

# La *actio pro forma* en sede de donación sobre bienes inmuebles: el zigzag jurisprudencial del Tribunal Supremo

Leonardo B. Pérez Gallardo<sup>1</sup>

1. La noción de forma en las cuerdas del Código Civil cubano: La forma según el sentido del artículo 51. 2. La forma a la que alude el artículo 313. 3. Donación sobre bienes inmuebles ¿Forma solemne constitutiva o como presupuesto de eficacia frente a terceros? 3.1. ¿Es dable el ejercicio de la *actio pro forma* artículo 313 en los supuestos de donación de bienes inmuebles? 4. A modo de epílogo: la tensión entre la construcción teórica de una figura jurídica y el posible sentido de la justicia. Bibliografía.

## 1. La noción de forma en las cuerdas del Código Civil cubano: La forma según el sentido del artículo 51

La forma como elemento constitutivo del acto jurídico ha sido tema manido en la doctrina científica, incluso en la reciente doctrina cubana. Una y otra vez se recurre a un concepto que no por estudiado tiene cráteres inexplorados. Sobre todo a partir de conceptos tomados desde la doctrina española preferentemente y que entran en franca colisión con la manera en la que el legislador cubano intenta regular la forma de los actos jurídicos en un esfuerzo por mantener el principio de consensualidad frente a un neoformalismo insurgente, con vocación de seguridad jurídica plena que puede distorsionar la imagen clásica de cómo la forma

se enfoca tras el prisma de los actos jurídicos, pero muy en concreto, de los contratos.

Entendida la forma como la manera de exteriorizar la voluntad de los agentes que protagonizan el acto jurídico, ha de comprenderse entonces que no hay acto jurídico sin forma, aún sea este oral, por señas, apretones de manos, o cualquier otra manera de externalizar esa voluntad. De ahí que es improcedente definir la existencia de actos no formales, pues ello supone una *contraditio in terminis*. La forma es para el acto jurídico, lo que la sombra respecto de los cuerpos. La forma es un elemento consustancial al acto jurídico. Lo que acontece es que el Derecho dispone ciertos requerimientos de forma, que permiten adjetivar o graduar el concepto mismo de forma en relación con cada acto jurídico en cuestión. Para Díez-PICAZO la idea de forma del contrato supone “un conjunto de solemnidades exteriores que son consideradas como un necesario vehículo de expresión de la voluntad contractual, la cual debe quedar exteriormente revestida con ellas con el fin de que alcance plena validez y eficacia jurídica”<sup>2</sup>. Siguiendo al autor, la forma desempeña dos funciones básicas: una el efecto psicológico que ella lleva consigo, que el maestro español define como “la sensación que los contratantes

1 Profesor Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba

2 Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, volumen I - *Introducción. Teoría del contrato*, volumen I, 6ª edición, Thomson - Civitas, Madrid, Pamplona, 2007, p. 288.

experimentan de quedar especialmente obligados”, de modo que se contribuye con ello a evitar la precipitación, la irreflexión o la imprevisión en la concertación del contrato y la otra la de certidumbre, al aislarse y determinarse el verdadero contenido del contrato, distinguiéndose los tratos preliminares o conversaciones previas, certidumbre que extiende su manto protector a la identificación de las partes, su capacidad al tiempo de concertarse el contrato y las circunstancias relativas al *locus* y al *tempus contractus*, certidumbre que alcanza también el contenido del contrato, facilitando su prueba y preconstituyendo su contenido, por lo cual se evita tener que recurrir a reconstrucciones posteriores, siempre inciertas, confusas e inexactas. En fin, como dice Díez-PICAZO, la forma asume una misión precautelar, en evitación de futuros litigios, y facilitadora, aun en caso de litis, de la ejecución del contrato<sup>3</sup>.

El artículo 51 del vigente Código Civil cubano es la piedra angular – junto al polémico artículo 313 del propio cuerpo legal-, de la forma en los actos jurídicos. Como ha quedado apuntado, forma y documento no son sinónimos. El documento es una manera de cumplimentar la forma. Digamos además que el documento es el modo más generalizado en que la forma se externaliza. El artículo 51 apuesta por una forma con función meramente probatoria, en consonancia con el principio de seguridad jurídica. Un acto documentado, sea por documento privado o público, confiere mayor grado de certeza a las relaciones jurídicas, es el impacto psicológico que la fijación de las declaraciones de voluntad tiene para las partes, y a lo cual ya se ha hecho referencia. Las partes se entienden más comprometidas con la palabra dada cuando esta consta documentalmente, si bien no cabe confundir el acto jurídico (contenido) con el documento (continente).

El artículo 51, por lo tanto, se inclina a alertar sobre el valor probatorio del documento, de ahí el verbo rector “deben”, y no tienen que constar por escrito. Tal alerta viene motivada por tres situaciones distintas: el valor del bien objeto del

acto jurídico (encaminado esencialmente para los contratos), por demás hoy totalmente desactualizado, al resultar inapropiado fijar un valor nominal, obviando el legislador los vaivenes del valor de la moneda como consecuencia de los procesos inflacionarios y deflacionarios, la naturaleza de los sujetos intervinientes, concretamente el que lo sean personas jurídicas (según los artículos 39 y siguientes del propio texto legal) y una tercera situación, con remisión expresa y genérica a la ley, o sea, también todos aquellos actos que a juicio del legislador, deban constar por escrito. La forma a que este precepto refiere, no es preceptiva. Y su ausencia no provoca la nulidad del acto jurídico. Así lo dejó dicho la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia No. 120 de 24 de febrero de 2004 (tercer Considerando) de la que fue ponente Díaz Tenreiro, en fecha en la que la compraventa de automóviles (en los supuestos en que se permitía) era costumbre que se hiciera verbalmente entre las partes. De modo que, ante la ausencia de documento, al menos privado, si se probaba la existencia del resto de los requisitos del contrato, este se consideraba válido y eficaz. En tal orden se pronuncia el Tribunal al aducir que “... el requisito de forma que contiene el señalado inciso b) del artículo cincuenta y uno, no es esencial para asegurar la validez y eficacia de un acto jurídico de la naturaleza del que se examina (compraventa de automóvil entre particulares), y menos aún el hecho de no constar de esa forma signifique que se esté en el supuesto de nulidad absoluta que preconiza el artículo sesenta y siete también mencionado, en el entendido que ésta existe cuando el acto se crea o nace contraviniendo preceptos imperativos de la ley (...)”. Criterio que se reitera en la Sentencia No. 535, de 30 de julio del propio año, en su segundo Considerando, de la que fue ponente Acosta Ricart, en el sentido de que “... si bien el artículo cincuenta y uno inciso uno (sic) del Código Civil no es preceptivo, no resultando en todo caso requisito esencial de validez del acto jurídico su existencia documental (...)”. Luego, también reiterado en sendas sentencias en las se hace especial énfasis en la naturaleza no preceptiva de la forma a la que alude el artículo 51 y su intrascendencia para el ejercicio de la nulidad absoluto regulada en el artículo 67 b) del propio Código Civil,

3 Ídem, p. 289.

de manera que “no resulta atendible la vulneración que se denuncia en cuanto a la falta de aplicación del artículo cincuenta y uno inciso b) del Código Civil, por su no aplicación, pues el mismo no es preceptivo en tanto establece que deberán constar por escrito los actos cuyo objeto tenga un valor superior a quinientos pesos, o sea que dicha formalidad no constituye requisito esencial de su eficacia; por tanto puede reconocerse cuando esté probada su existencia por concurrir todos los elementos esenciales del negocio de que se trate”, Sentencia No.400 de 30 de junio de 2015, segundo Considerando, ponente Acosta Ricart. Forma que igualmente tendrá carácter probatorio para aquellos tipos contractuales en el que no se prescribe una forma imperativa como en el préstamo, según se dejó claro en la Sentencia No. 619 de 30 de septiembre de 2015, segundo Considerando, ponente Acosta Ricart, de modo que “... no puede apreciarse en la sentencia la infracción denunciada respecto al artículo cincuenta y uno, inciso b) del Código Civil pues este no es preceptivo; por tanto, no resulta requisito esencial de validez del acto jurídico de préstamo que nos ocupa, su existencia documentada”.

