

El Contrato de Donación

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Catedrático Principal

1.—*Su concepto.*— Por la donación se efectúa la transmisión gratuita no de un valor, sino de una cosa, en beneficio de persona determinada. El cód. civ. en su art. 1466, declara que “por la donación una persona transfiere a otra gratuitamente alguna cosa”.

Por tanto, por la donación se enajena una cosa; no un bien. V. g., no se dona un derecho, un crédito. La donación de una obligación activa, se hace por medio de la cesión de créditos. Y si el donante lo que quiere es pagar en su día una obligación pasiva, o sea, una deuda, del donatario, se convierte en deudor (no por medio de la asunción o cesión de deudas, que no existe en el cód. civ., sino mediante la delegación novativa o perfecta).

En algunas hipótesis la donación se explica por otros motivos o razones determinantes de la voluntad de donar de quien la hace. Así, el donatario prácticamente dona cuando renuncia o repudia una herencia a la que tiene derecho como hijo o descendiente del *de cuius*. Y lo hace porque de otro modo, si fuese tal heredero tendría que colacionar. Ello se presenta cuando el valor de lo donado es igual o superior a la cuota que como descendiente (heredero forzoso) le correspondería. Sin embargo, los herederos forzosos podrían, en su caso, intentar la acción de reducción de la donación, ya que el heredero sólo podría donar dentro de su cuota de libre disposición, que en este caso es sólo de un tercio de sus bienes, porque los herederos forzosos son hijos del finado, o descendientes de éstos (art. 700 del cód. civ.). No obstante esta posibilidad, el heredero for-

mula la renuncia porque el tercio representa un valor que ha ingresado a su patrimonio desde hace tiempo y que es firme y no está sujeto a las eventualidades de una liquidación previa de la masa hereditaria, porque cuando se le donó el heredero tenía patrimonio suficiente para hacerlo, lo cual no ocurrió al producirse su muerte, ya que varias deudas disminuían sensiblemente el acervo hereditario.

No se puede donar todo el patrimonio habiendo herederos forzosos o legitimarios. Sin embargo, en nuestro cód. civ., por error de los redactores, la legítima no se trata aparte, sino dentro de la herencia testamentaria, cuando en verdad el legitimario lo es tanto en la herencia testada como en la herencia *ab intestato*. Además, en el cód. civ. se advierte otro error: el cónyuge viudo que es forzoso, o sea que tiene legítima (según el art. 700), en la herencia legal ya no tiene legítima, porque vemos que hereda con los hermanos y sólo la mitad y no los dos tercios; y aún puede heredar con los sobrinos del cónyuge pre-muerto, si éstos tienen vocación hereditaria por derecho de representación (art. 768 y 680 del cód. civ.).

En otros casos la donación no se explica por altruismo, sino por el odio que el donante tiene a su familia, porque quiere privar de sus bienes a parientes que repele. Esa donación es válida, a no ser que quiera privar de los bienes a herederos forzosos, excediéndose de su cuota de libre disposición.

No obstante que en el contrato de donación de inmueble el donante se obliga a dar al donatario, que es el acreedor, una cosa inmueble determinada, no rige la declaración del art. 1172 del cód. civ. ("la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario"), o sea que no basta el consentimiento para trasladar el derecho de propiedad del donante deudor al donatario acreedor, porque el art. 1474 del cód. civ., en su tercer apartado exige que la donación inmobiliaria se haga por escritura pública. No es aplicable entonces el art. 1172 del cód. civ., el cual sólo jugaría en el contrato de compra-venta, en el de permuta, en el de adjudicación en pago y en cualquier otro convenio en que el deudor se obligue a dar un inmueble al acreedor.

Es obvio que para donar se necesita como cuestión previa tener patrimonio; y tenerlo en cantidad suficiente, ya que no

sólo la donación se limita por la existencia de herederos forzosos, sino también su ejecución por el hecho de no tener con qué alimentarse el donante.

A estos respectos, el Quijote decía "...el pobre está inhabilitado de poder mostrar la virtud de liberalidad con ninguno, aunque en sumo grado la posea; y el agradecimiento que sólo consiste en el deseo, es cosa muerta, como es muerta la fe sin obras" (1).

Y también Sancho antes expresaba: "...En fin, donde reina la envidia no puede vivir la virtud, ni donde hay escasez la liberalidad" (1 bis).

La donación es un contrato; no es un acto; no es un negocio unilateral que sólo se perfecciona con la declaración de voluntad del donante.

La donación siempre trasunta en el donante, el ánimo de liberalidad, un sentido de generosidad y de desprendimiento. Por eso, nuestra jurisprudencia ha dicho:

No importa donación la que se hace a una persona dándole la propiedad de una cosa en pago de la indemnización de daños y perjuicios que se le está debiendo. Lo establece la sent. de 18 de Octubre de 1873 (1 ter).

La donación importa una transmisión sin contraprestación. Hay en ella una voluntad de sacrificio: el *animus donandi*. Se transmite un valor sin contrapartida. Es un acto de beneficencia.

Hay entonces empobrecimiento del donante y enriquecimiento del donatario. Pero este fenómeno es querido por el donante; por eso no existe acción de enriquecimiento, desde que el enriquecimiento para que prospere debe ser sin causa.

El valor transmitido puede ser libremente dispuesto por el donatario, por medio de cualquier acto o contrato.

La donación es contrato de enajenación. Lo declara el art. 1466 del cód. civ.: "Por la donación una persona transfiere a

(1) Don Quijote de la Mancha, cap. L de la 1a. parte.

(1 bis) Don Quijote de la Mancha, cap. XLVII de la 1a. parte.

(1 ter) "A. J.", 1873-1875, p. 66.

otra gratuitamente alguna cosa. Sin embargo, la transferencia del dominio del donante al donatario no se perfecciona sólo con el consentimiento, sino tratándose de inmueble donado, con cierta forma. Adviértase que por la donación el donante no contrae la obligación de transferir el dominio, como ocurre en el contrato de compra-venta (art. 1383 códg. civ.), sino que de hecho lo transfiere. Pero sea con la entrega, o el escrito, o con la escritura pública (art. 1474 cód. civ.).

Para la Instituta la donación se encontraba dentro de los modos de adquirir la propiedad. El mismo criterio adoptó el cód. civ. de 1852. El cód. francés, como el español, consideran a las donaciones junto con los testamentos.

No obstante que en la donación inmobiliaria el donatario es acreedor de la cosa, no es aplicable el art. 1172 del cód. civ., porque no basta que sea acreedor para tenerlo por dueño de la cosa, porque dicha donación de inmueble necesita de una forma específica: la escritura pública (art. 1474, § 3º del cód. civ.).

En realidad, la donación se presenta bajo múltiples formas. Para algunos autores, importa donación la renuncia de una herencia, o de un legado; y también la renuncia a una hipoteca o a una fianza. Sin embargo, en ninguno de estos supuestos existe transmisión de propiedad; y la renuncia de una garantía es en el cód. civ. del Perú, caso de condonación (arts. 1300 y ss.), en que la entrega de la prenda, v. g. significa la condonación de la prenda, pero no de la obligación. En otras hipótesis, se omite cumplir un acto que es necesario para adquirir un derecho, a fin de que con la omisión lo adquiera otro. Así, quien omite es el donante y el que recibe el derecho a causa del incumplimiento, es el donatario. Asimismo, se deja de usar una servidumbre por el donante (prescripción), a fin de beneficiar al donatario.

La donación, como todo contrato, es irrevocable. En este sentido, el donante no puede incluir cláusulas para dejar sin efecto la donación; v. g., la facultad que el donante se reserva de disponer de las cosas donadas.

La donación no puede consistir en bienes futuros, sino en bienes presentes del donante.

Es válida la donación de un bien que hace el donante, reservándose su usufructo.

El cód. civ. de Italia de 1942, define la donación en su art. 769:

“La donación es el contrato en el cual, por espíritu de liberalidad, una parte enriquece a la otra, disponiendo a favor de ésta de un derecho suyo o asumiendo frente a ella una obligación”.

El cód. italiano, como el cód. de NAPOLEÓN, ubica la donación dentro del libro de las sucesiones.

La donación participa de la de la naturaleza del contrato, pero también del testamento. Así, la capacidad de donar. En cuanto al derecho de acrecer éste es propio del derecho de sucesiones. Empero, la donación sólo es revocable en ciertos casos; por el contrario, el testamento es siempre revocable.

Es contrato con prestación de un solo lado.

El donante, en forma espontánea, transfiere un derecho, o constituye un derecho o renuncia un derecho, o asume una obligación de dar, de hacer o de no hacer, en favor de una persona determinada. Esto es válido en otros derechos, pero no en el nuestro en que se transfiere una “cosa” tan sólo.

De acuerdo con la definición de la donación, que exige “cosa”, no podría decirse que existe donación si se obsequia una prestación de servicios, porque ésta no es cosa. Tampoco habría donación en el comodato y en el depósito gratuito, no obstante que versan sobre cosas, porque éstas no se transmiten al comodatario y al depositario en propiedad. La prestación de servicios gratuitos sería un contrato de gestión de negocios.

Asimismo, quien paga una deuda de otro que es notoriamente insolvente, por lo que el acreedor ya la consideraba dentro de las deudas incobrables, no le hace una donación al acreedor, sino al otro. Nótese que siempre para el acreedor se le está cancelando una deuda.

Carece de objeto indagar el motivo que ha inducido al donante. Por ejemplo, dona a su servidor una fuerte suma al término del balance, a fin de que no lo abandone; o porque así conseguiría que el donatario, a su vez, le done otra cosa o se

muestre asequible a venderle un bien que de otro modo, no habría de enajenarle.

La donación está comprendida dentro del concepto de liberalidad, cuya nota distintiva es la gratuidad. La donación importa una enajenación de cosa en forma gratuita.

Son también liberalidades el comodato, ciertas formas de renta vitalicia (arts. 1749 y 1755 § 2º del cód. civ.); la institución de heredero no por la ley, sino por la voluntad del testador; los legados; ciertos contratos de mandato (art. 1635 cód. civ.) y de depósito (art. 1604 cód. civ.); el mutuo sin intereses (art. 1583 cód. civ.).

No se puede donar a quien todavía no existe. Sólo puede donarse a personas ciertas. Sin embargo, puede donarse a quien está concebido, si nace vivo (art. 1º cód. civ.); así lo exige la ley, aún cuando nos parece impropio porque todo nacimiento importa vida. Es incongruente expresar que se puede nacer muerto. La vida comienza con el nacimiento. Empero, la ley considera que la concepción ya es un comienzo de personalidad. Con el nacimiento se comienza a ser.

El cód. civ. abrogado decía en su art. 604:

“Basta estar concebido en la época de la donación entre vivos, para tener capacidad de adquirir por este título: en la donación por causa de muerte, basta estar concebido al tiempo del fallecimiento del donante. En ambos casos, desaparece esta capacidad, si el donatario nace incapaz de vivir”.

Error patente el de la última frase, ya que se puede nacer vivo pero incapaz de continuar viviendo. En el cód. civ. derogado su art. 4º correspondía al art. 1º del vigente cód. y decía:

“El nacido y el que está por nacer necesitan, para conservar y transmitir estos derechos, que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinte y cuatro horas y que tengan figura humana”.

Según el nuevo cód. civ. italiano, la donación se puede hacer también a favor de los hijos de una persona determinada que vive al tiempo de la donación, aún cuando no hayan sido todavía concebidos (art. 784 de la ley italiana).

El beneficiario debe ser determinado y existir al tiempo de

la donación. No se admite que el donatario sobrevenga después, a no ser que ya estuviere concebido (art. 1º del cód. civ.).

En toda donación (siempre que sea donación pura) existe el *animus donandi*, que es la intención del donante de favorecer al donatario, de beneficiarlo. Este es un elemento intelectual o psicológico; es un sentimiento altruísta, que ahora resulta anormal dentro de una sociedad como la nuestra, en la que predomina el interés y un egoísmo exacerbado. Por eso es excepcional tal sentimiento.

También deberá existir en toda donación, la transferencia o cedibilidad de una cosa del patrimonio del donante al patrimonio del donatario.

En cuanto al *animus donandi*, no se encuentra éste en las llamadas donaciones con carga, por las que el donante impone el cumplimiento de una obligación a su favor o de un tercero, al donatario; bajo pena de que si no la cumple, el contrato habrá de deshacerse, resiliarse. En esta forma contractual por lo menos se disminuye el *quantum* de lo donado; y aún hace desaparecer esa cuantía si el valor de la obligación que debe cumplir el donatario iguala o excede al valor de los bienes donados. Por ejemplo, se dona a fin de que el que recibe la liberalidad no exija rendición de cuentas judicialmente. En este caso, es importante tener en cuenta que la donación no está sujeta a forma.

Tampoco habrá *animus donandi* en las llamadas donaciones remuneratorias. Estas importan una recompensa; el donante paga un servicio al donatario. Aquí no existe liberalidad, ya que el donante sólo estaría cumpliendo una obligación de la que es deudor.

En la donación pura, auténtica, se contrata sin recibir nada en cambio. Hay voluntad de sacrificio, porque se da sin recibir contraprestación; se transmite la cosa en propiedad sin que se reciba nada en cambio. El donante se empobrece y el donatario se enriquece. Empero, no habrá del primero contra el segundo, *actio rem in verso*, porque el enriquecimiento tiene una causa y esa causa es el contrato de donación.

Si la cuantía del regalo no guarda relación con el patrimonio del donante, podrá haber reducción o colación, en su caso.

Decía el rey Sabio de la donación: *es bien fecho que nasce*

de nobleza de bondad de corazón quando es fecha sin ninguna premia (2).

Quien practica la liberalidad se llama donante. Quien la recibe se llama donatario.

La donación es un modo de adquirir las cosas. No pueden donarse derechos aún cuando éstos tengan el carácter de patrimoniales.

Existen derechos extranjeros, en que la donación se trata dentro del derecho sucesorio. Empero, la donación *inter vivos* es un contrato. Sin embargo, la donación *mortis causa* es legado.

La donación es contrato de beneficencia.

Más vale la donación que el legado, desde el punto de vista ético ya que ella se hace en vida (el donante la hace con "sanidad", como decían el Fuero Real, la Novísima Recopilación y las Partidas); y el legado ante el espectáculo y el temor de la muerte. Además, el legado es siempre y en todo caso, revocable. La donación sólo es revocable en ciertos supuestos.

La donación es siempre un contrato; no es un acto unilateral; no puede provenir de una declaración unilateral de voluntad. Será contrato unilateral; pero siempre será un contrato, o sea que supone dos partes. En eso se diferencia del legado. Este no es contrato; es una típica manifestación de la voluntad unilateral. Sin embargo, la donación y el legado, como también la condonación son liberalidades.

2. *Sus caracteres.*— Es, en primer término, un contrato unilateral, porque en su formación o perfeccionamiento, es el donante quien se obliga y no el donatario. No es, por tanto, bilateral o con prestaciones recíprocas.

Es a título gratuito porque el donatario adquiere una cosa sin necesidad de que él, a su vez, cumpla con hacer prestación alguna. No es oneroso.

