la irrevocabilidad, que es la existencia de un negocio especial anterior o simultáneo con su otorgamiento³. Cierta jurisprudencia ha dicho, siguiendo este razonamiento, que “No cabe concebir un poder especial irrevocable para donar, pues no puede asegurarse, con la irrevocabilidad del mismo, la ejecución

1. Son las opiniones de MACHADO, LLERENA y BORDA, respectivamente, citados por BELLUSCIO, Augusto C. y otros en *Código Civil y leyes complementarias. Comentario, anotado y concordado*, Tomo 9, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.

2. BELLUSCIO, Augusto C. y otros, ob. cit.

3. ETCHEGARAY, Natalio P., *Revista Notarial Nro. 870*, p. 1235. ARMELLA, Cristina, *El Notario*, abril 2008, n° 16 –ambos citados por el consultante-. D’ALESSIO, Carlos M. y otros, *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*. Tomo 1, p. 544. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007.

de un acto que no existe"⁴.

Una segunda opinión afirma que la irrevocabilidad de un poder especial para donar es válida ya que la norma exige que exista un interés legítimo, requisito que se satisface en la voluntad del propio mandante que quiere donar. Así, CARMINIO CASTAGNO⁵ sostiene que *"no es menester que el interés legítimo se halle necesariamente vinculado a un negocio preexistente"*, ya que la actual redacción de la norma contiene una expresión de mayor amplitud que la de "contrato base", y ese interés legítimo puede originarse en situaciones no contractuales.

En igual sentido, LLORENS⁶ se ocupa de separar los conceptos de revocación de la eficacia *post mortem*. Este autor sostiene que la "irrevocabilidad absoluta" deriva del contenido del contrato base y este supuesto sólo se da en el caso de que el negocio preexistente impida al otorgante extinguir la relación de mandato por su sola voluntad; esto ocurre cuando el mandante se encuentra totalmente desinteresado y el ejemplo típico es el del boleto de compraventa con el precio totalmente pago. La "irrevocabilidad relativa", en cambio, se sustenta en un negocio que el otorgante puede extinguir *ex nunc* y así puede otorgarse un poder irrevocable para donar, ya que el donante conserva la facultad de revocar la oferta antes de la donación y la revocación le acarreará la obligación de indemnizar los daños ocasionados al mandatario o al donatario.

SOLARI COSTA⁷ distingue el poder irrevocable "por esencia", en el que *"existe un negocio base que da causa al poder más allá del mandato"*, del poder irrevocable "convencional", en el que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y no por reunirse los requisitos del artículo 1977 del Código Civil, pactan la irrevocabilidad y en el que su revocación está permitida, originando *"derechos indemnizatorios a favor del mandatario (si la revocación es intempestiva o abusiva)"*.

La posición intermedia citada por el consultante es la sostenida por LAMBER, quien sostiene que pretender irrevocable lo que es revocable es contrario a derecho; *"de lo que se trata no es de la perduración en el tiempo del poder, aún después de la muerte del poderdante, por efecto de la irrevocabilidad o pacto post-mortem, sino del contenido de la declaración formulada al otorgar el poder"*⁸.

4. "Guterman, Silvia Elvira y otros c. Alegre, Patricia Rosa s/ nulidad de acto jurídico y Alegre, Patricia Rosa c. Guterman, Silvia Elvira s/ división de condominio", Cámara Nacional Civil, Sala G, 13/6/2004. Publicado en *Revista del Notariado* Nro. 878, p. 145.

5. CARMINIO CASTAGNO, José C. "Mandato irrevocable y "contratos base". DJ 2007-II, p. 303.

6. LLORENS, Luis R. "Irrevocabilidad y eficacia "post mortem". Dos conceptos diferentes" DJ 1992-1, 1057, en comentario al fallo "Vaccani, Angel c. Tolosa, Leonor F", Cámara 1ª. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala 1 del 04/04/1991.

7. SOLARI COSTA, Osvaldo. "Poder irrevocable convencional y poder irrevocable por esencia". *Revista del Notariado* Nro. 849, 1997, p. 117.

8. Citado por el consultante. LAMBER, Rubén A. *Donaciones*, p. 94. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008.

Creemos que el poder especial para donar no puede ser otorgado con la modalidad de su irrevocabilidad por cuanto ello implicaría sustraerse de la disposición contenida en el artículo 1793 del Código Civil que dispone: *“Antes que la donación sea aceptada, el donante puede revocarla expresa o tácitamente, vendiendo, hipotecando, o dando a otros las cosas comprendidas en la donación”*.

La norma transcrita refleja el principio establecido por el artículo 1150 del Código Civil según el cual la oferta puede ser retractada mientras no sea aceptada. Pero no resultan aplicables al caso de la oferta de donación las excepciones previstas por el artículo mencionado, de forma tal que el ofertante no puede renunciar a la facultad de retirar la oferta ni de obligarse a permanecer en ella hasta una época determinada⁹.

Conclusiones

Los poderes especiales traídos a esta consulta reúnen los requisitos establecidos por la normativa de fondo para el otorgamiento de la escritura de donación formalizada el 22 de junio de 1999, por lo que esta última debe considerarse válida.

Coincidimos con el consultante en el sentido de que no resulta trascendente a los efectos de esta consulta *“entrar en la discusión jurídica”*, ya que sea que adoptemos una u otra posición, mientras el poder no se haya extinguido por ninguna causal (revocación, muerte, renuncia, etc.), debe ser considerado como un poder especial común.

9. BELLUSCIO, Augusto C. y otros, ob. cit.