En sentido general, en este preciso orden, ha sido constante y reiterada la posición del Alto Foro en cuanto al sentido de la forma que preconiza el artículo 51 del Código Civil, se trata de una norma que no impone la forma, sino tiene un valor, digamos, de precaución. El legislador advierte de la necesidad de que el acto se haga constar por escrito y las partes, incluso, de ser necesaria esa forma de cara a la oponibilidad de los efectos del contrato, o a su inscribibilidad en determinados registros públicos pueden llenar su cumplimiento mediante el ejercicio de la *actio pro forma*, según el dictado del artículo 313 del propio Código. Como ha apuntado la profesora HERAS HERNÁNDEZ, al comentar el artículo 51, “la exigencia de la forma escrita no tiene la consideración de elemento esencial del contrato y por tanto no condiciona la validez o eficacia obligatoria del mismo, pudiendo las partes compelerse recíprocamente a llenar la forma señalada”<sup>4</sup>, para concluir afirmando

4 HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, “Comentario al artículo 51”, en *Comentarios al Código Civil cubano*, tomo I – *Disposiciones preliminares, Libro I Relación jurídica*, volumen II (artículos 38 al 80), Félix Varela, La Habana, 2014, p. 184.

que el mencionado precepto “es merecedor, por tanto, de una interpretación espiritualista y amplia acorde con la tradición jurídica”<sup>5</sup>, la que como he anticipado ha hecho el Tribunal Supremo.

## 2. La forma a la que alude el artículo 313

Intentar ofrecer una interpretación del artículo 313 del Código Civil cubano en la sistemática del ordenamiento jurídico resulta tan difícil como tener éxito en armar un cubo de Rubí en pocos segundos. Empero, para entender la tesis que pretendo defender hay que, necesariamente deslindar los confines de este precepto, que es una versión diríase “atrofiada” del artículo 1279 del Código Civil español, ineludible antecedente en el cual se inspira con imprecisiones técnicas que le ha llevado a las más disímiles versiones hermenéuticas.

Si bien el artículo 51 tiene un alcance general, aplicable a todo tipo de acto jurídico, ya sea contractual o no, el artículo 313 tiene una órbita de acción mucho más reducida, solo corresponde su aplicación al ámbito netamente contractual. Sin embargo en el ámbito de actuación cubana, en interpretación acomodaticia de las partes, e inexplicable por los tribunales, se ha hecho extensiva su aplicación a situaciones de naturaleza no contractual.

El artículo 313 parte de una contradicción misma en su formulación, que abandona la prístina redacción de su antecedente más inmediato, a saber: el artículo 1279 del Código Civil español. El precepto se inspira en la libertad de formas en materia de contratación, cuyo artículo 310 es expresión clara de ello, a cuyo tenor: “*El contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad*”, o sea, suficiente las manifestaciones coincidentes de voluntad, que hacen nacer el consentimiento para que nazca el contrato. Las formas a que alude el artículo 313 presuponen la previa perfección del contrato. La *actio pro forma*, es una acción que nace para

5 Ídem.

las partes contratantes, cuando, perfeccionado el contrato, por constar los elementos esenciales del acto jurídico, se hace necesario hacer valer los efectos de este, sobre todo en lo que concierne a su oponibilidad e inscribibilidad, no frente a las partes mismas, sino frente a terceros. Pero esta obligación de hacer se impone, para el cumplimiento de otros requerimientos que el ordenamiento jurídico exige, aun cuando las partes hayan cumplido con las obligaciones principales del contrato.

¿Dónde radica pues la contradicción a la que se alude? Si leemos detenidamente la fórmula normativa contenida en el artículo 313 se podría constatar que el legislador parte de que el éxito del ejercicio de la acción depende de que haya constancia - se supone que probatoria-, por cualquier medio, sea prueba testifical, documental privada u otro que en Derecho corresponda de la existencia de los “*demás requisitos necesarios para su validez*”, ergo el término validez hay que hacerlo coincidir con eficacia y no con perfección. Pues si la forma documental es un requisito de la perfección del contrato, poco se ganaría con el ejercicio de la *actio pro forma*. El contrato no se puede perfeccionar a instancia judicial, en todo caso, lo que es posible por esta vía es que las partes puedan compelerse recíprocamente a llenar las formas impuestas por el legislador, o por ellas mismas en ejercicio de la autonomía privada, pero no un requisito que el legislador exige para que el contrato sea válido, o lo que es lo mismo perfecto. Así, sería posible el ejercicio de la *actio pro forma* en un contrato de préstamo concertado verbalmente como lo ha dejado dicho el Alto Foro<sup>6</sup>, pues para el préstamo no se exige una forma como requisito esencial de la constitución del contrato.

En los comentarios al artículo 1279 del Código Civil español, O'CALLAGHAN expresa que dicho precepto “establece que a ciertos contratos, la ley puede exigir que consten en docu-

6 “... en lo concerniente a la carencia de la forma escrita en el controvertido negocio de préstamo concertado, es requisito no esencial que el legislador recomienda a modo de prueba de la relación jurídica contractual y en consecuencia, no determinante en su existencia, para cuyo cumplimiento prevé la acción pro forma a que se refiere el artículo trescientos trece del Código Civil”, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 32 de 12 de febrero del 2013, tercer Considerando (ponente González García).

mento público o privado (...). Tales contratos deberán reunir los elementos esenciales de consentimiento, objeto y causa y concurriendo ya todos ellos (...), entonces podrá y deberá cumplirse la forma que exige la ley”<sup>7</sup>.

A juicio del autor, la forma a la que se refiere el precepto en cuestión, que pudiera ser aplicable *mutatis mutandi* a nuestro artículo 313, es una forma *ad probationem*, no como elemento esencial del contrato, sino como presupuesto de su inscribibilidad registral, para lograr un título ejecutivo, para facilitar la prelación crediticia, o para afectar a un tercero, pero nunca como elemento constitutivo del contrato<sup>8</sup>. Es que se llama efectos secundarios del contrato, “cuando el artículo 1.280 enumera una serie de supuestos en los que el negocio o contrato ‘deberá constar en documento público’, se refiere, en general, no a forma en sentido constitutivo o forma esencial (*ad solemnitatem*), sino a forma para determinados efectos secundarios, así, forma *ad probationem*, referida a la facilitación de la prueba o a la desviación del *onus probandi*, pues la forma no vincula al juez, (...), o para la constitución de otros efectos especiales (embargo preventivo, admisión a los Registros públicos, prelación de créditos, etc.), ya que el artículo 1.280 (...), ha de ser interpretado con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1.279 y bajo el prisma del artículo 1.278 C”<sup>9</sup>.