Es un contrato formal. En este orden de ideas, es contrato solemne cuando lo donado son inmuebles, porque debe necesi-

(2) Part. V, L. 1a., tít. 4º

riamente otorgarse la donación inmobiliaria por escritura pública (art. 1474, 3er. párrafo, cód. civ.). Es contrato solemne; o, por lo menos, contrato, formal.

Cuando se trata de donación mobiliaria no hay necesidad de escritura pública, pero sí, en unos casos, de la tradición de las cosas muebles donadas, o en otros casos, que exista escrito (art. 1474, 1er. 2º párrafos, cod. civ.).

Por eso también se dice que la donación de cosas muebles es contrato real porque para que la donación exista se necesita la entrega del donante al donatario. Si dicha entrega no se cumple, lo que existiría sería una promesa de donación.

Es contrato de enajenación, porque por su virtud el donatario adquiere la propiedad de la cosa que se ha donado. Es contrato translativo de dominio, como la compra-venta, la permuta, el mutuo, el aporte a la sociedad, la adjudicación en pago (que el cód. no trata como contrato, sino como forma de pago (art. 1274 cód. civ.).

No es un contrato bilateral y conmutativo, porque no hay a cargo de donante y de donatario, prestaciones recíprocas y, por lo mismo, equivalentes.

3. *Forma de la donación.*— Sea que lo que se done fuere cosa mueble o inmueble, toda donación es formal. La ley reclama la forma de la escritura pública si lo donado es inmueble; la entrega de la cosa mueble —entrega, al mismo tiempo— si se dona cosa mueble de pequeño valor; y el escrito, si lo donado son cosas muebles de valor. Y para todas, la aceptación no, simplemente, tácita, sino expresa.

La omisión de la forma acarrea la nulidad; ni siquiera la anulabilidad. Y en este punto, la forma se confunde con la prueba, porque no se puede probar un contrato formal sino exhibiendo en el proceso, la forma exigida (art. 407 cod. de proc. civ.). En los contratos que no son formales, las partes pueden acreditar su existencia por otros medios.

Declara el art. 1474 del cód. civ.:

“El donatario tiene todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante.

“La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente, pero requiere la entrega simultánea de la cosa donada”.

“La donación de cosas muebles no comprendidas en el párrafo anterior, se hará siempre por escrito, bajo pena de nulidad, especificando y valorizando las cosas en que consista”.

“La donación de inmuebles debe hacerse por escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados, su valor y el de las cargas que debe satisfacer el donatario”.

“La aceptación podrá otorgarse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante y se le notifica a éste”.

El escrito es necesario para las cosas muebles de valor. Su omisión se sanciona con la nulidad del contrato.

Del tenor del párrafo final del art. 1474, se desprende que la aceptación expresa sólo se exige para la donación inmobiliaria.

En el primer párrafo del art. 1474 se consideran las llamadas “donaciones manuales”. Son los regalos. La tradición perfecciona esta clase de donación y la literalidad no es necesaria.

La solemnidad de la donación inmobiliaria, se asienta en el hecho de que el donante adquiera plena conciencia del acto de empobrecimiento que realiza.

La forma se reclama *ad substantiam*; es forma constitutiva. Su falta origina que no pueda probarse en juicio. El art. 407 del cód. de proc. civ. declara:

“Si la ley exige como solemnidad de algun acto el otorgamiento de instrumento público, éste es el único medio de probar la realidad y legitimidad del acto”.

La aceptación también se evacúa en escritura pública.

Para MESSINEO (3), la forma la exige la ley para influir sobre la conciencia del donante acerca de la importancia económica del contrato que realiza y del empobrecimiento que habrá de experimentar con la donación. Agrega que la forma se reclama *ad substantiam* y que ésta es forma constitutiva.

(3) Manual de D. Civ. y Comercial, t. V, § 139, Nº 8, p. 22.

No llenada la forma, el contrato es radicalmente nulo (art. 1123, inc. 3º cod. civ.). Y en juicio no se puede probar la donación si no se ha cumplido la forma; así lo dice el art. 407 del cód. de proc. civ.

La donación inmobiliaria en instrumento privado, no puede ser convalidada por ningún acto de confirmación, porque es un contrato radicalmente nulo por inobservancia de la forma prescrita por la ley. No cabe otro camino que volverla a hacer en forma legal. Ni siquiera es justo título, por lo que no podría convalidarse con la prescripción decenal (art. 871 cód. civ.).

La donación de cosas muebles de valor requiere de un escrito que especifique y valore las cosas. Por tanto, no se admite la donación de un *genus*.

La donación manual requiere la entrega de las cosas muebles donadas. No bastaría la tradición simbólica; por ejemplo, el recibo de depósito de las cosas muebles que se encuentran en poder de un tercero depositario. Es la entrega de mano a mano. Es la entrega de la posesión material, a fin de que en adelante al donatario se le tenga por propietario. Por tanto, deberá ser un poseedor de buena fe.

En las donaciones manuales, la promesa de donación es nula. El donante puede negarse a entregar las cosas muebles ofrecidas.

Sin embargo, si las cosas muebles son de valor, se necesita que conste por escrito (art. 1474, ap. 2º cód. civ.).

En cuanto a la donación de cosas muebles de pequeño valor, dice el nuevo cód. italiano, en su art. 783, lo que sigue:

“Donaciones de valor módico.— La donación de valor módico que tiene por objeto bienes muebles es válida aún cuando falte el acto público, siempre que haya habido tradición.

“La modicidad se debe valorar también en relación a las condiciones económicas del donante.

La donación de cosas muebles de escaso valor es real; se perfecciona con la entrega, con la tradición. Así lo reclama el 1er. párrafo del art. 1474 cod. civ.

Si las cosas muebles son de valor, debe ser concluida por escrito, en instrumento público o privado. Si ello no es así, la

donación es nula; no anulable, por aplicación del inc. 3º del art. 1123 cod. civ. El art. 1474, § 2º, cód. civ. exige que esta donación se haga por escrito "bajo pena de nulidad". Aquí, la ley declara que no cumplida la forma el contrato es nulo. Así lo dice también en el art. 1750, en que para la renta vitalicia declara: "se constituye por escritura pública, bajo pena de nulidad".

Lo importante es que la donación sea mobiliaria o inmobiliaria, es formal. Para las cosas muebles de pequeño valor la forma es la tradición. Para las cosas muebles de valor la forma es el escrito. Para las cosas inmuebles, la forma es la escritura pública (art. 1474, § 3º cod. civ.).

En todos los casos, no cumplida la forma el contrato es nulo de pleno derecho.

Y por ser contrato, requiere también de la aceptación del donatario. Este es otro requisito visceral para que nazca el contrato de donación. Sin embargo, tratándose de cosas muebles de escaso valor, la aceptación por escrito no es necesaria. Se presume la aceptación del donatario por haberlas recibido.

Estos requisitos de forma crean trabas para el otorgamiento de las donaciones. Otras trabas se encuentran en la limitación de donar (cuota de libre disposición).

4. *Jurisprudencia sobre el carácter formal de este contrato.*— Con respecto a la forma en la donación, existen los siguientes fallos:

El de 11 de setiembre de 1948 (4), por el cual se establece que la entrega de dinero en la que no se han cumplido las exigencias del art. 1474 del cód. civ., no puede considerarse como donación, sino como préstamo sin intereses. Se había hecho con un cheque.

El de 18 de setiembre de 1911 (5), que expresa que las donaciones que deban surtir sus efectos a la muerte del donante se harán cumpliéndose la forma de los testamentos y que se hallan sujetas a las reglas de los legados, razón por la que resulta nula la donación *mortis causa* hecha en documento privado. Sin

(4) "R. de J. P.", 1949, p. 84.

(5) "A. J.", 1911, p. 258.

embargo, ahora valdría el legado si se hace por instrumento privado que llene los requisitos exigidos para el testamento ológrafo: escrito, fechado y firmado de la misma mano que el testador (art. 694 cód. civ.).

El de 10 de diciembre de 1928 (6), declara que cualesquiera que sean las circunstancias, no puede pretenderse suplir la escritura pública de donación con un instrumento privado, el que, además, carece de fecha. La donación es, en este caso, radicalmente nula y no sólo anulable.

Un fallo, sin embargo, rompe la uniformidad y es el del 24 de agosto de 1940 (7). Se estima que la donación de un inmueble no es necesario que se reduzca a escritura pública, si se llevó a cabo en sesión pública de un Municipio, que era el donatario.

Asimismo, en cuanto la forma se relaciona con la prueba, o sea cuando la única manera de probar un acto o contrato es presentando el instrumento con los requisitos que la ley exige, debe consultarse el fallo de 16 de diciembre de 1931 (8), el que declara que cuando la ley exige el otorgamiento de escritura pública, ella es el único medio de probar la realidad del contrato que en dicho instrumento consta, sin que esta exigencia formal de la escritura pública, requerida por la ley como medio probatorio (art. 407 del cod. de proc. civ.), pueda suplirse con la escritura imperfecta protocolizada, ni con ningún otro de los instrumentos llamados públicos. A este respecto, debe tenerse en cuenta que si bien una escritura extendida por ante juez de paz es siempre instrumento privado, resultará instrumento público desde que se protocolice (art. 400, inc. 4º del cod de proc. civ.).

Sin embargo, una donación que nació por escritura ante juez de paz, no adquiere validez con su protocolización. Y ni aún la confesión del donante podría probar la liberalidad; ella sólo se acredita con la escritura pública, según la ley procesal.

También varias sentencias han decidido que carece en lo absoluto de eficacia la prueba de testigos actuada para acreditar la realidad de un acto o contrato, cuando la ley exige de mo-

(6) "A. J.", 1928, p. 285.

(7) "A. J.", 1940, p. 109.

(8) "R. de los T.", 1931, p. 361.

do especial, como solemnidad de éste, el otorgamiento de instrumento público (9).

Otro fallo cuya doctrina es interesante, es el de 18 de setiembre de 1911 (10). Determina que la donación inmobiliaria deberá siempre constar en escritura pública y que carece de valor la donación por instrumento privado que después se pretende protocolizar a fin de darle el carácter de instrumento público. Sólo se pueden protocolizar los instrumentos de valor legal y carece de ese valor la donación por causa de muerte hecha en escritura privada; por lo mismo, no se puede legalmente ordenar su protocolización.

Si la ley reclama como solemnidad del contrato el otorgamiento de escritura pública ese es el único medio de probar la existencia de dicho contrato. La escritura imperfecta protocolizada no sirve para probar el contrato que requiere escritura pública conforme a ley, aún cuando se demuestre que se extendió porque no había notario en el lugar. Asimismo, tampoco podría probarse la existencia del contrato con otro instrumento privado, pese a que su autenticidad no ofrezca dudas.

Al respecto, tenemos que no sólo se trata de anulabilidad, sino de nulidad absoluta, porque el contrato no revistió la forma reclamada por la ley (inc. 3º del art. 1123 del cód. civ.). No obstante la nulidad de pleno derecho que presenta el instrumento, la declaración de su ineficacia reclama de un pronunciamiento judicial contenido en una sentencia. El juzgador habrá de declararla aún cuando el contrario no la hubiere invocado. Así, la sent de 28 de marzo de 1930 (11) decide que si la ley declara que no se puede celebrar un contrato sino de cierta manera o en cierta forma, prohíbe el uso de otro medio diferente, por lo que si se acredita su existencia en forma distinta aparece la nulidad del mismo acto y se reputa no hecho y no produce ningún efecto.

Nuestra jurisprudencia ha establecido en numerosos fallos que carece en lo absoluto de eficacia la prueba testimonial, cuando la ley exige, de modo especial, como solemnidad de éste, el

(9) Véase sents. 13 diciembre 1877, en "A. J.", 1876-1879, p. 162; de 15 de enero de 1880, en "A. J.", t. III, p. 226.

(10) "A. J.", 1911, p. 258.

(11) "A. J.", 1930, p. 13.

otorgamiento de instrumento público (12). La sent. de 19 julio 1933 (13) declara que carece de eficacia la prueba testimonial para acreditar la existencia de un contrato para el que la ley requiere constancia escrita. En este caso, se trataba de un contrato de mutuo que conforme al art. 1822 del cód. civ. derogado debía constar por escrito, por lo que la formalidad no podía suplirse con la presentación de cheques que sólo son mandatos de pago y con prueba de testigos.

Se ha tratado también de acreditar el estado civil de una persona con prueba testimonial, ya que la partida no correspondía al libro de donde se decía debía de corresponder.

En la sent. de 15 de enero de 1880 (14) se trató de probar con testigos la donación a mujer casada, no obstante que el art. 866 del cód. de enjuiciamientos civil decía: "Toda persona puede probar su acción o excepción en juicio por medio de testigos en casos en que la ley no requiere especialmente otro medio de prueba".

La sent. de 18 de setiembre de 1911 (15) declara que no se puede protocolizar sino los instrumentos imperfectos con valor legal; y que no siendo válida la donación por causa de muerte hecha en escritura privada, no procede ordenar su protocolización. En verdad, como ahora se puede testar en forma ológrafa, o sea por instrumento privado que reúna ciertas características; y teniendo en cuenta que conforme al art. 1467 del cód. civ., las donaciones que hayan de producir sus efectos por premoriencia del donante se rigen por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria (legados), el canal procesal sería el de la protocolización dentro de dos años contados desde la muerte del testador, como lo exige el 2º párrafo del art. 694 del cód. civ.

Es evidente que ni siquiera de una minuta de donación inmobiliaria puede exigirse que se otorgue escritura pública por el donante, si éste se negara a firmar el protocolo notarial, ya que para esta forma de donación la ley no sólo reclama la es-

(12) Sents. de 13 diciembre 1877, en "A. J.", 1876-1879, p. 162; de 15 enero 1880, en "A. J.", 1876-1879, p. 226.

(13) "R. de los T.", 1933, p. 209.

(14) "A. J.", 1876-1879, p. 226.

(15) "A. J.", 1911, p. 258.

critura pública, sino también la aceptación por el donatario. La negativa del donante sólo daría lugar a una acción indemnizatoria contra éste cuya real estimación sería difícil, a causa de que el donatario no perseguiría sino su enriquecimiento.

La donación de inmueble no existe mientras no conste en escritura pública; la forma es constitutiva. No hay acción judicial para obligar a firmar el instrumento a quien ya no quiere donar.

En cuanto a la protocolización de instrumentos imperfectos —procedimiento no contencioso regulado por la ley procesal civil—, la jurisprudencia ha establecido que la protocolización se encuentra expedita sólo en vida de las personas que lo otorgaron; y que carece de eficacia el instrumento cuya protocolización se ordenó con citación de los herederos. Así, sents. de 9 de abril 1930 (16) y de 16 de diciembre de 1931 (17). Asimismo, la oposición a la protocolización hace ordinario el juicio, considerándose como demandante a quien abrió la instancia con la solicitud de protocolización, declara la sent. de 11 de junio de 1908 (18).