Si bien el artículo 313 del Código Civil ha sido la herramienta que han utilizado los operadores del Derecho para validar los más disímiles actos jurídicos contractuales, sobre todo los relativos a bienes inmuebles, hay que entender que el precepto no puede ser utilizado como un comodín para saciar las más diversas apetencias procesales. Bajo el paraguas de este precepto, la forma se erige con una función, a mi juicio, que supera la meramente probatoria, para sustentar incardinarse entonces en una función *ad utilitatem*.

7 O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 6ª edición, La Ley WoltersKluwer, Madrid, 2008, p. 1310.

8 Ídem.

9 DE LOS MOZOS, José Luis, “La forma del negocio jurídico”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXI, fascículo IV, octubre-diciembre 1968, p. 763.

Como dejara dicho hace ya unos años en suelo patrio dijera la profesora CHIKOC BARREDA: “Tenemos entonces, un contrato para el que la ley exige una determinada forma, del cual se deriva una acción que refuerza la situación jurídica de las partes, al permitirles interesar, del órgano competente, la reducción del contrato a la formalidad prevista. La mera existencia de dicha facultad (*actio pro forma*) como efecto derivado de un acto jurídico, conlleva implícitamente al reconocimiento de su perfección y eficacia. ¿De qué otra manera puede entenderse, entonces, que nazca la supramencionada facultad? La norma es explícita cuando reconoce haber intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.

“Como para que tenga lugar la consecuencia jurídica (nacimiento de la *actio pro forma*) se requiere la validez del acto del cual dimana, la omisión del requisito formal no puede generar la inexistencia del acto. Por tanto, la lectura del supuesto fáctico de la norma no puede ser ‘exigencia de forma sustancial’ sino de otro tipo. Sólo así podemos llegar a una conclusión coherente”<sup>10</sup>.

Y en este orden se ha explayado el Alto Foro cuando en su Sentencia No. 570 de 20 de agosto de 2004, en su segundo Considerando (ponente Carrasco Casi) deja dicho que “... *el artículo trescientos trece del propio Código no priva de efectos en los términos pretendidos a los contratos no escritos cuando existe constancia por otros medios, de haber intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez (...)*”.

### **3. Donación sobre bienes inmuebles ¿Forma solemne constitutiva o como presupuesto de eficacia frente a terceros?**

De los tipos contractuales regulados en el Código Civil cubano, como ya he puesto en otro trabajo, ningún otro manifiesta ribetes, tan heterogéneos como la donación, cuya propia naturaleza contractual hoy nadie discute, si

10 CHIKOC BARREDA, Naiví, “La forma en el Código civil cubano: el devenir de una función (administrativización del Derecho civil en sede inmobiliaria y límites a la autonomía de la voluntad, relajación del elemento formal, eliminación de formas habilitantes, nueva faceta en la contratación, características del nuevo espacio contractual” (inédito, cortesía de la autora).

bien no deja de estar desprovista de aparentes contradicciones<sup>11</sup>.

La donación es el paradigma de las liberalidades inter vivos, y supone una transmisión patrimonial de un activo de un sujeto a otro, sustentada en el *animus donandi* y en la gratuidad del acto, “... *entendido como aquel por el cual una persona con el ánimo de liberalidad se empobrece en una porción de su patrimonio en provecho de otra que se enriquece con ello; de lo cual ha de entenderse que no hay donación sin el empobrecimiento del patrimonio del que gratuitamente sirve en beneficio de otro (...)*”(Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 70 de 31 de marzo de 2009, único Considerando, ponente Acosta Ricart). La donación implica transmisión de un bien o un conjunto de bienes, con el recaudo, establecido legalmente, de mantener en el patrimonio del donante, bienes que hagan frente a las deudas y que permita la subsistencia del donante, so pena de que el acto sea declarado inoficioso (al menos en la fórmula que establece el artículo 378 b) del vigente Código Civil).

Teniendo en cuenta la naturaleza propia de la donación, a lo cual se suma la de los bienes sobre los cuales recae, cuando estos son inmuebles, los códigos civiles tienden a establecer con carácter preceptivo, una forma con función constitutiva o solemne, de manera que no hay donación sobre bienes inmuebles si, tanto la oferta de donación como la aceptación de esta, no se instrumentan por escritura pública.

Esta fue la fórmula empleada por el legislador español en su artículo 633, trasunto del artículo 374 de nuestro Código Civil. Conforme con el precepto español en su primer párrafo, la validez de la donación sobre bienes inmuebles está supeditada a su instrumentación por escritura pública, previa individualización de los bienes que se donan<sup>12</sup>.

11 Sobre el tema en el contexto cubano, *vid.* mi artículo “La donación en el Código Civil cubano: ¿contrato con eficacia promisorio o dispositiva? Notas para atizar una polémica”, en *Revista Crítica de Derecho Privado* (Uruguay), No. 10, 2013, pp.363-380 y la doctrina, sobre todo española, allí referenciada.

12 En el Derecho italiano la donación se considera un negocio solemne, cualquiera sea el objeto de la liberalidad (bienes muebles o inmuebles), *vid.* artículo 782 del *Codice*, se exceptúan los supuestos de donaciones manuales y de donaciones indirectas.

Las razones que motivan que la donación sobre bienes inmuebles sea una excepción al principio espiritualista o de libertad de forma pueden ser de diversa naturaleza, pero en todo caso, sustentadas desde el Derecho español, dada la proximidad histórica con tal ordenamiento, pueden ser hoy día reiteradas dada la incidencia que tiene en el Derecho cubano, así:

- a) La necesidad de dar certeza y fijación jurídica a un acto de desprendimiento patrimonial, dejando constancia indubitada de la voluntad de donar, el objeto de la donación y su cuantía;
- b) La necesidad de dar publicidad registral a la donación;
- c) Para evitar actos de prodigalidad excesiva que pudieran comprometer seriamente el patrimonio del donante y con ello impedir actos irreflexivos de los cuales pudiera arrepentirse el disponente;
- d) La tutela de los intereses de terceros acreedores o de los legitimarios, quienes pudieran ejercitar, de afectarles el acto de donación, ya sea la acción revocatoria o pauliana o la acción de reducción por inoficiosidad de la donación, en razón de la tutela a la intangibilidad cuantitativa de la legítima.
- e) La evitación de voluntades captatorias, al formarse e instrumentarse el negocio en sede notarial con el debido asesoramiento técnico-jurídico<sup>13</sup>.

Si bien estas razones podrían ser objetadas, lo cierto es que en esencia suponen la previsión del legislador por llenar de cautelas un acto jurídico que no por cotidiano resulta menos trascendente en el orden jurídico y en la vida familiar. Sustentada la mayoría de los tipos contractuales en la conmutatividad, el equilibrio contractual, la existencia de prestaciones y contraprestaciones; la estructura arquitectónica de la donación es diferente, pues implica un solo punto de llegada: el del beneficiario de la liberalidad y un solo punto de referencia: el del donante, artífice del acto, transmisor del bien y titular del patrimonio que sufre un decrecimiento, solo justificable

13 *Apud* ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y Silvia DÍAZ ALABART, *La donación*, Fundación registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 185-186.

por el *animus donandi*, esto es, el espíritu de liberalidad, que como apuntara JOSSE RAND “constituye su armadura y (...) le insufla la vida”<sup>14</sup>.

La donación de bienes inmuebles, se convierte en un contrato para el cual los ordenamientos jurídicos toman cuantas precauciones resulten necesarias, en aras del principio de seguridad jurídica. Al hacer alusión al artículo 633 del Código Civil español FERRANDIS VILELLA apuntaba que “La exigencia formal establecida (...) es de las más rigurosas que conoce nuestro sistema, inspirado fundamentalmente en el principio de libertad de formas. Adviértase que el requisito de la escritura pública se impone como requisito formal con valor constitutivo (...) de tal manera que no es ya la eficacia sino la misma validez del acto la que viene a depender del requisito formal”<sup>15</sup>.

No en balde el artículo 374.1 del vigente Código Civil deja esclarecido que tanto la donación (oferta) como la consiguiente aceptación, para el supuesto en que ambas no sean coincidentes temporo-espacialmente, se formalizan en documentos públicos, y no que deben constar por escrito (como en el artículo 51 del propio texto legal). El precepto es imperativo, a saber: el contrato nace en el documento público (escritura pública *ex* artículo 13 a) de la Ley notarial), al converger la una con la otra, o a través de la notificación cuando la aceptación se instrumente en escritura pública diferente que la donación (oferta), momento este último de la perfección, al supeditarse esta al conocimiento que de la aceptación tenga el donante (según la teoría del conocimiento a la que se inscribe el artículo 317.1 del Código Civil, en relación con el artículo 374.2 del propio texto legal).

Llama la atención la manera en la que el artículo 374.1 *in fine* retoma la redacción empleada por el legislador español en el artículo 633, párrafo primero, del Código Civil, al supeditar

14 JOSSE RAND, Louis, *Derecho Civil*, revisado y completado por André Brun, tomo III, volumen III, *Liberalidades*, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Ediciones jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1951, p. 8.

15 FERRANDIS VILELLA, José, “Donación traslativa y contrato de donación”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, volumen IV, No. 9, Madrid, 1980, p. 593

la validez, y no la eficacia de la donación al cumplimiento de las disposiciones legales, entre ellas, la propia contenida en el artículo que impone como forma constitutiva, o *ad solemnitatem* la escritura pública, la que de no cumplimentarse, conllevaría a la inexistencia misma del contrato de donación<sup>16</sup>.

No obstante, si además tomamos en cuenta que el legislador del Código Civil cubano supedita la validez de la donación sobre bienes inmuebles al cumplimiento de las disposiciones legales y entre esas disposiciones legales está además la Ley General de la Vivienda que en su artículo 70 impone que la donación de viviendas se formalizará ante notario, no cabe dudas que la escritura pública se convierte en un requisito esencial<sup>17</sup>, y no de eficacia o *ad utilitatem*. Una vez es evidente las cautelas tomadas por el legislador<sup>18</sup>.

16 La naturaleza solemne del contrato dentro del contexto español es defendida unánimemente en la doctrina española. *Vid., per omnia* ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, “Comentarios al artículo 633”, en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Corderch, tomo I, Secretaría general técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991, pp. 1606-1609.

17 Así lo considera BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil*, 2ª edición, actualizada por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, 655.

18 Lo cual no es propio del ordenamiento español tan solo. En la Argentina, antes de la vigencia del Código Civil y Comercial de la nación, y tras la modificación introducida por la Ley 17771, sostenía BORDA que “era tema discutidísimo si la donación tenía carácter solemne en los casos enumerados en el artículo 1810. La nueva redacción de este artículo ha decidido acertadamente: respecto de la donación de bienes inmuebles y de prestaciones periódicas o vitalicias, la escritura pública es un requisito solemne sin el cual el acto carece de fuerza obligatoria”. A juicio del autor se trata sin dudas de un acierto. “Con esta solución, la ley se propone proteger al donante, asegurar la libertad de su rasgo, llamar su atención respecto del acto que va a realizar y evitarle los perjuicios que puedan resultarle de un impulso irreflexivo y generoso. Si para concretar la donación es indispensable ocurrir (*sic*) ante el escribano, hacer preparar la escritura y luego firmarla, transcurrirán varios días entre la promesa y la consumación del acto, días de los cuales el donante podrá reflexionar acerca de su liberalidad y arrepentirse, o reafirmarse en su propósito de llevarla a cabo”. *Vid.* BORDA, G. A., *Manual...*, *cit.*, pp. 654-655. Hoy día con la promulgación del Código Civil y Comercial de la Nación el artículo 1552 ha reemplazado al artículo 1810 disponiendo que deben constar por escritura pública no solo las donaciones sobre bienes inmuebles sino también las que recaen sobre bienes muebles registrales y sobre prestaciones periódicas o vitalicias. Los primeros comentaristas de la norma han indicado que el precepto sigue la línea de su predecesor, tras la redacción dada por la Ley 17771, con la novedad de la inclusión de las donaciones sobre bienes muebles registrales. El fundamento de la forma *ad constitutionem* se sigue sustentando sobre las mismas pilasstras argüidas por BORDA. O sea, en la necesidad de reforzar la reflexión del disponente sobre el acto que va a concertar, la connotación económica de las donaciones y su gratuidad. *Vid.* OTERO, Esteban “Comentarios al artículo 1552”, en *Código Civil y Comercial de la nación comentado*, tomo IV - Libro Tercero, artículos 1251 a 1881 (Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, directores) Infojus, Buenos Aires, 2015, pp. 272-273.

### 3.1. ¿Es dable el ejercicio de la *actio pro forma* artículo 313 en los supuestos de donación de bienes inmuebles?

Al seguir el hilo conductor de lo que se viene explicando resulta impensable pues el ejercicio con éxito de la *actio pro forma* dispuesta en el artículo 313 del Código Civil en sede de donaciones sobre bienes inmuebles, en sentido general, no solo en materia de viviendas. Repugna la lógica y la razón el ejercicio de tal facultad por el donatario, atributario de una liberalidad inter vivos como es la donación. Mientras la donación no esté instrumentada, resulta inexistente, inválida, y por lo tanto la nada jurídica para el Derecho. “Siendo ad essentiam la forma pedida por la ley para la donación (...) es nula la que no lo guarde, por mucho que entre donante y donatario haya verdadero acuerdo de donar. Siendo nula no es título que fundamente la transmisión de la propiedad al donatario mediante tradición, sino que no hace nacer a cargo del donante ninguna obligación ni viene constreñido a otorgar escritura privada o pública para que así valga. Puesto que la forma es esencial para que el contrato se perfeccione y obligue, no se está en el caso del artículo 1279”<sup>19</sup>. De modo que, al ser la forma un elemento esencial del contrato, su ausencia provoca la falta de un requisito para su validez, “en cuya falta, las partes no tienen derecho a exigir que la donación se eleve a la forma escrituraria privada o pública”<sup>20</sup>.

Como con razón ha esgrimido el Tribunal Supremo español, a la luz del artículo 633 del Código Civil, del cual es un trasunto el artículo 374.1 del Código Civil cubano, se trata de un contrato netamente solemne, y como tal la ausencia de solemnidad, o sea, de su no instrumentación por escritura pública implicaría “la nulidad absoluta por falta de un requisito esencial para su existencia sin que frente a esta normativa especial pueda invocarse el art. 1254, ya que el consentimiento, en este caso, debe prestarse en la forma ordenada por la Ley, ni tampoco el art. 1279, al es-

19 ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 1608.