También es necesario saber que el procedimiento no contencioso de protocolización se circunscribe a las escrituras extendidas ante los jueces de paz por falta de notarios, que son consideradas instrumentos públicos “desde que se protocolicen”, según el inc. 4º del art. 400 del cód. de proc. civ. La exposición de motivos de la ley procesal expresa que no se puede protocolizar instrumentos privados (19); no se puede convertir el privado en instrumento público mediante la protocolización, sino mediante un juicio sustanciado en la vía ordinaria y siempre que exista obligación de otorgar instrumento público por la parte renuente. La acción se apoyaría en el art. 1340 del cód. civ. y se requeriría sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Archivar es distinto de protocolizar. Los expedientes, una vez concluidos, se archivan en las notarías, conforme a lo declarado por el art. 1165 del cód. de proc. civ. Véase también Ley

(16) “La R. del F.”, 1930, p. 85.

(17) “R. de los T.”, 1931, p. 361.

(18) “A. J.”, 1908, p. 214.

(19) Véase exposición de motivos en APARICIO y G. S. G., Cód. de Proc. Civ., concord., tomo I, 2a. ed., Lima, 1938, p. 646.

Orgánica del Poder Judicial N° 1510, de 15 de diciembre de 1911, art. 126, incs. 14° y 15°.

La nueva Ley Orgánica N° 14605 de 25 de julio de 1963, dice sobre el archivo de expedientes que los secretarios (escribanos) remitirán los expedientes fenecidos, después de 10 años, al archivo del juzgado (art. 232, inc. 15).

El acuerdo de la Corte Suprema de 20 de diciembre de 1934 (20) declara que es facultativo de las partes determinar la notaría en que deben archivarse los instrumentos en que tengan interés; y que sólo se archivan en la notaría de turno los expedientes civiles y criminales.

Asimismo, hay procedimientos como el de títulos supletorios de dominio (art. 1301 cód. de proc. civ.); de adopción (art. 1320 cód. de proc. civ.); el discernimiento del cargo de tutor o de curador (art. 1236 cód. de proc. civ.); el de inventario (art. 1191 cód. de proc. civ.); el juicio de emancipación (art. 1040 cod. proc. civ.) que se protocolizan.

5. *La forma cuando la donación constituye un legado.*— Las donaciones *mortis causa* son legados. Por tanto, la forma de ellas impone que deben hacerse por testamento. Por consiguiente, vale el legado en instrumento privado, siempre que éste reúna los requisitos que la ley exige para el testamento ológrafo; y no obstante que lo que el testador legue sea un inmueble. El legado nace por declaración unilateral de voluntad, evacuada por el testador. No es el legado un contrato, como la donación. Por ser éste contrato es que el donante debe aceptar. El testamento ológrafo antes de su protocolización, es instrumento privado. Empero, es un documento privado que debe ser escrito o firmado y fechado por su autor y éste debe ser testador (art. 694 del cód. civ.). La institución de legatario sólo puede hacerse en testamento (art. 686).

Si la ley declara que el contrato se haga de cierta manera o en cierta forma, los contratantes están prohibidos de emplear otro medio diferente; y si lo hacen, el contrato no es anulable, sino nulo, según el art. 1123, inc. 3° del cod. civ.

(20) "A. J.", 1934, p. 358.

La donación de cosas muebles de pequeño valor puede hacerse verbalmente y, a la vez, requiere la entrega, la tradición de dichas cosas muebles. No es operante la entrega posterior.

La donación de cosas muebles de valor no requiere entrega, pero sí que se haga en instrumento privado, especificándose las cosas en que consista y el valor de éstas.

5a).—*Donación de cosas muebles.*— Para nosotros, la donación mobiliaria constituye un contrato real. Por lo menos, cuando se trata de cosas muebles de pequeño valor, porque el 1er. apartado del art. 1474 del cód. civ., exige la entrega simultánea de la cosa mueble donada. No valdría, entonces, la entrega posterior a la decisión verbal del donante. Por tanto, el contrato se perfecciona con la tradición de la cosa mueble, pero es tradición en propiedad. La donación nace con la ejecución; ésta es necesaria para el perfeccionamiento, para la conclusión del contrato.

Por el contrario, la donación inmobiliaria es un contrato formal. Debe hacerse, expresa el 3er. párrafo del art. 1474 del cód. civ., por escritura pública; no en cualquier instrumento público, sino en escritura pública, que es una de las clases de instrumentos públicos según el art. 400 del cód. de proc. civ.

Como la donación puede referirse a un crédito, que es mueble, no se requiere la entrega para que se configure la cesión.

6.—*Capacidad para donar.*— Para donar hay que ser plenamente capaz. Se trata de un contrato de enajenación, como es el de compra-venta; y mucho más serio que éste, porque el donante no recibe en cambio, ninguna prestación. Se empobrece al donar.

La capacidad plena se obtiene a los 21 años: art. 8º cód. civ. Pero se obtiene también antes, a los 18 años, en los supuestos de que habla el art. 11 del mismo cód.

Veamos algunas hipótesis sobre incapacidades específicas de donar, así como para recibir una donación.

Así, no se puede, en general, donar aquello que todavía no es del donante, aunque pudiera llegar a ser de su propiedad. Ello se debe a que el donante enajena lo donado y la enajenación supone transferencia de la propiedad. Sin embargo, se puede donar, v. g., cosa inmueble ajena; y el donatario de buena fe, se

transformaría en dueño de ella, por la prescripción decenal, ya que la donación importa justo título.

Se puede donar cosa ajena. El saneamiento por evicción lo tendrá el donatario: Lo dice el art. 1471 cod. civ.

“El donatario tiene todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante”.

Empero, atendida la gratuidad del contrato, el donatario no puede reclamar la garantía de evicción al donante.

Por consiguiente, se puede donar cosa de otro. Y, propiamente, una cosa es capaz y hábil para enajenar, y cosa distinta es ser dueño de lo que se dona.

En otras legislaciones (cod. italiano de 1942: art. 771), no se pueden donar bienes futuros. La prohibición es de orden público. Se quiere impedir la prodigalidad de quien dona aún lo que no tiene y que después debe adquirir para mantener el contrato.

La donación debe ser actual. Debe tratarse de un bien presente.

En ntro. cód. civ. así debe ser también, porque es un contrato real, en ciertos casos (muebles); y también porque la revocabilidad no podría funcionar; ya que toda revocación supone que el contrato ha sido ejecutado. El consentimiento y la forma instrumental en los inmuebles produce el efecto de transferir la propiedad del donante al donatario.

Hay un aspecto particular en lo que se refiere a la capacidad de donar. Esa capacidad está limitada si el donante tiene herederos forzosos. (art. 1469 cód. civ.).

Asimismo, el incapaz absoluto no puede donar. Ciertos incapaces relativos podrían hacerlo (ebrios habituales, malos gestores, a quienes todavía no se les ha declarado interdictos y no se ha inscrito la interdicción en el Registro Personal, por lo que resulta inoponible a terceros según el art. 1073 del cód. civ.).

El tutor o el curador no pueden donar los bienes del pupilo ni cumpliendo formalidades habilitantes (licencia para enajenar bienes de incapaces).

Declara, el art. 1469 cód. civ.:

"Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus representantes. Empero, podrán aceptar donaciones puras".

Los padres para aceptar por sus hijos, requieren autorización judicial, conforme al art. 413 *in fine* del cód. civ. Los tutores también, por lo dispuesto en el inc. 17 del art. 522 del mismo cód.; y los curadores igualmente deben observar el art. 522 inc. 17, por lo dispuesto en el art. 558 del cód. civ.

Trátase de donaciones gravadas con cargas.

La autorización se da por el juez conforme a los trámites establecidos en el cód. de proc. civ. para enajenar u obligar bienes de menores (art. 524 cód. civ.).

El menor no puede donar al tutor, por la incapacidad en que se encuentra.

Pero aún llegado a la mayoría o emancipado, tampoco puede donar al tutor, antes de que el juez apruebe la cuenta final de la tutela, porque el art. 536 cód. civ. prohíbe que celebre convenio alguno con su antiguo tutor, en tanto no se cumpla ese acto.

En general, el menor no puede donar a nadie, ni con autorización judicial.

Pero el menor puede recibir donaciones puras: art. 511 del cód. civ. No necesita tener para ello, capacidad de ejercicio.

Por consiguiente, toda donación que se haga al tutor por el menor, es nula, a estar a lo dispuesto por el art. 536 del cód. civ., salvo que se hiciere después de aprobada la cuenta final por el juez. Lo mismo ocurre con la donación que hiciera el incapaz ya rehabilitado, a su curador. La rehabilitación supone que exista declaración judicial levantando la interdicción y aprobación por el juez de las cuentas de la curatela.

De otro lado, el tutor, no puede donar los bienes del menor. Lo prohíbe el art. 528, inc. 3 (20 bis) del cód. civ. Lo mismo ocurre con el curador; le es aplicable esta disposición por lo que declara el art. 558 del mismo código.

(20 bis) Declara el art. 528, inc. 3º, cód. civ., que "se prohíbe a los tutores disponer de los bienes del menor a título gratuito".

El art. 511 del cód. civ. dispone que el menor siempre que tenga discernimiento, puede adquirir a título puramente gratuito, sin la intervención de su tutor. Este precepto es inaplicable al incapaz mayor de edad sujeto a curatela, ya que éste jamás tendrá discernimiento. Sin embargo, según el art. 1468 los menores de edad y los incapaces mayores de edad, tengan o no discernimiento, pueden aceptar donaciones puras, sin necesidad de que intervengan sus tutores o curadores. Por consiguiente, estos incapaces pueden formular su aceptación de la donación de inmueble en escritura pública, o sea que pueden, en este caso, intervenir en el otorgamiento de una escritura pública, no obstante su probada incapacidad inscrita en el registro personal y su declaración de interdicción, en su caso. Ello se necesitaría a fin de que el donatario incapaz cumpla con aceptar, como lo exige el 4º parágrafo del art. 1474 cód. civ.

Las donaciones entre cónyuges están prohibidas, porque el art. 1339 declara, en forma general, "se prohíbe contratar entre cónyuges, si no es para el otorgamiento de poderes".

Sin embargo, hay donaciones mobiliarias (alhajas) que, a nuestro juicio, son válidas no obstante que se hagan durante el matrimonio, si están de acuerdo con la situación social de la familia.

Al respecto, el cód. italiano de 1942 en su art. 781, dispone:

"Los cónyuges, durante el matrimonio, no pueden hacerse el uno al otro ninguna liberalidad, salvo aquellas conforme a los usos".

Se observa aquí, que existe una incapacidad específica de donar. No se puede donar a ciertas personas.

El marido no puede donar los bienes comunes; pero si tiene derecho a venderlos por si solo (art. 188 cód. civ.).

Las donaciones entre los esposos quedan sin efecto. Cada uno de éstos puede demandar la entrega de las cosas que hubiere donado, si se disuelven los esponsales por causa diversa de la muerte (art. 80 cód. civ.). Se trata de "esposos" en su sentido auténtico; no de cónyuges.

La ley N° 11954, de 9 de enero de 1953, amplía el art. 41 del cód. civ., en el sentido de que los municipios pueden hacer

donación de sus bienes inmuebles al Estado, siempre que no sean de uso público, y tengan por fin construir o establecer escuelas, hospitales, cuarteles, casas de tutela, cárceles, u otras obras de carácter público e interés social.

En realidad, los municipios son también el Estado. Lo que ha querido significar el legislador es que estas instituciones de gobierno local pueden donar al Poder Ejecutivo. Gozan de capacidad para donar sus cosas; pero no a favor de cualquier donatario.

En general, los bienes del Estado de uso público, no se pueden donar, salvo que previamente sean desafectados. Y en cuanto a las cosas del patrimonio privado del Estado, se pueden donar, pero con ley expresa; y no con simples decretos o resoluciones del Poder Ejecutivo. Sin embargo, la donación por decreto, puede hacer prescribir la cosa inmueble al donatario, en 10 años, ya que existiría justo título.

Debe entenderse por Estado los Poderes que lo constituyen, sus órganos paraestatales, los municipios, las universidades, las sociedades de beneficencia pública, los colegios nacionales y los consejos departamentales (éstos últimos no han sido creados, no obstante que la Constitución lo ordena).

7.—*Declaración de incapacidad por prodigalidad.* —No sólo resulta inoficiosa la donación, porque el donante se excedió al hacerla de la facultad de libre disposición que tenía sobre sólo una parte de sus bienes, sino que ello constituiría una manifestación de prodigalidad, que daría lugar a la declaración de incapacidad por esta causal. Y ello supondría que estaría sujeto a interdicción y habría de designársele curador. En este orden de ideas, dispone el art. 576 del cód. civ. que podría ser declarado pródigo el dissipador habitual que ha dilapidado más de la tercera parte de sus bienes raíces o capitales, teniendo cónyuge, ascendientes o descendientes.

Es incuestionable que quien dona la casi totalidad de sus bienes es un pródigo. Sin embargo, los contratos de donación otorgados antes de la demanda de declaración de interdicción por prodigalidad, son válidos. Lo dice el art. 580 del cód. civ.

Asimismo, para que perjudique al tercero que adquiere un inmueble a título oneroso o gratuito, debe encontrarse inscrita la

interdicción. El art. 1073 del cód. civ. dispone que la omisión de las inscripciones como la de incapacidad, no afecta a terceros que celebren contratos onerosos.

No se debe olvidar nunca la regla contenida en el art. 556 del cód. civ., por la que no se puede nombrar curador de un incapaz sin que hubiere sido judicialmente declarado en interdicción.

8.—*La aceptación en la donación inmobiliaria.*— La aceptación la hace el mismo donatario, porque se trata de acto *intuitu personae*. No pueden aceptar por él sus herederos, o sus acreedores. Si es incapaz deberá aceptar su representante legal (padre, tutor o curador).

Puede aceptarse por medio de mandatario; empero, el poder debe constar en escritura pública, ya que constituye un acto de recepción de una enajenación que se hace por apoderado, por lo que debe demostrarse que la aceptación no es apócrifa.

La ley no señala plazo para aceptar la donación. Sin embargo, la donación sólo puede formarse si donante y donatario viven. Por eso el donatario debe prontamente aceptar. Es evidente que si muere el donante, caduca la oferta o policitud. Lo mismo si el donatario fallece, sus herederos no pueden aceptar por él (art. 1474 cód. civ.).

La caducidad de la oferta, constituye una excepción a la regla de que la muerte del policitante no produce la extinción de la oferta.

También se produce la caducidad de la oferta, si el donante antes de la aceptación deviene incapaz. Podemos admitir, sin embargo, que la incapacidad del donatario no importa que la aceptación resulte imposible, ya que podría hacerla su representante legal.

La escritura pública de donación aún no aceptada, no obliga al donante. Esta es una oferta, que puede ser revocada. Y la oferta debe reputarse existente, aún cuando el donatario concurre firmando el contrato, si no existe en el mismo cláusula de aceptación expresa.

Además, la aceptación por instrumento público posterior no obliga aún al donante; es necesario que se ponga en su cono-

cimiento dicha aceptación; así lo reclama el art. 1474, ap. 4º cód. civ.