20 Ídem.

tablecer la misma una forma solemne” (Sentencia de 10 de febrero de 1987, No. de COLEX 1057), “no se puede olvidar la exigencia, por motivo de seguridad jurídica, de las imprescindibles formas de que han de investirse algunos negocios jurídicos, unas veces ad probationem, como los reseñados en el artículo 1280 C.C. y otras ad solemnitatem, como es el supuesto del artículo 633 C.C. para el supuesto de la donación de inmuebles, de suerte que de no cumplirse ese requisito formal de la escritura pública queda el negocio jurídico casacional inválido incluso entre las mismas partes y cualquiera que fuere su clase (...)” (Sentencias de 7 de mayo de 1993 y de 20 de octubre de 1993, Nos. de COLEX, 359 y 759). En fin, “el art. 633 C. C. es forma constitutiva de la donación de inmuebles, siendo ante su ausencia nula de pleno derecho o más bien inexistente en el plano jurídico” (Sentencia de 10 de noviembre de 1994, No. de COLEX 788), por lo que “las donaciones de bienes inmuebles no tienen valor, ni, por tanto, despliegan virtualidad transmisiva alguna del dominio de los bienes a que se refieren – que es el aspecto que aquí interesa-, si no aparecen instrumentadas en escritura pública exigencia de solemne y esencial formalidad que rige cualquiera que sea la clase de donación (...) siempre que se refiera a bienes raíces” (Sentencia de 3 de marzo de 1995, No. de COLEX 184), “La ausencia de escritura pública, requisito ad solemnitatem, apareja la nulidad de la donación” (Sentencia de 24 de junio de 1988 y Sentencia de 3 de diciembre de 1988, Nos. de COLEX, 985 y 1254), “La ausencia de escritura no puede suplirse alegando ‘justo título’” (Sentencia de 26 de enero de 1988, No. de COLEX 42), “No constituye donación la mera declaración unilateral de voluntad respecto de bienes inmuebles, que requiere escritura pública” (Sentencia de 9 de julio de 1984, No. de COLEX 602), “La perfección del contrato de donación exige el otorgamiento de escritura pública como requisito formal, exigido por el artículo 633 C. C.” (Sentencia de 15 de octubre de 1987, No. de COLEX 707).

Es dable apuntar que la reiterada jurisprudencia española no se basa en que la ley exija una solemnidad notarial para el contrato de donación sobre bienes inmuebles, pues si fuere así se quebrantaría el propio dictado del artículo 1279 del Código Civil, que permite la acción

proforma “Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura”. Por el contrario, son las razones antes apuntadas, en conexión con la peculiar naturaleza de la donación, lo que justifica la elevación al carácter solemne de este tipo contractual. Así, en un supuesto de contrato de distribución en exclusiva, en el que se negaba su propia perfección por no contar en documento público, el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 4 de julio de 1994 (Ref. Actualidad civil 1190/1994) deja sentado que: “cuando la ley impone alguna forma escrita puede ser ‘ad probationem’ o ‘ad solemnitatem’; que en el caso de autos la solemnidad no la puede exigir la ley que no contempla esta clase de contratos; y que cuando el Código habla de escritura pública, no solemne, o de escrito privado, la recta interpretación que debe darse al artículo 1280 en relación con el 1279 es que las partes pueden compelerse al otorgamiento”, o sea, la regla general es la posibilidad del ejercicio de la *actio pro forma*, y la excepción su imposibilidad por ser la forma elemento constitutivo del contrato, como en la donación de bienes inmuebles.

Como apuntan HERNÁNDEZ GUZMÁN e HIERRO SÁNCHEZ en la doctrina cubana “El contrato de donación ha de entenderse perfeccionado cuando, ya sea en unidad de acto, o en escrituras públicas independientes, quede constataada la oferta y la aceptación de las partes, en la instancia notarial. Es por ello, aunado a la (...) naturaleza jurídica de este contrato, a su esencia y fin práctico, que no debería prosperar el ejercicio de la acción pro forma. En base a tales argumentos (...), la donación de bienes inmuebles debe ser considerada como el único contrato claramente solemne en el ordenamiento jurídico cubano”<sup>21</sup>.

Sin embargo, el consenso doctrinario y jurisprudencial sobre el tema desde el Derecho español, no es igual en el contexto cubano.

A los efectos de sistematizar el estudio de las sentencia es oportuno hacer la lógica aclaración que antes de la vigencia del Decreto-Ley 288/2012, modificativo de la vigente Ley Gene-

21 HERNÁNDEZ GUZMÁN, Suset y Luis Alberto HIERRO SÁNCHEZ, “De la forma en los contratos. Su expresión en el Derecho contractual cubano”, en *Revista Cubana de Derecho*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, No. 46, julio-diciembre 2015, p. 150.

ral de la Vivienda, la donación de viviendas en Cuba exigía de formas habilitantes, es decir, de la previa autorización del ente administrativo (Dirección Municipal de la Vivienda correspondiente) que calificaba el cumplimiento de los requisitos que la norma establecía sustentándose esencialmente en el vínculo parental con el titular o la condición de excónyuge, tras dos años de matrimonio (a menos que se hubiere procreado hijos). Tal forma habilitante en modo alguno supuso un requisito de forma del contrato de donación, sino que incidía necesariamente en la legitimación del donante, presupuesto para que se constituyera válidamente el contrato de donación.

Así, en la Sentencia No. 314 de 30 de septiembre de 2008 (ponente L. Hernández Pérez), se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia que en su momento resolvió la pretensión sustanciada en proceso ordinario sobre cumplimiento de contrato de donación en solicitud de que se declarara CON LUGAR la demanda reconociendo la plena validez del contrato de donación concertado entre el actor y el causante de los demandados en concepto de herederos, y en consecuencia se dispusiere cumplir con la formalidad impuesta por Ley, de escritura pública ante notario, con los demás pronunciamiento que correspondiere. La demanda fue declarada en su momento CON LUGAR y en consecuencia se reconoció validez al contrato de donación disponiéndose el otorgamiento de la escritura pública que formalizara la donación de la vivienda. El recurso de casación fue declarado CON LUGAR sobre la base de que la resolución que autorizó la donación de la propiedad de la vivienda fue dictada antes del fallecimiento del pretense donante. En la segunda Sentencia, el Alto Foro, deja dicho que: *“el acto dispuesto sólo responde al trámite iniciado por las partes, autorizando al donante a la transmisión de la vivienda de su propiedad a favor del demandante, el que estaba condicionado al cumplimiento de las disposiciones legales, y que no pudo realizar por haber fallecido con anterioridad a la fecha en que se dictó dicho acto, por lo que evidentemente con ello se extinguió la obligación para cuyo cumplimiento*

*era indispensable su participación personal”*, pero en modo alguno se sostiene la tesis del carácter solemne de la donación.

En la Sentencia No. 210 de 14 de julio de 2008 (ponente Bolaños Gassó) se resuelve el recurso de casación interpuesto contra quien fue parte demandada en el proceso ordinario, sustanciado en el tribunal de instancia con la pretensión de que se compeliere al donante al otorgamiento de escritura pública de donación de vivienda, demanda que fue declarada CON LUGAR por dicho tribunal. El recurrente al sustentar el recurso de casación, en el primero de los motivos invocados aduce una interpretación errónea por parte del tribunal de instancia del artículo 313 del Código Civil, haciendo especial hincapié de que el contrato se formaliza por escritura pública, en relación con el artículo 374.1 del propio texto legal. El Alto Foro al declarar SIN LUGAR el recurso y en consecuencia, confirmar la sentencia del tribunal de instancia sostiene que todos los motivos invocados por el recurrente carecen de entidad para desvirtuar el hecho acreditado por la sentencia recurrida, bajo el argumento inaudito de que la notificación de la resolución administrativa, habilitante de la donación fue realizada en tiempo, por lo que el particular de que la donataria hubiere promovido el proceso antecedente del recurso para compeler a la donante a cumplir el compromiso legal que asumió en relación con el inmueble debatido, conforme a la previsión del artículo 372 del Código Civil, era suficiente para considerar que esa pretensión formulada ante la sala de instancia se traducía en cumplimiento de la exigencia del apartado 1 del artículo 374 del citado cuerpo legal sustantivo, evidenciándose así el derecho pronunciado en la sentencia recurrida, y consecuentemente no podía estimarse hubiere incurrido la sala que la dictó en la infracción que injustificadamente la impugnante le atribuía.

En la Sentencia No. 318 de 30 de mayo de 2007 (ponente Acosta Ricart) se resuelve el recurso de casación interpuesto por quienes fueron parte actora del proceso ordinario promovido en la instancia por el cual los preten-

Los donatarios interesaban fuera reconocida la existencia de un contrato de donación, por el cual los demandados habían convenido cederles a los demandantes de manera gratuita la planta alta de su vivienda, pretendiéndose además que fueran condenados a cumplimentar la formalidad correspondiente, con el debido otorgamiento de la escritura pública, y en sustitución de los demandados contumaces, otorgara el documento el juez. En los motivos invocados en el recurso la parte recurrente aduce como infringidos los artículos 309, 310, 311, 313, 371, 373, 374.1, 2 y 4 y 376, todos del Código Civil, reguladores del consentimiento, el principio de libertad de formas, el principio de autonomía privada, y del contrato de donación, para concluir, que el contrato de donación se había perfeccionado, amén de su no instrumentación por escritura pública, habiendo constancia del consentimiento y del objeto sobre la base de la existencia de formas habilitantes a partir de la autorización dada por el ente administrativo, previa instancia que a tal fin habían hecho por escrito las futuras partes contratantes, que para el recurrente, ya lo eran con solo promover la autorización administrativa. El recurso es resuelto favorablemente para el recurrente y para asombro de todos el Alto Foro deja sentado de modo antinómico y a la vez ambiguo, que si bien la Sala de instancia *“acertadamente realiza la valoración del material probatorio del proceso (...), yerra en el proceso de subsumir la situación de hecho que da por sentada, en la norma jurídica aplicable al caso, ya que motivado esencialmente por una desacertada interpretación de la norma de carácter sustantivo; parte la sala de estimar expresamente excluida la donación de la aplicación del artículo trescientos trece del Código Civil, distinguiendo donde la Ley no distingue; lo cual no es dable”*. A tal fin sigue apuntando el Supremo Tribunal que *“(...) debemos dejar esclarecido que los principios generales del sistema contractual encuentran su excepción en los contratos entendidos como solemnes, en los que la ley exige la observancia de una forma determinada, no para acreditar su existencia, sino para su perfección, de tal modo que ésta no se alcanza aun cuando concurren los requisitos esenciales, o sea que en estos la forma es condición legal que determina la perfección y que*

*ha de estar presente junto al consentimiento, objeto y causa, constituyendo una de estas excepciones legales, el contrato de donación, específicamente en relación con bienes inmuebles, para cuyo nacimiento y validez el legislador ha impuesto determinadas solemnidades que integran la esencia estructural del negocio, de tal suerte”*. Empero, en este razonamiento zigzagueante, continúa aduciendo el Tribunal Supremo al valorar los efectos que tiene en Derecho la aceptación del donatario que *“con arreglo al artículo trescientos setenta y dos, del Código Civil, la aceptación hace que la donación obligue al donante y produzca afectos, mientras que de acuerdo con el inciso cuatro del artículo trescientos setenta y cuatro del propio Código, la perfección a que el mismo se refiere equivale a irrevocabilidad de la donación, la cual sólo se alcanza cuando el donante conoce de la aceptación, la que de conformidad con el inciso dos del citado precepto, puede hacerse lo mismo en el propio documento público de la donación o en otro separado, en cuyo caso debe notificarse de forma auténtica al donante, estimándose por esta Sala, cubierta la forma escrita de la aceptación establecida en el último de los preceptos mencionados, en virtud del actuar del donatario, cuando libremente compareció ante fedatario público, y por Acta de Requerimiento interesó que fueran a su vez requeridos por el notario actuante los oferentes para que concurrieran a la Unidad Notarial a los efectos de cumplimentar la Resolución por la que se autorizó por la Administración la División y Donación de la Vivienda, actos estos contenidos en documento público, por el que el aceptante pone así de manifiesto de forma inequívoca y mediante documento público su voluntad indudable de aceptar la donación, lo cual le fue notificado a aquellos de forma auténtica con las exigencias y minuciosidad que distingue el actuar notarial, sentado lo cual estimamos integrada en la sentencia la infracción que se imputa y por tanto debe acogerse el recurso, casando y anulando la sentencia recurrida”*. O sea, en esta digamos *“peculiar”* Sentencia, no le cabe dudas al Tribunal Supremo de que la donación es un contrato solemne, lo dice expresamente y para justificar semejante solemnidad, considera que el acta de requerimiento que en su momento interesaron los pretensos donatarios para que se dividiera el único inmueble y le fuera donada la planta alta, con posterioridad a la obtención por parte

del ente administrativo de las formas habilitantes, en aquel momento, la debida autorización administrativa, sustituye a la aceptación a la que alude el Código Civil en sede de donación, cuando el donatario no está frente al donante al perfeccionarse el contrato *ex intervallo temporis*, o sea, un acta de requerimiento notarial que no puede ser contentiva por naturaleza de una manifestación negocial de voluntad, como lo es la aceptación de la donación, dado que su contenido es la instrumentación de hechos, actos y circunstancias de naturaleza no negocial (*vid.* artículo 13 a) y b) de la Ley notarial), sustituye a juicio del Alto Foro, la escritura pública a que alude el artículo 374.2 del vigente Código Civil. Contradicción impropia e insólita en la que se incurre, pues no solo hay un craso error desde la doctrina notarialista, sino también desde el Derecho sustantivo al validarse como aceptación de la donación la puesta en conocimiento por parte del donatario al donante, por vía instrumental, de su pretensión de que se concurriera ante notario público para perfeccionar el contrato, lo que no es sino la finalidad del acta de requerimiento autorizada en su momento por el notario, quien de igual manera incurrió en semejante dislate jurídico pues no puede ser el contenido de un acta de requerimiento la finalidad compulsiva del donatario frente al donante para que ejecute un acto liberalidad como lo es una donación.

En la Sentencia No. 223 de 31 de mayo de 2013 (ponente Díaz Tenreiro) se solventa el recurso interpuesto por quien se dice donatario de la planta alta de un inmueble, razón por la cual promovió infructuosamente en la instancia proceso ordinario en solicitud de que se condenara al “donante” a formalizar el contrato de donación de dicha planta alta del inmueble. Fundamenta su recurso de casación en varios motivos, que en síntesis tienen que ver con el valor probatorio del documento privado en el que se hizo constar el contrato, la ausencia del cumplimiento de las formas habilitantes en la fecha en que se concertó dicho contrato (anterior a la vigencia del Decreto-Ley 288/2011), la aplicación al caso de la Ley General de la Vivienda, tras la modificación operada por el re-

ferenciado Decreto-Ley, y el ejercicio no extemporáneo de la acción de tutela a tal fin. En esta Sentencia el Alto Foro sin dejar explícita la posición de que el contrato de donación es solemne, razón por la cual no le es dable al donatario ejercitar la acción pro forma, sí que se explaya en el sentido de aducir que *“la eficacia del contrato de donación sobre bienes inmuebles está sujeta a requisito esencial que se cumplimenta cuando se formaliza en documento público y con apego a las disposiciones legales de rigor, circunstancias que no concurren en el caso de análisis, como con meridiana claridad deja establecido la recurrida sentencia”* y en consecuencia *“no le es dable a la casacionista apartarse de la situación de hecho que establece la sentencia, de conformidad con la técnica de la casación que exige el motivo escogido, exigencia que obvia al insistir en atribuirle eficacia jurídica a un documento privado que no valida la posible donación de la planta del inmueble perteneciente al no recurrente, virtualidad que solo se alcanza formalizado que resulte el contrato ante fedatario competente a partir del principio de la autonomía de la voluntad, válidamente concordada entre los sujetos intervinientes, de cara a su perfección en tanto acto de liberalidad que resulta (...)”*.