El donante al que no se le ha comunicado la aceptación, puede disponer de los bienes donados, no obstante que el donatario ya aceptó por escritura pública.

Para el donante, la donación se considera perfecta desde que se le avisa la aceptación; para el donatario será perfecta desde que la acepta. Por tanto, si el donante muere antes de la notificación de la aceptación, es inválida la notificación a sus herederos; la donación es inexistente para los herederos.

Además, los frutos corresponden al donatario desde la aceptación y no desde la entrega de la cosa donada (art. 1476 cód. civ).

En la donación el donatario adquiere la propiedad de la cosa donada, porque concurre su consentimiento y éste se expresa con la aceptación. Debe existir entre donante y donatario. Por ejemplo, no importa donación la renuncia a un legado, porque se considera que no se ha adquirido la cosa legada. En cambio, si se renuncia una herencia parece que sí debe entenderse que existe donación, porque conforme al art. 657 del cód. civ., desde la muerte de una persona se transmite la propiedad de los bienes de ella a quienes son sus herederos. Faltaría, sin embargo, la aceptación para que se pueda decir que existe el contrato de donación.

Si la aceptación del donatario se hace en la misma escritura pública, éste la firma, existiendo cláusula en que declara que acepta. Si la aceptación figura en instrumento separado, deberá ser también en escritura pública. Carecería de valor una aceptación en instrumento privado. Véase art. 1474, § 4º, cód. civ.

Mientras la aceptación de la donación inmobiliaria no se realiza, no existe el contrato. Por tanto, la capacidad del donante no sólo debe de existir al tiempo que formula su declaración, sino también cuando el donatario acepta.

La mujer puede aceptar donaciones sin necesidad del consentimiento del marido.

Pero no puede renunciar ella un legado sin consentimiento del marido y a la inversa (art. 179 cód. civ); y lo mismo ocurre con la donación.

Tratándose de donaciones mobiliarias, la aceptación resulta de la entrega. Al recibir las cosas muebles, el donatario demuestra su aceptación. Sin embargo, tratándose de cosas muebles de valor, la donación se perfecciona no con la entrega, sino sólo con el escrito (art. 1474, § 2º, cód. civ.). Parece entonces, que es necesaria la aceptación. Al referirse la ley al escrito bastaría que la donación conste en instrumento privado, que debe ser firmado también por el donatario; y su firma demostraría su aceptación.

Sobre la necesidad de la aceptación, se ha pronunciado el fallo de 9 de diciembre de 1898 (21), en el que se establece que es necesaria la aceptación expresa o presunta para que exista a favor del donatario, transferencia del dominio de la cosa donada. Se entiende que la donación se perfecciona, o sea que hay transferencia de la propiedad y la donación es contrato de enajenación si acepta el donatario. Tratábase de la donación de alhajas, de la cual existía prueba instrumental, pero no se había probado que las alhajas (cosas muebles) se hubieren entregado a la donataria, ni mucho menos que ésta hubiere aceptado el regalo. La donación sólo se entiende perfeccionada si existe aceptación expresa o presunta, o entrega de la cosa, dice esta jurisprudencia.

Por los incapaces, en general, deberán aceptar la donación los padres, tutores o curadores. Parece ser, sin embargo, que debe convenirse en que produce todos sus efectos la donación pura que se hace a un incapaz, aunque quien lo representa no haya aceptado. Recordemos que el art. 511 del cód. civ. declara que el menor puede adquirir sin intervención de su tutor, si lo hace a título puramente gratuito; pero exige que se trate de un menor capaz de discernimiento.

9.—*La donación es susceptible de ser revocada.*— Empero, sólo en los casos taxativamente previstos por el legislador. No hay otros.

Es la revocación una manifestación unilateral de voluntad, por la cual se deja sin efecto el contrato de donación. Funciona también en el contrato de mandato. Por el contrario, en

(21) CALLE Juan José, "Vistas Fiscales", t. I, Lib. e Imp. Gil, Lima, 1906, p. 2.

los contratos con obligaciones recíprocas como el de compra-venta, la revocación no funciona; sólo es admisible el mutuo disenso, o sea el acuerdo de ambos contratantes que persigue dejar sin efecto el contrato celebrado.

La revocación de la donación importa una repetición de la cosa donada según las normas del enriquecimiento injusto (22). Es una acción restitutoria, que tiende a volver las cosas al estado en que estaban antes de la donación. No es una acción resarcitoria.

Como es contrato a título gratuito, puede ser revocado aún por los acreedores fácilmente, por medio de la acción pauliana, revocatoria o de fraude (arts. 1098 y ss. del cód. civ.).

La donación es irrevocable si es *inter vivos*. Sin embargo, la ley señala ciertos casos en que puede ser revocada. En cambio, la donación *mortis causa* es revocable, en todo tiempo, mientras viva el que la hizo.

La donación es un contrato irrevocable. El donante no la puede revocar; no depende de su voluntad hacerlo. El donante no puede unilateralmente librarse de su fuerza obligatoria. Este principio es compatible con la existencia de causas legales de revocación, entre ellas la que se deba a la acción de los acreedores del donante, o por reducción de legítima y colación.

Los civilistas contemporáneos extranjeros admiten la irrevocabilidad de la donación, aún cuando apuntan que puede ser revocada a instancia de los acreedores, mediante la acción revocatoria, o de fraude; o puede ser disminuída mediante la acción de reducción si atenta contra la legítima de los herederos forzosos. Entre nosotros, esta última acción de reducción queda sumamente debilitada ya que sólo prosperaría si el donante se excedió en la época en que donó, pero no si por circunstancias posteriores que sólo se objetivan a la muerte del donante, la legítima quedó disminuída al tiempo del fallecimiento de dicho donante (art. 1469, ap. 2º, cód. civ.).

Hay también en nuestro cód. causas que producen la revocación de la donación contenidas en los arts. 1477, 1480 y 1486 del cód. civ. Sin embargo, pese a ello la donación significa la

(22) Así lo hace notar J. W. HEDEMANN, *Trat., Derecho de obligaciones*, vol. III, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, trad. del alemán, § 33, Nº 2, p. 288.

transferencia de la propiedad definitiva del donante al donatario, respecto de la cosa donada. Este carácter distingue a la donación del testamento.

También se legisla sobre revocación de donaciones en esponsales, que es la promesa de matrimonio mutuamente aceptada. Previene el art. 80 del cód. civ., que "si se disuelven los esponsales por causa diversa de la muerte, podrán las partes demandarse la restitución de las cosas que se hubiesen donado", y agrega: "Cuando sea imposible devolverlas se observará lo prescrito en el art. 1478".

La revocación, como la reversión, son derechos inherentes al donante; no se transmiten a nadie; ni a sus herederos. Véase reversión como derecho exclusivo, el art. 1472 del cód. civ. y sobre la inherencia del derecho de revocación el art. 1482 del cód. civ.

El legislador ha cuidado de dar firmeza a este contrato.

Si la donación aún no ha sido aceptada, el donante puede revocarla. Se trataría de una oferta o policitud de donación que es revocada por la retractación del oferente. La oferta de donación dejaría de ser obligatoria si se hizo sin conceder ningún plazo al donatario y éste no la aceptó inmediatamente. Así lo declara el inc. 1º del art. 1330 cód. civ.

La revocación de la donación sólo se da excepcionalmente. En cambio, la revocación del testamento es la regla. Véase arts. 748 y ss. del cód. civ. Normalmente, el testamento es revocado por otro testamento que le sigue en tiempo. Empero, si el último testamento no lo revoca total o expresamente, podrá conseguirse la subsistencia de las disposiciones de los testamentos anteriores si es posible que coexistan.

La donación no es siempre y normalmente revocable.

Siendo contrato tiene fuerza obligatoria.

Sólo se revoca por causas legítimas que la ley señala. La revocación sólo es posible en los casos específicos señalados en la ley. No existen otras causas para revocar que las que la ley relaciona.

La donación no puede ser sometida a término final.

Unilateralmente, el donante no puede revocarla.

Para el donante, la donación importa que da definitivamente.

Sin embargo, los acreedores del donante pueden revocarla mediante la acción pauliana (art. 1098 cód. civ.).

También la donación está expuesta a *reducción* y a *colación*. Si se dona a los hijos o descendientes se reputa *anticipo de herencia* (art. 775 cód. civ.). Puede haber *dispensa*, pero debe ser *expresa* y dentro de la cuota (art. 776, cód. civ.).

Conviene anotar que el acreedor tiene en la acción pauliana un medio más eficaz y dilatado para hacer reingresar al patrimonio de su deudor los bienes donados por éste, que el que señala la ley de quiebras. Sin embargo, en ésta la nulidad de las donaciones podría ser conseguida indirectamente por los acreedores posteriores a los contratos de donación, si es a solicitud de dichos acreedores que se declara la quiebra del donante.

La donación *mortis causa* es revocable siempre. Es un legado. En cambio, la donación no siempre es revocable.

La premoriencia del legatario deja sin efecto el legado.

La premoriencia del donatario no; salvo que para este supuesto se hubiese pactado el derecho de reversión.

En el legado la propiedad pasa al legatario a la muerte del testador.

En la donación la propiedad se traslada de inmediato al donatario, una vez cumplida la formalidad exigida por la ley.

La designación de legatario requiere forma específica: sólo puede hacerse en testamento (art. 686 cód. civ.). La donación es extraña al testamento.

A las donaciones que hubieren de producir sus efectos a la muerte del donante, se aplican las reglas de los legados. Por tanto, la donación caducará, al igual que el legado, si el donatario muere antes que el donante, conforme al art. 724 del cód. civ.

Sin embargo, puede ocurrir que la donación *mortis causa* sea hecha por el donante a uno de sus herederos forzosos: un hijo. Entonces, habría que reputarse anticipo de legítima y ten-

dría que colacionarse. Asimismo, en caso de morir el hijo antes que el padre no caducaría el legado.

El donante no puede, a su capricho, revocar la donación.

La sobreviniencia de hijo no es en nuestro derecho, causal de revocación. Ella es jurídicamente indiferente.

Se revoca la donación en forma unilateral porque sólo se obliga uno de los contratantes, el donante. Una compra-venta, una locación atendida su bilateralidad, no se pueden revocar por uno sólo de los contratantes.

El legado se diferencia de la donación en que el legado es un negocio unilateral y *mortis causa* y se perfecciona con la muerte del testador y la sobrevivencia del legatario. La donación es un negocio bilateral, un contrato, que reúne dos declaraciones de voluntad. Además, la donación es un acto *inter vivos*.

Las donaciones por razón de matrimonio no son revocables por causa de ingratitud, dice el art. 217 del cód. civ. ¿Por qué?

La no revocabilidad se debe al fin que se persigue con la donación. No es tanto el de favorecer al donatario incurso en ingratitud, sino a la familia.

10.—*Causales de revocación.*— El art. 1480 cód. civ. declara que “el donante puede revocar la donación por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación”.

Las causales de indignidad están instaladas en el título II de la sección 1ª denominado “De las incapacidades para suceder”, que corren desde el art. 665 y ss. del cód. civ.; y la desheredación se encuentra en la sección 2ª, título V, arts. 713 y ss. cód. civ.

Si el donante se excede en su facultad de donar (art. 1469 cód. civ.), la donación no se revoca, sino que se reduce, por ser inoficiosa. Y esa reducción puede, en algunos casos, significar su desaparición, si quien la hizo no podía donar ningún bien. Por ejemplo, si el donante tenía hijos alimentistas, que no eran sus herederos, ya que conforme al art. 702 del cód. civ. carece en tal caso de cuota de libre disposición.

Causales de indignidad:

Están contenidas en el art. 665 cód. civ.:

“Son incapaces para suceder a determinada persona como herederos o legatarios por causa de indignidad;

“1º Los autores o partícipes de atentado contra la vida del causante, de su cónyuge, descendientes, ascendientes o herederos. Esta indignidad no queda sin efecto por el indulto ni por la prescripción;

“2º Los autores o partícipes de delitos comprendidos en los Títulos I, III y IV de la Sección Primera y en las Secciones Segunda y Tercera del Libro Segundo del Código Penal;

“3º El que denuncie al causante por delito que la ley pena con prisión;

“4º El que coactó la voluntad del causante para que otorgara o no testamento o para que alterara sus disposiciones testamentarias;

“5º El condenado por adulterio con la esposa o la hija del causante”.

Las causales de desheredación son, asimismo, muy graves, y se encuentran relacionadas en el art. 713 del cód. civ., que dice:

“El testador, expresando justa causa, puede privar de la herencia a su heredero forzoso en los siguientes casos:

“1º Haberle negado, sin motivo legítimo, los alimentos;

“2º Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución;

“3º Haber sido condenado por delito cuya condena lleve anexa la interdicción civil;

“4º Haber incurrido en alguna de las causas por las que puede perderse o privarse de la patria potestad;

“5º Haber incurrido en una de las causas de divorcio si se trata del cónyuge”.

La desheredación es también susceptible de ser revocada, sea por testamento sea por escritura pública (forma *ad substantiam*) (art. 717 cód. civ.).

Asimismo, el desheredado o sus herederos pueden contradecir la desheredación, dentro del plazo de dos años (caducidad y no prescripción) (art. 715 cód. civ.).

A fin de evitar que el desheredado o sus sucesores puedan contradecir judicialmente la desheredación, el que va a desheredar puede iniciar acción judicial para justificar la desheredación; y la sentencia firme que se dicte reconocerá que el actor tiene suficiente motivo para desheredar (art. 716 cód. civ.).

No constituye un supuesto de revocación el legislado en el art. 1475 del cód. civ. Simplemente, la donación no se ejecuta porque el donante carece de los medios para alimentarse. Empero, el contrato de donación subsiste y el donante debe cumplir con entregar la cosa que donó tan luego como mejore de fortuna, o también si se produce su fallecimiento sin dejar herederos. Habiendo éstos es evidente que la donación sería inoficiosa al tiempo de hacerla, ya que cuando no entregó la cosa al poco tiempo de donar, está revelando que se excedió de su porción de libre disposición.

Sólo habría de entenderse revocada la donación por la no entrega, si lo donado son cosas de pequeño valor, para las que el art. 1474 del cód. civ., en su primer párrafo reclama la entrega simultánea. Si no se hace de inmediato esa entrega, no existe la liberalidad. Sin embargo, habría, por lo menos, una promesa de donación.

Otro caso de revocación específico es el del art. 1477 del cód. civ.: "Toda donación hecha por persona que no tenía hijos, queda revocada si resulta vivo el hijo del donante, que él reputaba muerto".

Nótese que la sobreviniencia de hijos no produce la revocación de la donación, como ocurre en otros derechos extranjeros.

No es de revocación sino de invalidez, el supuesto de que trata el art. 1486 del cód. civ., pero produce los mismos efectos. Dice ese precepto: "En caso de que el donatario cause la muerte del donante, se invalida por el mismo hecho la donación".

En este caso, son los herederos del donante los que impugnan la eficacia de la donación.