En la Sentencia No. 375 de 15 de agosto de 2013 (ponente Acosta Ricart) se resuelve el recurso de casación interpuesto por quien fue parte actora en el proceso, interesando en esta oportunidad a través de un proceso ordinario fuera compelida la parte demandada, para que actuando como padre, en ejercicio de la patria potestad, representara a su hijo, en la condición de donatario, en escritura pública de donación de vivienda, en la que la madre fungía como donante. Siendo la madre, también representante del menor en razón de la patria potestad de la que era titular, pretensa donante del inmueble, no quedaba otra que el menor fuera representado solo por su padre (*vid.* artículo 60 del Código Civil), quien al parecer se resistía a ello. La sala de instancia había declarado falta de jurisdicción para conocer del asunto. En el motivo invocado en el recurso al amparo del artículo 630.10 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, se aduce, entre otros preceptos infringidos el

archicitado artículo 313 del Código Civil, acusándose por el recurrente el defecto en que la sala de instancia había incurrido al declarar la falta de jurisdicción civil para conocer del asunto que se le había planteado al interesarse el compelimiento del padre del menor, extranjero no residente en el país, a comparecer ante notario público para aceptar la donación de la vivienda que la madre pretendía hacer a su hijo, e igualmente acusa que la Sala de instancia era del criterio de que al contrato de donación no le era de aplicación el artículo 313 del Código Civil, al establecer dicho precepto como condición la previa existencia de una relación jurídica contractual entre las partes. En esta ocasión el recurso es declarado SIN LUGAR, no sin dejar de esclarecer que la falta de jurisdicción dispuesta por la instancia, era cuestionable, *“en tanto, la jurisdicción civil es la relativa a las causas civiles, que es ejercitada por los tribunales y jueces en lo civil y en lo familiar”*; sin embargo, se estimó que la demanda resultaba improcedente desde su origen, al no consignarse el fundamento de derecho que refrendaba tal pretensión, sin que el señalado resultara de aplicación, considerándose además que el propósito de formalizar un acto jurídico de donación a favor del menor, *“es cosa muy diferente a la acción de compelimiento a la que se refiere el artículo trescientos trece del Código Civil, destinada específicamente a los fines de la formalización de una relación contractual previa entre las partes”*, o sea, que una cuestión es la *actio pro forma* al amparo del artículo 313 del Código Civil, y otra el compelimiento del representante del menor para la instrumentación de un contrato de donación de vivienda a favor de esta, pues en este último caso, lo que se pretendía tendría su razón de ser en el Derecho de familia, y concretamente en los deberes jurídicos que el ejercicio de la patria potestad comporta, entre ellos el relativo al ejercicio de la representación en los actos jurídicos en los que es titular un menor de edad. Razonamiento con el que se concuerda. Empero, ni a modo de un *obiter dictum* el Alto Foro deja entrever que en sede de donación de vivienda, el artículo 313 resulta inaplicable porque conculcaría la naturaleza solemne o constitutiva que la forma tiene para dicho tipo contractual.

Por último, un par de sentencias dictadas cuando ya este trabajo había concluido parece abrir nuevos horizontes en la interpretación jurisprudencial corrigiendo posturas precedentes, en la que la tesis del carácter constitutivo de la forma en la donación no solo se predica respecto de los bienes inmuebles, sino incluso sobre determinados bienes muebles como los vehículos de motor. Respecto de este último tema la Sentencia No. 74 de 24 de febrero de 2017, en su primer Considerando, ponente Alfaro Guillén, en la que se declara SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia que igualmente desestima la demanda establecida en proceso ordinario sobre reconocimiento de contrato de donación de vehículo, sustenta la tesis del carácter *ad constitutionem* de la forma en la donación vehicular, al expresar: *“... subsiste el fundamento desestimatorio atinente a la naturaleza del contrato de donación, desvirtuada por el ejercicio de la acción reconocitiva de este tipo contractual, en este caso para sustituir el también inapropiado ejercicio de la acción proforma, por frustrarse la posibilidad de compeler a la donante al cumplimiento de las formalidades legales establecidas en la norma especial, ante la circunstancia de su actual estatus migratorio, en tanto la concertación en este caso trae causa de la voluntad preliminar del titular dominico de un bien, de transmitir gratuitamente su derecho a determinada persona, que únicamente estará tanto obligada como facultada para aceptarlo, sin ninguna otra imposición a partir de la oferta de la que es destinataria, lo que requiere a toda luz el cumplimiento o verificación de cada uno de los elementos formales para su eficacia, cuando esta se sujeta a controles estatales posteriores, ejercitables a partir de determinado acatamiento, en este caso la escrituración ante notario público para su ulterior acceso al registro vehicular, como presupuesto de prueba y de publicidad, con tributo a la seguridad y estabilidad de las transacciones que conforman el tráfico jurídico, de suerte que con independencia de que ello no quede establecido de este modo en las regulaciones generales que contiene el Código Civil en los artículos trescientos setenta y uno y siguientes, aplicables con carácter supletorio en este caso, ni en la terminología empleada en la redacción del artículo cuatro, apartado primero del Decreto trescientos veinte de dos mil trece, la especialidad del régimen*

*jurídico de la propiedad de los vehículos en el país, impone un tratamiento coherente con sus previsiones, y en tal sentido la exigibilidad de la certificación de inscripción en el Registro de Vehículos del Ministerio del Interior como documento acreditativo de la propiedad, establecida desde el artículo cuatro, apartado uno, inciso a del mencionado Decreto, si bien en sede regulatoria de los contratos de donación y compraventa, supone la previsión normativa de lo certificado por el Registro como prueba de dominio sobre estos bienes, y es así que limitado el acceso registral al instrumento público notarial como soporte formal de la transmisión de la propiedad, habrá que entender aplicable la regla de formalización contractual que contiene el apartado uno del artículo trescientos setenta y cuatro del Código Civil, por ser íntegramente extrapolable al ámbito vehicular su fundamento, por todo lo cual, ninguno de los resultados probatorios destacados en la inconformidad pueden considerarse infringidos, en virtud de la intrascendencia que tienen respecto a las particularidades de la perfección del contrato de donación (...).*

Criterio que también es reafirmado en Sentencia No. 111 de 28 de febrero de 2017, en su primer y segundo Considerandos, de la misma ponente, desestimatoria igualmente del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del tribunal de instancia, quien declaró SIN LUGAR la demanda establecida en proceso ordinario sobre cumplimiento de formalidad legal en la que -aún de manera más enfática-, se defiende el carácter solemne-constitutivo de la forma para la donación de bienes inmuebles. A juicio del Tribunal Supremo: “... el fundamento desestimatorio esencial de la sentencia interpelada estriba en la naturaleza del contrato objeto de análisis, por tratarse de la relación jurídica en la que se sitúa la acción de compelimiento cuyo ejercicio sirve de objeto al proceso, determinada por la solemnidad de su constitución a partir de las previsiones del artículo trescientos setenta y cuatro, apartado uno del Código Civil, que asocia la formalización del contrato de donación de bienes inmuebles a documento público, que en relación con el artículo setenta, apartado primero de la Ley General de la Vivienda, particulariza como escritura notarial, no otorgada en este caso por los contendientes, razones que compulsan al impugnante a la promoción de este proceso, que encuentra

*como óbice fundamental, la naturaleza solemne del tipo contractual convenido entre las partes (...).*

“... acusa la infracción de preceptos integrantes del régimen normativo de la donación en el Código Civil cubano, que en modo alguno se producen tomando en cuenta que según quedó sentado en el juzgamiento y reafirmado en el Considerando que antecede, la redacción del artículo trescientos setenta y cuatro, apartado primero del mencionado cuerpo legal, determina la solemnidad del contrato de donación de bienes inmuebles en Cuba, impositiva de su perfección mediante el concurso de la oferta y la aceptación como elementos constitutivos del válido y suficiente consentimiento contractual, por estar asociada su formalización a la existencia del documento público, en este caso escritura notarial, según el artículo setenta, apartado uno, de la ley General de la Vivienda, de modo que incurre en notable desacierto interpretativo quien recurre al acusar la infundada violación de los preceptos que enumera, en claro desconocimiento del alcance de sus postulados en coherencia con el control estatal existente sobre el régimen de propiedad personal de la vivienda en Cuba, a partir de los requerimientos de inscripción registral únicamente viables mediante la escritura correspondiente, como parte de un sistema garante de la publicidad y oponibilidad del título de dominio con tributo a la seguridad jurídica inmobiliaria, en diáfana coherencia con la gratuidad de los pactos de donación, en cuyo escenario las acciones conminatorias ejercidas por el sujeto beneficiado con cargo al donante, devienen inapropiadas y disonantes, al irrumpir en la dinámica de esta particular relación jurídica para reforzar el desequilibrio que le es inherente sin fundamento proteccionista y sin devaluar posición de parte que amerite reversión (...).”

La lectura de estas dos últimas sentencias me da la satisfacción de que no estaba equivocado, y que por más que le cueste a algunos operadores del Derecho, la doctrina científica tenía la razón. Al abrazar esta tesis el Tribunal Supremo se sitúa en la línea de la lógica y permite dirigir su interpretación hacia un terreno

certero y seguro de cara al tráfico jurídico en lo que a donaciones concierne.

#### **4. A modo de epílogo: la tensión entre la construcción teórica de una figura jurídica y el posible sentido de la justicia**

La justicia no puede estar al lado de interpretaciones acomodaticias u oportunistas que desarrollan las partes en los escritos polémicos del debate. La donación de bienes inmuebles deviene *ex* artículo 374 del vigente Código Civil cubano, trasunto del artículo 633 del Código Civil español en un contrato con solemnidad constitutiva. Razones de índole histórica lo justifican, si seguimos el trayecto de este precepto legal, llegaremos a descubrir su verdadera estirpe formalista, asociada a la naturaleza de la institución. La donación, especie de monstruo jurídico que cabalga entre los contratos y las sucesiones ha tenido particularidades que la hacen diferente a cualquier otro tipo contractual. La necesidad de certeza, fijación de los bienes que se donan, de cara a los acreedores que pudieran ver conculcados sus derechos de créditos, a través de pretensos actos de liberalidad, cuyo paradigma es la donación, aconsejan la imperiosa necesidad de la intervención notarial para dar forma legal a este tipo negocial, sobre todo cuando recae sobre bienes inmuebles, por el valor que estos tienen en el tráfico jurídico y que representan en el patrimonio del disponentes. La instrumentación vía notarial es una prueba irrefutable del acto desprendimiento patrimonial que pudiera servir de cara a los acreedores para el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana, de darse los presupuestos que el Derecho exige para el éxito de esta acción de conservación del patrimonio del acreedor.

Empero, tampoco puede olvidarse el valor de las donaciones de cara a las acciones de protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima, su individualización (*vid.* artículo 374.1 del Código Civil), la determinación de su valor, la fecha de su perfección, su eficacia traditoria, son elementos a tener en cuenta por los legítimos que pueden ver afectada la consistencia

material de la legítima por actos de esta naturaleza concertados en vida por el causante, amén del ejercicio, cuando corresponda, de la acción de colación hereditaria que gravita también sobre donaciones, en esencia sobre donaciones de bienes inmuebles, por el valor que estos representan de cara a la recomposición del caudal hereditario y a la determinación de la legítima global e individual. En fin, en tierra de donaciones, revisables en principio a la muerte del donante, resulta trascendente para el legislador su constancia documental, no como forma meramente probatoria o incluso como forma *ad utilitatem*, sino como forma constitutiva, elemento que integra estructuralmente el negocio. Razón por la cual aun cuando se entienda que el donante comprometido con la entrega de un bien, moralmente ha incumplido con su palabra, legalmente no le es exigible tal entrega pues para el Derecho el contrato no se ha perfeccionado y en consecuencia, no nacen acciones contractuales que legitimen el actuar del pretense beneficiario reclamando la entrega del bien prometido. No se disparan los resortes tuitivos que tienen su sede en el artículo 313 del Código Civil. Mal combinan la donación sobre bienes inmuebles con el artículo 313. Este último no es de aplicación en tales circunstancias. La *actio pro forma* no opera como facultad dispensada por las partes, o al menos por una de ellas unilateralmente para compeler las formas que la ley o las propias partes pueden establecer como mecanismo de acceso del contrato a los Registros públicos, o a los fines de alcanzar efectos traditorios del acto o prelación crediticia el derecho subjetivo de crédito nacido del contrato. Y ello acontece, en tanto que la *actio pro forma* es consecuencia de la existencia de un contrato ya constituido, ya perfecto, respecto del cual se buscan ciertos efectos jurídicos, de los que ciertas formas constituye un catalizador, pero no cuando la forma no es un plus, o valor añadido, sino un requisito o elemento esencial integrador del propio contrato como acontece en sede de donaciones sobre bienes inmuebles al amparo del Código Civil cubano.

Si como decía PORTALIS en su mítico *Discurso Preliminar* “(e)s necesario que el legislador vele

por la jurisprudencia; puede ser esclarecido por ella y puede, por un lado, corregirla, pero tiene que haber una<sup>22</sup>, esa interpretación jurisprudencial ha de ser juiciosa, certera y recta en sus pronunciamientos en aras de la seguridad jurídica como valor constitucional. El efecto zigzag en la interpretación de un precepto legal encandila a los operadores del Derecho, crea incertidumbre y supone una aplicación injusta

de este, pues lleva al tratamiento desigual para casos con un sustrato fáctico igual. No se trata del cambio de jurisprudencia, que es objetivo, válido, y obedece no solo a razones doctrinarias, sino también históricas, se trata de la necesaria virtud de la consistencia en el lenguaje jurídico y de las líneas directrices que han de guiar la hermenéutica judicial, tan necesaria en los tiempos actuales.

22 PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discurso preliminar Código Civil francés*, estudio introductorio Jorge Horacio Alterini, Facultad de Derecho UBA, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 11.