Se trataría de una disposición semejante a la del art. 1762 del cód. civ., que dispone: "Si el que pagaba la renta vitalicia ha causado la muerte de la persona por cuya vida se constituyó, restituirá el capital que recibió por precio, sin exigir la devolución de la renta que antes hubiese satisfecho".

En ambas hipótesis existe, además, responsabilidad penal, ya que el donatario y el que debe servir la renta han dado muerte a una persona. Sin embargo, en el caso de la renta vitalicia la cuestión es más seria, por cuanto ha procedido por lucro. Por el contrario, el donatario puede haber matado a su protector por otras causas.

Hay una revocación *ipso iure*: si el donante al tiempo de donar no tenía hijos y resulta vivo el hijo que consideraba muerto. Así, art. 1477 cód. civ. Sin embargo, ni aún en esta hipótesis la donación queda automáticamente revocada, ya que el art. 1479 del mismo cód. establece que la donación subsiste si no excedía del décimo del patrimonio del donante cuando hizo la donación. Y que para que la revocación funcione es necesario que el donante lo declare expresamente.

Por tanto, la existencia del hijo reputado muerto no produce la revocación de pleno derecho, ya que habría que establecer que el valor de lo donado excedió del décimo del patrimonio del donante cuando se hizo.

No es revocable la donación sujeta a cargo, porque en realidad tiene esta liberalidad cierto carácter oneroso.

Se puede contradecir las causales de revocación, sea por el donatario, sea por los herederos de éste. Empero, todos éstos sólo tienen el término de sesenta días (civiles) para formular la contradicción, que necesariamente será judicial. El término sólo se considera interrumpido con la citación con la demanda de contradicción; no basta la simple interposición del escrito; y se computa desde que la revocación fue notificada (art. 1484 cód. civ.).

El hecho de que sobrevenga uno o varios hijos al donante no es causal de revocación del contrato. En cambio, la donación queda *ipso iure* revocada si resulta vivo el hijo del donante que éste consideraba finado (art. 1477 cód. civ.).

Hay también revocación de la donación en el supuesto de

divorcio absoluto; no relativo. Estatuye el art. 267 del cód. civ.: "El cónyuge inocente podrá revocar, dentro de los seis meses posteriores a la sentencia, las donaciones que hubiese hecho en favor del culpable".

Si quiere las revoca. No es necesario siempre que lo haga. Asimismo, el cónyuge culpable no podría revocar las donaciones que hizo en favor del cónyuge inocente. Adviértase que en caso de divorcio relativo por mutuo disenso, que puede convertirse en absoluta, ambos ex-cónyuges son culpables.

El término de seis meses es de caducidad; no es de prescripción. Tanscurrido el plazo, toda revocación posterior debe reputarse tardía.

Asimismo, existiendo sólo divorcio relativo, o sea simple separación de cuerpos, las donaciones subsisten.

Trátase de donaciones que se hicieron antes del matrimonio, ya que después está prohibido contratar entre los cónyuges; y la donación es para nosotros, contrato (art. 1339 del cód. civ.).

Otra cuestión: el cónyuge culpable carece de acción para revocar la donación que le hizo al cónyuge inocente.

No es tampoco un supuesto de revocación, sino de extinción de la donación sucesiva por la llegada del término, la que regula el art. 1489 del cód. civ, el cual previene: "La donación hecha en forma de prestaciones periódicas se extingue con la muerte del donante, salvo si éste dispusiere lo contrario".

Es evidente que si el donante dispone que esas prestaciones continúen después de su fallecimiento, pueden constituir una obligación permanente y, por tanto, abrumadora para los herederos, los cuales si son forzosos, podrían resultar lesionados en su legítima.

La disposición del art. 1489 no viola el principio de que la donación no puede estar subordinada a un término final, ya que las prestaciones periódicas ingresan definitiva e irrevocablemente en el patrimonio del donatario y lo único que la ley dispone es que no continúen. Por el contrario, si se infringiría el principio si se dona un inmueble a fin de que el donatario goce del

mismo durante diez o veinte años y después lo restituya al donante o a sus herederos.

La donación es contrato que puede quedar revocado a instancia de los acreedores del donante. No sólo por la acción pauliana (art. 1098 cod. civ.), pero sólo por acreedores cuyos créditos sean anteriores al contrato de donación (art. 1102 cod. civ.), sino también con la declaración de quiebra del donante. La ley N° 7566, de 2 de agosto de 1932, en su art. 72 declara la nulidad de los contratos a título gratuito celebrados por el fallido 6 meses antes de la fecha de cesación de pagos, la que puede ser anterior en un año a la fecha del auto de declaración de quiebra.

Empero, la donación con cargas no es revocable. Lo dice el art. 1485 del cód. civ.; y su nulidad al declararse la quiebra estaría subordinada a que se hubiere efecutado dentro del período de retroacción.

En principio, no cabe exigir la devolución de lo donado sino en ciertos supuestos de excepción.

El donante no podrá reclamar la restitución de lo donado, por ejemplo, si actualmente se encuentra en la indigencia y, por el contrario, el donatario se encuentra rico y próspero.

Empero, si procede la restitución en caso de ingratitud del donatario, si el donante ejerce su derecho de revocación (art. 1480 cód. civ.). La revocación importa en realidad una repetición de lo donado. Sin embargo, no son revocables las donaciones sujetas a cargas (arts. 1485 cód. civ.).

La revocación de la donación por haber incurrido el donatario en las mismas causas de indignidad para suceder o de desheredación, está sujeta a una regulación específica. Si el donante perdona el hecho que podía causar la revocación, ya que era causal de desheredación, no podrá posteriormente basarse en ese hecho para revocar (art. 718 cód. civ.).

Asimismo, el art. 217 del cód. civ. declara que "las donaciones que tienen por objeto el matrimonio no son revocables por causa de ingratitud". Sin embargo, es claramente comprensible que si el matrimonio deja de celebrarse la donación que se hizo para que el acto se cumpliera quedará revocada.

La donación para que el matrimonio se realice puede hacerla un tercero. Pues bien; parece que esa donación resultaría irrevocable aún cuando el matrimonio se disolviese por divorcio. El art. 267 del cód. civ. previene que sólo “el cónyuge inocente podrá revocar, dentro de los seis meses posteriores a la sentencia, las donaciones que hubiese hecho en favor del culpable”. Se entiende que son donaciones antes del matrimonio, porque encontrándose éste vigente se prohíbe contratar entre cónyuges (art. 1339 cód. civ.).

11.—*Revocación por haber incurrido el donatario en causal de indignidad o de desheredación.*— Si el donatario no muestra su agradecimiento al donante, la donación es revocable por ingratitud. El art. 1480 del cód. civ. dispone que “el donante puede revocar la donación por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación”.

Las causas de indignidad están relacionadas taxativamente en el art. 665 del cód. civ.; constituyen incapacidades para suceder como herederas o legatarias, a determinadas personas. Excluyen de la herencia o del legado a pedido de quienes son llamados a suceder a falta o en concurrencia con el indigno (art. 667 cód. civ.). El donante puede invocar cualesquiera de estas causales para revocar la donación. Empero, también puede revocar la donación por las causales de desheredación que están enumeradas limitativamente en el art. 713 del cód. civ.

Es de advertir que indigno sólo puede resultar el heredero legal o donatario; y desheredado sólo lo será el heredero forzoso. La indignidad es la ley la que la determina; la desheredación, por el contrario, importa una manifestación de voluntad del testador. Sin embargo, tratándose de la revocación de la donación siempre existirá una declaración de voluntad del donante. Además, la acción de indignidad sólo corresponde a los herederos y se ejercita contra uno o varios legatarios. La revocación, en cambio, no corresponde más que al donante; no la tienen los herederos del donante (art. 1482 cód. civ.).

Adviértase que si no hubo donación, sino legado, el heredero puede privar al legatario de su derecho a recibir, por acreditar que es indigno. Empero, si fue donación, por más que fuese probada su indignidad, carece de derecho para privarlo de lo

donado. Sin embargo, el donante puede, si le place, revocar si el donatario es indigno.

Por ejemplo, es revocable la donación si se quiso matar al donante, o el donatario fué partícipe en el atentado. No es necesario que se mate, sino que se quiera matar, aunque no se le hubiere herido al donante. Debe existir intención y no que el atentado se haya producido por imprudencia del donatario, o por legítima defensa. El donatario, en general, o sus herederos, pueden contradecir en juicio la revocación. Si no es contradicha dentro de 60 días civiles, quedará consumada (art. 1484 cód. civ.).

Veamos una causal de desheredación que justifica la revocación de la donación: Haberle negado al donante, sin motivo legítimo, los alimentos. Esto evidentemente demuestra ingratitud. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, el art. 449 del cód. civ., por el cual la pensión se regula en proporción a la necesidad de quien los pide y a la posibilidad del que debe darlos. V. g., el donante no tiene derecho a ser alimentado por el donatario si tiene patrimonio apreciable. Además, también debe tenerse en cuenta el valor de lo donado, porque el donatario no está obligado a prestar alimentos por encima del valor que gratuitamente recibiera. También deberá atenderse si hay otros legalmente obligados a prestar alimentos al donante, ya que el donatario es sólo un obligado subsidiario.

Las causales de revocación por indignidad o también por desheredación, no pueden ser extendidas. Son de interpretación restrictiva.

Sin embargo, la indignidad por error del legislador, es susceptible de ser invocada en hipótesis absurdas.

La revocación en estos casos no se produce de pleno derecho. Debe ser demandada en juicio y dura sólo 6 meses desde que sucedieron las causales de indignidad o desheredación (art. 1482 cód. civ.).

Si bien por virtud del art. 1482, la facultad de revocar la donación sólo corresponde al donante y es intransmisible, debe observarse lo dispuesto en el art. 1486, que legisla el supuesto de que el donatario cause la muerte del donante. En tal caso, el heredero puede evidentemente revocar la donación. Debe entenderse que el donatario causó la muerte del donante en forma dolosa, con intención; no por negligencia.

12.—*Revocaciones de pleno derecho y revocaciones Ope Legis.*— La supervivencia del hijo que el donante consideraba finado, produce la revocación *ipso iure*. Por el contrario, la causal de indignidad es revocación que el donante debe hacer saber al donatario. Procede la revocación no obstante que el donatario hubiere muerto, si el heredero incurre en la causal de indignidad o de desheredación, o si aparece el hijo que se creía muerto.

La revocación de la donación se produce de pleno derecho si está vivo el hijo del donante que él reputaba muerto (art. 1477 cód. civ.). No hay necesidad de que el donante manifieste su voluntad de revocar. Basta la comprobación del hecho. Sin embargo, nada impide que el donante con hijos que él no reputa fallecidos, done dentro de los límites que la ley sucesoria permite. Asimismo, el art. 1479 del cód. civ. declara que la revocación no se produce *ipso iure* si el valor de lo donado no excede del décimo de los bienes de propiedad del donante al tiempo de donar; es necesario que dicho donante formule expresamente la revocación.

No es causal de revocación de la donación si una vez hecha ésta le sobrevienen hijos al donante, que no los tenía.

Se justifica la revocación en el caso del art. 1477 porque se dice que es una protección del hijo y porque se donó en la falsa creencia de que el hijo no vivía. Es una revocación en interés de la familia.

En caso de revocación el donante tiene derecho a que se le restituya la cosa donada. Debe la revocación, para surtir efectos, ser notificada al donatario o a sus herederos, dentro de 60 días (art. 1483 cód. civ.).

Si no se pudiere restituir la cosa donada, deberá entregarse al donante su valor.

La cosa debe ser restituida en el estado en que se encontraba al tiempo de la donación. Si por culpa del donatario, se hubiere deteriorado, se deberá una indemnización al donante.

Como el donatario es un poseedor, tiene derecho a las mejoras y gastos y si no se los abonan, tiene derecho de retención. En cuanto a las mejoras abonables, son las necesarias y útiles;

y en cuanto a las de recreo, puede retirarlas, si ello no origina daño a la cosa (arts. 835, 836, 837 y 839 del cód. civ.).

Si se revoca la donación de un predio rústico, el donatario tiene derecho a la cosecha pendiente y al valor de las raíces que quedaren (art. 838 cód. civ.).

En caso de ingratitud, los frutos son del donante desde que se notificó la revocación; y en las revocaciones *ipso iure* (por la aplicación de una condición resolutoria expresa o por resultar vivo el hijo del donante que él reputaba muerto), desde que se pida en juicio la devolución de la cosa donada (art. 1487 cód. civ.). No se tiene en cuenta la buena o la mala fe del donatario, como ocurre con el poseedor. Sin embargo, la citación con la demanda de restitución de la cosa donada, es obvio que hace cesar la buena fe del donatario.

En cuanto a los actos de disposición de la cosa donada practicados por el donatario, debe distinguirse:

Si son a título oneroso, la enajenación que hubiere hecho es firme; el donante sólo tiene derecho al valor.

Si son a título gratuito, puede reivindicar la cosa el donante del adquirente. Sin embargo, si lo donado son cosas muebles, debe atenderse a la doctrina del art. 890 cód. civ. ("la posesión vale el título").

Asimismo, la acción del donante contra el tercero puede ser paralizada por la prescripción.

Si el donatario hubiere hipotecado el inmueble donado, deberá el donante pagar la obligación que asegura; y reclamar su importe del donatario.

Para la hipótesis en que no se puedan restituir los bienes donados, sino su valor, éste se apreciará por el que tuvieron los bienes en la época de la donación (art. 1478 cód. civ.).

No son revocables las donaciones sujetas a cargas (art. 1485 cód. civ.).

Ya se ha dicho que las causas que el cód. civ. señala para revocar la donación, importan excepciones al principio de su irrevocabilidad. La facultad de revocar la donación es irrenunciable, según la ley (art. 1481 cód. civ.).

Asimismo, la donación con cargas es resoluble o rescindible si el donatario incumple dichas cargas. Se trata de un contrato sinalagmático, por lo que le es aplicable la condición resolutoria que vive en todo contrato bilateral (art. 1341 cód. civ.). De otro lado, el donante puede también exigir no la resolución, sino el cumplimiento del contrato. La resolución del contrato es distinta de la revocación.

Conviene advertir que si en un contrato se donaron bienes muebles o inmuebles, con el objeto de que el donatario sirviera una renta vitalicia al donante o a un tercero, por él indicado, la resolución no es admisible, en virtud de lo dispuesto por el art. 1757 del cód. civ., que estatuye: "La falta de pago de las pensiones vencidas, no autoriza al acreedor de la renta a exigir el reembolso del capital, ni a volver a entrar en posesión del bien enajenado; sólo tiene derecho a reclamar el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras". No hay otra acción que la ejecución del contrato, aún cuando es de observar que el dispositivo reproducido, niega el derecho de pedir la resolución de la renta al acreedor de ésta; por tanto, el donante que impuso la obligación de servir la renta vitalicia a un tercero podría pedir la resolución porque él no es el acreedor. Si la renta vitalicia no ha sido constituida por donación, puede pedirse la resolución conforme al art. 1758 del cód. civ., si quien recibió el capital no asegura el pago de la renta. Habría entonces que esclarecer cuándo es donación, o sea si el valor de lo donado es mucho mayor que el importe de la renta, calculado dentro del plazo máximo de su vigencia.

El art. 1478° del cód. civ. en su 1er. apartado, declara que revocada la donación se restituirá el valor si el donatario "hubiese vendido" los bienes donados. Empero, la restitución en especie resultará imposible no sólo en caso de venta, sino en cualquier hipótesis en que el donatario los hubiere enajenado a título oneroso: permuta, adjudicación en pago, donación con cargas.

Para determinar el valor que el donatario debe restituir al donante, los bienes se evalúan de acuerdo con la época en que se hizo la donación. Así lo establece el último apartado del art. 1478° cód. civ.

Resumiendo: Los frutos de las donaciones revocadas judicialmente pertenecen al donante desde que se le cite con la

demanda de revocación al donatario. Y en las revocaciones *ipso iure* (supervivencia de hijo del donante) desde que también se pida en juicio la restitución al donatario (art. 1487 cód. civ.).

La supervivencia de hijos al donante no importa causal de revocación. El art. 1477º cód. civ. sólo dice que se revoca si resulta vivo el hijo que el donante reputaba muerto. Y aún la revocación no opera *ipso iure* si lo donado no excede del décimo del patrimonio que tuvo el donante al tiempo de donar. Reclama el art. 1479º cód. civ., que el donante declare la revocación, expresamente.

13.—*No es transmisible el derecho de revocar la donación.*— Trátase de un derecho que la ley prohíbe que se transfiera a los sucesores, por lo que constituye una excepción a la regla del art. 1232º del cód. civ.

Asimismo, los acreedores del donante no podrían ejercer los derechos de revocación que éste tiene, porque se trata de un derecho personalísimo (art. 1233º, inc. 4º cód. civ.); empero, podrían ejercer la acción revocatoria o de fraude, a no ser que se hubiere extinguido el plazo para incoarla (dos años: art. 1168º, inc. 3º cód. civ.).

Sólo el donante puede revocar la donación. Nadie más que él. El art. 1482º cód. civ. declara:

“No pasa a los herederos la facultad de revocar la donación y dura sólo 6 meses desde que sobrevino alguna de las causas del art. 1480º.

Es un derecho inherente.

Establece, además, un término de caducidad; no de prescripción. Por tanto, no se suspende, ni se interrumpe; y se aplica de oficio por el juez.

El derecho de revocar la donación sólo corresponde al donante y, en ningún caso, a los herederos de éste. Asimismo, no obstante que el donante hubiere demandado la revocación, si se produce su fallecimiento posteriormente, el juicio concluye, porque el art. 1482º cód. civ. declara que “no pasa a los herederos la facultad de revocar la donación”; y esta forma de expresión impide que los herederos del donante puedan proseguir el juicio de revocación que éste dejó instaurado.

Si bien los herederos no pueden revocar la donación, (art. 1482° cód. civ.), es incuestionable que pueden continuar el juicio en que el donatario contradice la revocación; y aún producida la revocación si el donante muere inmediatamente, la acción de contradicción se entenderá con los herederos del donante. Si el donante revoca la donación, no sólo puede contradecir la revocación, el donatario, sino también sus herederos. Esa contradicción es judicial y es una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada la que pondría término al juicio de contradicción, decidiendo si procede o no la revocación. El donatario, o, en su caso, los herederos de éste, tienen el término de 60 días civiles, contados desde la notificación de la revocación que se les haga. Es término de caducidad y no de prescripción (art. 1484° cód. civ.).

La facultad de revocar la donación de que goza el donante, es de aquellos derechos irrenunciables. Es, asimismo, un derecho inherente; no se trasmite a sus herederos. Pero debe extinguirse si el donante fallece después de incoada la demanda de revocación (arts. 1481° y 1482° cód. civ.).

Además de ser un derecho inherente, es un derecho limitado en el tiempo. El donante en la hipótesis de que el donatario hubiere incurrido en las causales de indignidad para suceder o de desheredación (art. 1480° cód. civ.), sólo tiene seis meses para formular la revocación de la liberalidad. Si lo hace vencido ese término la revocación es inoperante (art. 1482° cód. civ.).

Si bien los herederos no pueden revocar la donación, si podrían pedir la resolución o rescisión de la donación, por no haber cumplido el donatario las cargas que le fueron impuestas por el donante.

13 a).—*Jurisprudencia respecto a la revocación de la donación.*— Nuestra jurisprudencia declara que la revocación de la donación debe hacerse de modo explícito. Si por ejemplo, el donante vende posteriormente el bien donado, esa venta es nula si previamente no se revocó la donación. Así lo resuelve la sent. de 19 de mayo de 1877 (23).

(23) "A. J.", 1876-1879, p. 116.

En el mismo sentido, la sent. de 14 de noviembre de 1932 (24), que dice que perfeccionada la donación con la entrega de la cosa, se hace aquélla irrenunciable; y el donante no puede disponer nuevamente del bien, bajo pena de nulidad.

Obviamente, si el donante enajena lo que ya donó está vendiendo lo ajeno y el Poder Judicial deberá necesariamente declarar la nulidad de la venta, a petición del donatario, quien está en posesión de la cosa donada. Además, la donación produce sus efectos, en tanto no se declare su nulidad en juicio. De otro lado, la donación permite inscribir a nombre del donatario, el inmueble donado. Por consiguiente, no puede inscribirse sino la transmisión que hiciera el donatario, que es el propietario según el registro. Constituye la venta otorgada por el donante un título incompatible con el que está inscrito, que es el de donación (art. 1047º cód. civ.).

Bajo la vigencia del cód. civ. de 1852, la revocación de la donación se efectuaba de pleno derecho por sobrevenirle hijos al donante. Era ésta una situación que creaba en el donatario un derecho de propiedad resoluble, en forma permanente.

De esta cuestión se ocupa la sent. de 25 de mayo de 1894 (25), que establece que la revocación de la donación por esta causal no es susceptible de extinguirse por prescripción.

La sobreviniencia de hijos al donante importaba la revocación automática de la donación. El art. 612 del cód. civ. derogado decía:

“Toda donación entre vivos hecha por persona que no tenía hijos, ni descendientes, ni hijos legitimados, queda revocada por el mero hecho de suceder los dos casos siguientes:

“1º Si el donante tiene, después de la donación, hijos legítimos o legitimados, aunque sean póstumos;

“2º Si resulta vivo el hijo del donante, que él reputaba muerto, cuando hizo la donación”.

El fallo mencionado estableció que durante el tiempo transcurrido hasta que sobrevengan hijos al donante, no corrió la

(24) “R. de los T.”, 1932, p. 472.

(25) “A. J.”, 1894-1898, p. 41.

prescripción a favor del donatario. Este había poseído la cosa donada por más de treinta años, percibiendo los frutos y practicando diversos actos de dominio; y el hijo que le había nacido al donante comenzó a existir después de más de treinta años de posesión del donatario. Esta causal no existe ahora, por fortuna.

El fallo citado decía:

El tiempo transcurrido desde el otorgamiento de la donación, no obsta a que quede revocada, luego que sobrevengan hijos al donante.

Se pidió que dentro de los inventarios se comprendiera una finca donada, por las siguientes razones:

1.—Porque la donación era nula, ya que excedía de 500 pesos y no se otorgó en escritura pública (art. 596 del cód. civ.). Todos los preceptos son del cód. de 1852.

2.—Porque la donante era casada y no concurrió el consentimiento de su esposo (art. 182 del cód. civ.).

3.—Porque habiendo sobrevenido hijos la donación se revocó por ministerio de la ley (art. 612 del cód. civ.); siendo de advertir que habiendo constituido la finca donada el único bien del donante, no era aplicable la restricción del art. 614, relativo a la revocación expresa del donante, cuando el valor donado no llega a la décima parte de la fortuna. Y

4.—Porque la donación fue excesiva en su origen. Excedía de lo que el donante podía donar.

El donatario alegó la prescripción para bonificar cualquier defecto en la adquisición.

El Fiscal decía:

Si el único defecto de la donación, cuya nulidad y revocación se pide, fuera el de haberse otorgado en documento privado contra lo prevenido en el art. 596 del cód. civ., tal vez podría tener fuerza el transcurso del tiempo; pero respecto a los derechos del hijo del donante no, porque la prescripción no puede alegarse, desde que no ha corrido el tiempo.

En efecto, la ley dice: que hay revocación *ipso iure*, por sobrevenir hijos al donante y como mientras éste viva puede

Maximo Antezana &

suceder el caso de que los tenga, es evidente que la expectativa de la revocación subsiste mientras viva el donante, cualquiera que sea el tiempo de su duración. El hijo del donante había nacido hacía sólo 5 años, y como para los menores no corre el tiempo de la prescripción, resulta que ni un solo día ha corrido el plazo de ella a favor del donatario.

Por lo que respecta a la cuantía de la donación con relación a los bienes del donante, no hay duda que está fuera del caso del art. 614, puesto que no habiendo dejado el donante más bien que la finca donada, es evidente que la revocación es *ipso jure* e independiente de la voluntad del donante, porque esa revocación la hace el legislador en beneficio de los hijos.

El argumento de que no hay prueba sobre la cuantía de la donación, no puede por otra parte favorecer al donatario con perjuicio de los hijos; al contrario, esa falta de prueba directa a quien debe favorecer es al menor, desde que en los inventarios no se trata de otro bien que de la finca donada, y eso basta y sobra para deducir que la donación fue excesiva. Tal la opinión fiscal.

14.—*Efectos del contrato de donación.*— Son efectos de la donación las obligaciones que de ella emergen, a cargo del donante y del donatario.

Siendo contrato unilateral, las obligaciones básicas, medulares, están a cargo de una sola de las partes.

Primeramente, se examinará en general esta cuestión; y en seguida se tratará de la posición de cada una de las partes intervinientes en el contrato.

Obligaciones del donante:

1) Obligación de entregar la cosa donada. Esta obligación nace del contrato de donación de inmueble, o de donación de cosa mueble de valor. No existe esta obligación si se trata de cosa mueble de pequeño valor, porque en este caso, la donación es contrato real que requiere la entrega simultánea de la cosa, según el 1er. ap. del art. 1474 cód. civ.

2) Obligación de entregar los frutos de la cosa donada desde la aceptación (art. 1476 cód. civ.) Se da cuando el donante retarda la entrega de la cosa donada. Sin embargo, esta

hipótesis no aparece en las donaciones de cosas muebles de escaso valor que para que existan reclaman la entrega inmediata de ellas al donatario.

3) Obligación excepcional de garantía por evicción. V. g., si expresamente se obligó a ello el donante.

La dote es una forma de donación. Quienes constituyen dote están obligados a la evicción y saneamiento, salvo estipulación contraria, establece el art. 223 del cód. civ.

También responderá el donante por los vicios redhibitorios, si se obligó a ello en el contrato de donación (26).

Obligaciones del donatario: no tiene ninguna, salvo que se trate de donaciones con cargas, o de la obligación de carácter moral de ser grato con su benefactor.

15.—*Las obligaciones que debe cumplir quien hace donación.*— La obligación sustancial del donante es la de hacer la entrega de lo donado. Sin embargo, puede no entregar en la donación de cosas muebles de escaso valor, ya que donación y entrega significan lo mismo, en este único caso.

Pueden demandar la entrega los herederos del donatario; no sólo éste. También los acreedores del donatario.

Asimismo, puede reclamarse la entrega a los herederos del donante.

El donante debe abonar los frutos de lo donado, desde la aceptación. Si los ha consumido el donante, deberá abonar su valor (art. 1476 cód. civ.).

Si es culpable de la no entrega, el donante deberá abonar daños y perjuicios. De hecho, se le presume culpable, salvo que pruebe la existencia de una causa extraña que no le sea imputable personalmente, o que no puede atender a su propia subsistencia y a la de quienes debe alimentos. El art. 1475 del cód. civ. dispone al respecto:

(26) No debe garantía por evicción, ni por vicios redhibitorios. Sin embargo, debe indemnización de daños y perjuicios al donatario si la cosa donada los produjo por los vicios que tenía y que eran conocidos del donante, sin que éste informara de ellos al donatario.

“El donante que ha desmejorado de fortuna sólo puede eximirse de entregar la cosa donada, en la parte necesaria para sus alimentos”.

La donación no crea en el donante la obligación de garantía, como en el vendedor. El donante entrega la cosa en el estado en que se encuentra. Si el donatario es eviccionado, el donante no responde. Lo mismo en cuanto a los vicios ocultos que pudiera tener la cosa donada. Esto ocurre por razones de carácter ético, ya que el donatario ha recibido del donante la cosa por puro altruismo.

Sin embargo, la excepción la constituye la donación en forma de dote (art. 223 cód. civ.). Quien constituye dote a favor de quien la adquiere gratuitamente, debe el saneamiento por evicción, salvo estipulación contraria.

También se debe la garantía cuando existe cláusula expresa en el contrato de donación, o así resulta de la interpretación de todo el contrato. En otro caso, se deberá indemnizar si se acredita el dolo del donante, ya que éste, a sabiendas de que no era dueño, cedió el inmueble. No se debe garantía, ciertamente, pero el donante responde por el acto ilícito (culpa *aquilia*).

El donatario, sin embargo, goza de la garantía que debía al donante quien le transfirió el dominio (art. 1471 cód. civ.).

El donante responderá también al donatario de sus hechos personales. Por ejemplo, si donado el inmueble y no inscrita la transferencia de dominio a favor del donatario, el donante lo vende a un extraño aprovechándose de esta omisión. Es evidente que deberá el donante indemnización por los daños y perjuicios.

15 a).—*Obligaciones del donatario*.— La 1ra. obligación del donatario consiste en el agradecimiento. El cód. civ. señala en su art. 1480, que la donación se revoca por las causales de indignidad y/o desheredación. Si el donatario no está incurso en esas causales debe reputarse que ha agradecido la liberalidad. La enumeración es restrictiva; no se admiten otros hechos que demuestren la ingratitud del donatario.

La obligación de agradecimiento es negativa; el donatario no deberá realizar actos que según la ley comprueban su ingra-

titud. Es una obligación de no hacer; si es violada, la donación se revoca.

Entre esas causales está la de negar alimentos al donante. Por tanto, existe en el donatario la obligación de alimentar al donante, si éste no pudiera ganarlos con su trabajo.

Una obligación sobreviniente del donatario aparece cuando se deshace el contrato de donación: la de pagar los frutos. En caso de revocación se observa el art. 1487, y en otros casos los preceptos de posesión de buena y mala fe para la adquisición de los frutos (arts. 834, 841 y 832 cód. civ.).

Otra obligación del donatario es la de cumplir con las cargas. Debe tratarse de cargas señaladas expresamente en la escritura pública de donación. Así, la de vivir y cuidar al donante hasta su fallecimiento; la de no enajenar lo donado; la de alimentarlo.

El donante puede exigir judicialmente el cumplimiento de las cargas, o, en otro caso, la revocación de la donación, si el valor de las cargas es mínimo en relación con el valor de la cosa donada. Empero, si existe equivalencia entre lo donado y las cargas, lo que procede es la resolución en caso de incumplimiento del donatario. La donación deja de ser contrato unilateral, para transformarse en bilateral.

También tiene el donatario la obligación de pagar los impuestos y gastos del contrato. No existe regla en el cód., pero es evidente que hay un principio general no escrito que dice que "los gastos han de pagarse por quien en cuyo interés se hacen". Este es un principio general. Puede pactarse, sin embargo, que corran por cuenta del donante. En el contrato de compra-venta el art. 1391 del cód. civ. determina que se pagan por mitad por vendedor y comprador, porque se trata de un contrato conmutativo en que las ventajas son recíprocas y no de un solo lado, como en la donación.

16. *Distintas clases del contrato de donación.*— Las denominaciones que se agregan a la donación, se deben a la razón que genera la liberalidad. Así la donación por causa de muerte es aquella en que sus efectos se subordinan a la muerte del donante. En la donación auténtica sus efectos son inmediatos. La

donación *mortis causa* recibe dentro del derecho sucesorio, el nombre del legado.

La donación pura es la liberalidad auténtica; es acto de los grandes espíritus. No se dona por razón de la muerte del donante, ni para pagar servicios, o para conseguir algo.

La donación remuneratoria se hace para pagar servicios del donante, en que éste podía haber exigido su pago. El donante la hace para cancelar el trabajo que se le ha suministrado.

En otros casos, la donación se califica porque se hizo ilegalmente.

V. g., la donación se dice que es inoficiosa porque excede de la cuota de que podía disponer el donante. Procede la acción de reducción, que la promueven los herederos forzosos, en cuanto disminuye la legítima de éstos.

Si hay varias donaciones la reducción se hace en orden inverso a las fechas de su otorgamiento, comenzando por las últimas donaciones, porque es en éstas que el donante se excede de su cuota de libre disposición (art. 1488 cód. civ.).

Y si varias donaciones se hicieron el mismo día, se reducirán a prorrata.

Un análisis detenido habrá de cumplirse más adelante, con respecto a las formas de donación mencionadas.

Las donaciones puras puede adquirirlas el menor sin que se requiera el consentimiento del tutor (art. 511 cód. civ.), pero siempre que tuviere discernimiento.

El menor bajo tutela no puede aceptar donaciones gravadas con cargas. Las aceptará su tutor con autorización judicial, concedida previa audiencia del consejo de familia, conforme al procedimiento del cód. de proc. civ. para enajenar u obligar bienes de menores. Los mismos requisitos deberán ser cumplidos por el curador del incapaz (arts. 522, inc. 17º, 524 y 558 del cód. civ.).

También los padres necesitan autorización judicial para aceptar, por sus hijos menores, donaciones gravadas con cargas (art. 413 *in fine* cód. civ.).

Donación condicional es, v. g., la donación por razón de matrimonio. En ésta se entiende que se encuentra sujeta a la condición de realizarse el matrimonio (art. 215 cód. civ).

Se puede también donar no en forma definitiva, sino por cierto término. Una vez cumplido éste, el donatario deberá devolver lo recibido.

No se puede donar lo que aún no se tiene. Empero, si se puede legar lo que no se tiene. En tal caso, debe adquirirse y darse al legatario; lo dice el art. 720 cód. civ.

La donación no deberá reputarse a título gratuito, si el donatario se obliga a cumplir una prestación en favor del donante o de un tercero. Esta es una liberalidad con carga; se trata de un contrato sinalagmático. No requiere, por tanto, si es inmobiliaria, la forma de la escritura pública, razón por la que se reputa subsistente.

Existen también donaciones mutuas, en que la causa jurídica de cada una de ellas no es la liberalidad, sino la existencia de la otra donación. Es una permuta de bienes; es contrato a título oneroso y no gratuito.

Deberá siempre diferenciarse la donación de otros actos a título gratuito.

La donación no debe olvidarse que es un contrato, o sea que supone coincidencia de voluntades, acuerdo, consentimiento entre donante y donatario. Por eso el pago de lo indebido no puede confundirse con la donación, porque el acreedor recibe el pago no por donación, sino porque entiende que se le abona lo que se le debe; dicho acreedor tiene derecho a que se le pague, pero se le está pagando por error y por quién no es su deudor.

Lo mismo ocurre en el pago que no hace el deudor, sino un tercero. Si dicho tercero paga sin el propósito de reclamar lo que ha pagado del verdadero deudor, en realidad hace una liberalidad, pero no una donación, porque aquí tampoco hay contrato, ni confluencia de voluntades; el acreedor recibe el pago del tercero no interesado sin tener en cuenta que se le hace una donación, ya que a dicho acreedor se le está debiendo. Ni en éste ni en el otro caso hay para quien paga compensación, porque no la quiere pedir.

Por consiguiente, existen otras liberalidades que no constituyen donación; y que son más amplias que la donación. V. g., no es donación el mandato que se desempeña gratuitamente. En general, el mandato se presume gratuito, con arreglo al art. 1635 del cód. civ. Tampoco es donación la prestación gratuita de servicios. Si hubiere retribución a quien ejecuta los servicios habrá o contrato de trabajo, o contrato de obra. Asimismo, no es donación el pago que se hace para cumplir deberes de solidaridad social, a los que se refiere el art. 1285 del cód. civ., una de cuyas aplicaciones es la contenida en el art. 1664 del mismo cód. (el extraño que da alimentos por oficio de piedad); y otra es la del art. 804 (quienes se han alimentado gratuitamente en la casa del finado).

Entre nosotros, se acostumbra donar un inmueble, reservándose el donante el usufructo del mismo; o, en otro caso, se dona a X y se da la cosa donada en usufructo a Z. En tales casos, el usufructo termina en el plazo que se hubiere fijado, o, en todo caso, con la muerte del usufructuario, ya que es un derecho vitalicio (art. 943 cód. civ.).

La reserva del usufructo surte efectos no sólo contra el donatario y los herederos de éste, sino contra cualquier subadquirente, aunque fuere a título oneroso, ya que es presumible que al adquirir hubiese tenido que conocer del título con que vende su enajenante. Con mayor razón si se trata de usufructo registrado.

17.—*Donación remuneratoria.*— Se quiere recompensar al donatario por un servicio que dicho donatario ha prestado. Propiamente, no es donación, ya que en nuestro derecho ningún trabajo o servicio puede donarse. La Constitución en su art. 55 reclama que todo trabajo debe remunerarse.

El cód. no reconoce la donación remuneratoria, ya que ésta es un pago.

Por tanto, una donación remuneratoria no se encuentra sujeta a los requisitos de forma que el cód. reclama para la validez de las donaciones. Y ello obedece a que es un acto oneroso.

Con respecto a esta forma de donación, la Exposición de Motivos (27) dice:

(27) APARICIO y G. S., G., Código Civil, concord., t. III, p. 435.

“No se contempla la llamada donación remuneratoria que no puede explicarse sino por un vicio del lenguaje. La donación es siempre un acto gratuito. Si la intención del agente fué extinguir una deuda que no constituye obligación exigible, la pretendida donación asume el carácter de pago, que es insusceptible de repetición; y si se refiere a una obligación exigible por el acreedor, la noción jurídica del pago resplandece en todo su vigor. En ambos casos, el acto es oneroso y debe gobernarse por las reglas del pago”.

Ya nuestra vieja jurisprudencia ha decidido que no es donación la transferencia del dominio de una cosa en pago de la obligación que se le debe al supuesto donatario (28).

Y el insigne OLAECHEA (29) decía:

“La donación supone una relación jurídica cuya nota sustancial es la gratuidad. Por eso, nuestro código y la doctrina limitan las donaciones onerosas, porque en ellas falta el *animus donandi*, que se traduce en un acto de cooperación”.

“Las donaciones onerosas y las remuneratorias no se pueden concebir sino como un vicio del lenguaje. La donación remuneratoria juega con los principios del pago, en general. El nuevo código no las reconoce, pues el pago es una institución y la donación otra. El pago presupone la onerosidad y la donación es un hecho sustancialmente gratuito”.

En las donaciones remuneratorias la generosidad no existe. En las onerosas o modales la generosidad está viciada. Ella se genera porque el donante espera también un beneficio del donatario.

Asimismo, las donaciones *mortis causa* no tienen mérito. La benevolencia nace ante el espectáculo de la muerte.

La donación remuneratoria es la opuesta a la donación pura. En la 1a. forma, el *animus donandi* se expresa por reconocimiento, o teniendo en cuenta los méritos del donatario, o por remuneración. Se dona por móviles, o sea que el donante re-

(28) Fallo de 18 de octubre de 1873, en “A. J.”, 1873-1875, p. 66.

(29) Polycopias de sus clases del curso de “Obligaciones y Contratos”, dictadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en el año de 1937, p. 192 y s. Esa versión no sólo no fue autorizada por el ilustre maestro, sino negada.

compensa al donatario. No existe gratuidad. El donante está impulsado por un espíritu de compensación.

Esta donación remunerativa no puede ser revocada. Asimismo, el donante debe la garantía de evicción porque, propiamente, no es donación. Puede, sin embargo, ser objeto de reducción.

En la donación pura el espíritu del donante no tiene propósito económico, sobre todo. Quiere procurar un enriquecimiento al donatario. La gratuidad aparece porque no existe compensación.

Niega el cód. de Italia que sea donación la que se hace para pagar servicios prestados. Así:

Art. 770: "Donación remuneratoria.— Es donación también la liberalidad hecha por reconocimiento o en consideración de los méritos del donatario o por especial remuneración.

No constituye donación la liberalidad que se suele hacer en ocasión de servicios prestados o, en general, de conformidad a los usos".

Adviértase que la nueva ley italiana tiene un concepto distinto de donación remuneratoria.

18.—*La donación en que interviene mandatario.*— Como la donación es contrato de enajenación, el apoderado necesita de mandato especial constante en escritura pública y con especificación de los bienes que se van a donar. Previene el art. 1633 del cód. civ.:

"Para disponer de la propiedad del mandante o gravarla, se necesita que el encargo conste expresamente y por escritura pública".

Sólo el testamento no puede ser otorgado por mandatario. El matrimonio tampoco puede ser celebrado por dos apoderados que representen a cada contrayente. Sólo puede intervenir un mandatario. Así lo dispone el art. 118 del cód. civ.

También la aceptación del donatario puede hacerse por medio de apoderado.

19.—*Donación que se hace a uno de los cónyuges.*— Cons-

tituye bien propio la donación hecha a uno de los cónyuges, ya que se trata de adquisición a título gratuito de dicho cónyuge. Así, inc. 2º del art. 177 del cód. civ.

Ello no obstante, un fallo dictado bajo el imperio del cód. civ. del 52, decide que es bien ganancial (ahora bien común), la donación hecha a mujer casada, si ésta no consta en escritura pública (30). En verdad, este fallo está en contradicción con texto expreso de la ley civil. En efecto, el art. 961 del cód. civ. derogado, decía:

“Son bienes propios de la mujer:

“1º La dote;

“2º Las arras;

“3º Los bienes parafernales;

“4º Los que adquiriera por herencia, *donación* u otro título gratuito, después de constituida la dote;

“5º Los comprados o permutados con los bienes referidos en los cuatro incisos anteriores”.

Se advierte, sin embargo, que se trata de una donación que no constaba en la forma de ley: escritura pública. Por tanto, se trataba de contrato nulo o inexistente. Ello significaba que la mujer tendría que adquirirlo por prescripción extraordinaria, ya que el instrumento privado de donación no es justo título; y la prescripción como modo de adquirir el dominio de una cosa, que consuma un cónyuge, no convierte en propia dicha cosa, sino en bien común. La prescripción larga es modo originario de adquirir, según el inc. 6º del art. 184 del cód. vigente, y la adquisición originaria de un bien le da a éste la calidad de común.

20.—*Seguro de vida*.— Una persona toma una póliza en favor de una tercera persona determinada. Paga el asegurado las primas y procura al beneficiario —la cónyuge—, el capital asegurado.

Este acto no constituye una donación, porque ni siquiera se dona el importe de las primas pagadas a la compañía.

(30) Sent. de 15 de enero de 1880, en “A. J.”, t. III, 1876-1879, p. 226.

En la sociedad de gananciales que se crea por el matrimonio, el inc. 4º del art. 177 del cód. civ. declara que constituye bien propio de un cónyuge, la indemnización por seguro de vida, pero agrega que deberán deducirse las primas pagadas por la sociedad.

El capital asegurado le es pagado al beneficiario por el asegurador; no por el asegurado-donante. Es una estipulación en favor de tercero. Además, no constituye herencia; lo dice el cód. de com. en su art. 419, cuyos términos son los siguientes: "Las cantidades que el asegurador deba entregar a la persona asegurada, en cumplimiento del contrato, serán propiedad de ésta, aún contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquiera clase del que hubiera hecho el seguro a favor d aquélla".

Si constituiría donación el seguro de vida si se toma la póliza en beneficio de un extraño. Sin embargo, sólo se donaría el importe de las primas pagadas por el donante; pero no sería donación el capital pagado al beneficiario por la compañía aseguradora.

21.—*Donaciones indirectas.*— En éstas no se observa la forma. Por ejemplo, el acreedor condona las deudas a quien quiere favorecer; o si se renuncia la herencia o el legado; o se paga con el propio patrimonio la deuda de un tercero.

No es lo mismo donación indirecta que donación encubierta o donación simulada. La donación indirecta es un acto jurídico unilateral, por el que se renuncia u omite un derecho, sin necesidad de que concurra la voluntad del donatario.

Hay una forma de donación encubierta que ya se utiliza en nuestro país. Es aquella en la que se dona por medio de letra de cambio y en la que el donante figura como aceptante en blanco (sin fecha) y el donatario girador sólo la hace efectiva con posterioridad a la muerte del donante, extendiendo la data que conviniere. Nótese que la letra contiene una rigurosa promesa de pagar una suma de dinero y es, asimismo, una promesa abstracta, cuyo pago puede ser reclamado a los herederos por un tercero endosante, a quien se le transfirió el título por endoso extendido antes del fallecimiento del donante-aceptante (o, por lo menos, así aparece). En este supuesto, la defensa de

los herederos resultaría nugatoria contra el tercero, aún cuando consiguieran probar plenamente la donación. Es claro que si el pago lo exigiera el girador-donatario, los herederos deducirían contra él una excepción personal, en que dicho donatario estaría obligado a acreditar que la relación fundamental que dio origen al título no fue una donación. (Cabría cuestionar a quien corresponde la carga de la prueba).

Hay también donaciones con otros títulos de crédito: vales, cheques, acciones de compañía, *warrants*.

La donación por medio de letra de cambio, en cuanto no se observa la forma prescrita en el 2º apartado del art. 1474 del cód. civ., debe ser reputada nula. La ley exige que la donación de cosas muebles de valor reclama escrito bajo pena de nulidad; y el escrito obviamente debe mencionar la donación misma. Según el ap. 2º del art. 1474 del cód. civ. la donación de cosa mueble de valor debe hacerse por escrito bajo pena de nulidad, especificando las cosas en que consista.

La dificultad residiría en probar que la aceptación de la letra de cambio obedeció a un acto de donación por parte del aceptante.

22.—*Las donaciones con cargo o modales.*— Es en el contrato de donación en donde se da la aplicación de esa modalidad que se llama “carga”, que es un elemento accidental y que el cód. civ. legisla en los arts. 1117 y ss.

El cargo es el *modus* y la donación que está sujeta a él se llama donación onerosa, donación modal, donación *sub modo*, donación *cum onere*. Por ejemplo, es cargo el que el donante impone al donatario de pagar sus deudas (30).

Siempre pese al cargo, la donación continúa siendo liberalidad, aún en el caso de que el cargo absorba todo el valor de lo donado.

Dentro del contrato de donación, el legislador llama “car-

(30 bis) La donación con carga es también llamada donación modal o donación *sub modo*. La carga es un *modus*. Es donación onerosa. La carga es *onere*.

Hay autores que sostienen que en esta donación con carga no cabe la resolución, salvo que ésta se hubiere estipulado en el contrato; y que no hay otro camino que pedir el cumplimiento específico (cumplimiento coactivo). Así, MESSINEO consideró que cabe la resolución. Lo que no estaría permitido es el acto unilateral de la revocación.

ga" al cargo; así, en el art. 1485 dice que "las donaciones que están sujetas a cargas no son revocables".

El donatario está obligado a cumplir el cargo. Si no existe plazo, el juez puede señalarlo (art. 1117 cód. civ.).

Si fallece el donatario sin cumplir el cargo, la donación queda sin efecto, si sólo el donatario fuera el único que puede cumplirlo. En caso diverso la obligación de cumplir el *modus* se transmite a los herederos del donatario (art. 1118 cód. civ.).

No cumplido el cargo el contrato de donación se resuelve. Sin embargo, el donante o sus herederos pueden exigir judicialmente el cumplimiento. No cabe revocar la donación, pero sí resolverla, como todo contrato bilateral, por aplicación del art. 1341 del cód. civ.

Acerca de las donaciones sub modo, la Exposición de Motivos hace saber:

"El título IV reglamenta la donación. Los códigos no están de acuerdo sobre el lugar que debe ocupar la donación. Unos reglamentan este acto jurídico al ocuparse de los testamentos; otros al exponer los modos de adquirir; y algunos al tratar de los contratos. El código francés, como el italiano y el español, examinan las donaciones al ocuparse de los testamentos. El código peruano ubica este asunto entre los modos de adquirir (se refiere al cód. de 1852). En general, toda donación supone el requisito de la aceptación y las donaciones modales se equiparan sensiblemente a los contratos bilaterales. Parece lo más razonable incorporar la donación en el número de los contratos, como pasa en los códigos suizo, alemán, portugués, brasileño y otros" (30 ter).

En la donación modal o *sub modo* si el donatario no cumple el cargo que es siempre una contra-prestación, puede reclamar no sólo el donante, sino el tercero beneficiario, o también el heredero del donante. Asimismo, puede exigirse la resolución o rescisión del contrato por incumplimiento del cargo.

Declarada la resolución o rescisión, el donatario restituirá el bien donado con sus frutos y acciones. Si lo enajenó a tí-

(30 ter) APARICIO y G. S., G., Código Civil, concord., t. III, p. 435. Lima, 1942, Taller de Linotipia.

tulo oneroso, sólo debe su precio calculado al tiempo en que la donación se hizo más sus frutos.

Si la carga es jurídicamente imposible o ilícita, no vale el contrato de donación (art. 1119 cód. civ.). Si llegase la carga a ser después jurídicamente imposible, vale el contrato de donación (art. 1120 cód. civ.).

Asimismo, si la carga es físicamente imposible resulta también inválido el contrato de donación (art. 1121 cód. civ.).

En otros derechos, como el italiano, el cargo ilícito o imposible se tiene por no puesto, a no ser que se acredite que ese cargo fué el motivo único y determinante que impulsó a la persona a donar. Así: art. 794 del cód. civ. de Italia de 1942:

“Carga ilícita o imposible. —La carga ilícita o imposible se considera no puesta; sin embargo, hace nula la donación si ha constituido el único motivo determinante de ella”.

En esta forma de donación el donante hace la liberalidad, pero impone al que la recibe el cumplimiento de determinadas obligaciones para con él, o para con terceros que nombra. Esta es la donación con cargas.

Ya no es un acto a título gratuito, sino oneroso, sobre todo si el valor de la carga es igual al valor donado.

En otros casos, el donante dona para que el donatario renuncie a algo; así, para que no le exija rendición de cuentas.

Por ello es que el cód. civ. en su art. 1485, declara que las donaciones con carga no son revocables.

Conviene hacer referencia a las disposiciones que sobre el cargo contiene el cód. civ., adecuándolas al contrato de donación. Así, si en el contrato el donante no señaló el término en que debía cumplirse el cargo, la carga o modo, se aplicará el art. 1117, que concede al juez la facultad de señalar el plazo.

También es observable la doctrina del art. 1118, por la que la obligación de cumplir la carga impuesta se transmite a los herederos del donatario, a no ser que sólo pudiera ser cumplida por él en persona. En este segundo caso, si fallece el donatario sin cumplir el encargo, quedará sin efecto la donación, volviendo el bien al donante o a sus herederos. Obviamente, el donante

o sus herederos pueden exigir el cumplimiento del cargo; y esa exigencia puede ser judicial.

La donación habrá de reputarse inexistente si el hecho que constituía el cargo fuera jurídicamente imposible o ilícito (art. 1119). Empero, si ese hecho se torna después de perfeccionado el contrato de donación, jurídicamente imposible, subsistirá el contrato de donación y el donatario continuará siendo propietario del bien donado (art. 1120).

Finalmente, si la donación se hace estipulando un cargo que fuese físicamente imposible, no sólo no existirá el cargo, sino también la donación (art. 1121).

El cargo o la carga la encontramos no sólo en los contratos de donación, sino también en los testamentos, sea cuando se instituye herederos (que no son forzosos), sea cuando el legatario deberá cumplir ciertos encargos, porque de lo contrario no adquiere la cosa o el derecho legado, o si lo adquiere y no cumple los cargos, se resuelve dicho legado. El cargo se impone en los actos y contratos a título gratuito que importan transferencia o transmisión; y no en los contratos a título oneroso. En éstos últimos el cargo es excepcional.

El cargo supone una restricción, un *minus*. Además, crea una obligación que no deriva del contrato, sino que es colateral. Sin embargo, si no es cumplida la donación se resuelve, en vida del donatario o también si la cosa donada está en posesión de los herederos de dicho donatario.

Para Clovis BEVILAQUA (31) el cargo o *modus* es una determinación accesorio, por la que se restringe una ventaja creada por el acto jurídico (en este caso, la donación), señalando el fin al que debe destinarse la cosa adquirida, o imponiendo determinada prestación. En el cód. civ. del Brasil, su art. 128 dispone que el cargo no suspende la adquisición, ni el ejercicio del derecho, salvo cuando expresamente se hubiere impuesto, en el acto, por el disponente, como condición suspensiva. En esa legislación extranjera, los cargos imposibles se rigen por los principios de las condiciones imposibles.

(31) Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. I, 3a. ed., Rio Janeiro, 1927, p. 374.

En las donaciones *sub modo* el donante puede judicialmente compeler al donatario a que cumpla el fin o gravamen que se le impuso, o, alternativamente, que el juez declare la resolución en virtud de lo dispuesto en el art. 1341 del cód. civ. A este respecto, la donación *sub modo* no es contrato unilateral, sino bilateral, porque hay en donante y donatario obligaciones recíprocas.

Puede también pactarse, que no es necesario que el juez declare la resolución o resiliación, sino que el donante pueda revocar la donación (acto unilateral) si el donatario incumple las condiciones que le impusiera el donante. Esta revocación, sin embargo, debe ser pedida judicialmente por dicho donante. El juez en su sentencia se limitará a reconocer la validez del pacto y la obligación del donatario de restituir la cosa. El donante no podría entrar en posesión de la cosa, por la fuerza. Empero, subsiste la idea de que el donante no puede revocar si no existe pacto al respecto.

La donación modal es frecuente en la práctica. Por ejemplo, X dona su inmueble al Estado, pero estipulando que se dedique a escuela o a otro fin específico. En otro caso, Z dona a M determinados valores con la obligación de M de proporcionar cierta pensión a N. Este es el *modus*: al donatario le han sido impuestas por el donante ciertas obligaciones, si es que quiere aprovechar dicho donatario de la cosa donada.

Normalmente, el donante no debe al donatario saneamiento por vicios ocultos, salvo el caso de mala fe probada del donante. Sin embargo, si la donación es con carga, dice el art. 1352 del cód. civ. que el donante deberá el saneamiento hasta la concurrencia del cargo.

El cumplimiento de la carga modal puede ser exigida judicialmente. En el cód. civ. alemán su § 525 dispone:

“El que haga una donación con carga, podrá exigir la ejecución de esta última, cuando haya hecho la prestación que le incumbe”.

“Si la ejecución de la carga fuere de interés público, podrá también la autoridad competente exigir la ejecución después de la muerte del donante”.

Para nosotros, es aplicable la doctrina del art. 1118 del cód. civ., en su última parte. Dispone ese precepto:

“La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de un derecho, pasa a los herederos del que fué gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona. En este caso, si el gravado fallece sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos”.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que fallecido el donante, los herederos no tienen, por sí mismos, la facultad de revocar la donación, por no haber sido cumplida la carga.

Parece, empero, que pueden solicitar, simplemente, la restitución, al donatario; y si éste también hubiere muerto, podrán exigir de los herederos de dicho donatario el cumplimiento de la carga, pero no la restitución.

El modo o carga aproxima, como expresa HEDEMANN (31 bis), el contrato unilateral al contrato bilateral. Agrega que existe así una contraposición o, más exactamente, una yuxtaposición de dos obligaciones. El donante transfiere el derecho de propiedad al donatario, pero espera algo de él, v. g., que cumpla con hacerle un mausoleo. No hay evidentemente la reciprocidad que existe en el contrato sinalagmático, ya que la obligación del modo o carga no se puede decir que es recíproca. Sin embargo, admite HEDEMANN (31 ter) que si el valor del modo se equipara con el valor de la cosa donada, debe considerarse que se trata de una auténtica contra-prestación, lo cual hace de la donación un contrato oneroso, un contrato genuinamente bilateral.

El BGB da al donante un derecho análogo al de resolución en el § 527:

“Mediante las condiciones fijadas para el contrato sinalagmático, y ajustándose a las disposiciones sobre la restitución de lo adquirido sin causa, cuando la carga no haya sido ejecutada, podrá el donante exigir la devolución de lo donado hasta donde alcance el importe de la carga”.

(31 bis) D. de Obligaciones, vol. III, § 11, p. 105.

(31 ter) D. de Obligaciones, vol. III, § 11, p. 106.

“Este derecho quedará sin efecto cuando un tercero tenga el de exigir la ejecución de la carga”.

23. *El donante contrae la obligación de entregar la cosa al donatario.*— Perfeccionada la donación, se opera la transferencia del derecho de propiedad del donante al donatario.

Se comprende que la persona si quiere no dona; pero si dona nace para el donatario no sólo un derecho real (dominio), sino una obligación activa, por la que exige la entrega de la cosa donada, en la vía judicial.

Y el donante responderá si no entrega; pero su responsabilidad está limitada a los casos de dolo y culpa inexcusable. Es una responsabilidad disminuída. Lo dice el cód. de Italia en su art. 789:

“Incumplimiento o retardo en la ejecución.— El donante, en caso de incumplimiento o de retardo en ejecutar la donación, es responsable solamente por dolo o por culpa grave”.

Perfeccionada la donación de inmueble con escritura pública y aceptación, el donatario puede exigir la entrega de la cosa inmueble como dueño, porque ya lo es. Y lo hará judicialmente, si el donante no quiere cumplir.

Sin embargo, el donante puede invocar en su beneficio la disposición del art. 1475 del cód. civ.: “El donante que ha mejorado de fortuna sólo puede eximirse de entregar la cosa donada, en la parte necesaria para sus alimentos”.

Adviértase que no es el caso de que la donación cuando se hizo excedió de la cuota de libre disposición, en que procedería que el donante se niegue porque la liberalidad es excesiva, sino que en la época en que se contrató la donación estaba dentro del límite permitido y fué después —al tiempo de entregar la cosa— que el donante se arruinó, por lo que se negaba a cumplir con la entrega del predio materia de la donación.

La responsabilidad por la demora o el incumplimiento total en que incurre el donante sólo aparece si existe dolo o culpa inexcusable (grave) del donante, ya que hay que tener en cuenta según el art. 1322 del cód. civ., la naturaleza de la obligación. Es evidente que el donante se obliga a dar una prestación sin recibir contra-prestación alguna del donatario. No hay

prestación sino de un solo lado. El donatario efectúa un enriquecimiento no ilícito porque es con causa, ya que la causa es la donación misma.

En la donación de cosas muebles, el donatario se convierte en propietario de ellas, sólo cuando se le hace la tradición o entrega. Pero el donatario puede también exigir su entrega, aunque no en su calidad de dueño.

Y en la donación de cosas inmuebles el donatario no es su propietario sólo porque existe ya consentimiento. Ni siquiera cuando se ha cumplido con la forma (escritura pública) y con la entrega. Se necesita la aceptación del donatario.

La obligación de entregar la cosa donada por el donante, si es incumplida por éste, no se castiga con tanta severidad como el incumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor al comprador, de la cosa vendida. Y es que en la donación el donatario no efectúa, a su vez, una obligación recíproca. Ello no es así en el contrato de compra-venta, en que el comprador cumple o debe cumplir la obligación de pagar el precio, no sólo porque el vendedor le trasfiera el derecho de propiedad, sino también que le entregue la cosa enajenada.

Nosotros sujetamos al donante al sistema de responsabilidad general que por la inejecución de las obligaciones, ha instalado el legislador en los arts. 1318 y ss. del cód. civ. Se dice que no obstante la elasticidad del art. 1322 con respecto a la culpa, la atenuación de la responsabilidad del donante, quien enajena sin esperar contra-prestación alguna, no podría establecerse, porque dicho precepto no contiene ese extremo. No se puede pretender que ello estaría comprendido cuando se habla de la "naturaleza de la obligación", porque no es, propiamente, la naturaleza, sino el hecho de que no existe obligación sino de un solo lado.

El cód. civ., alemán, en su § 521 declara en forma tajante: "El donante sólo deberá responder de su dolo y negligencia grave", o sea de la que nuestro cód. conoce como "culpa inexcusable". HEDEMANN (32), examinando esta cuestión, afirma que si el donante se ha retrasado en la entrega de la cosa por culpa leve, no incurre en mora, porque según el § 285 del BGB, si la presta-

(32) Tratado de Derecho Civil, Derecho de obligaciones, traducción del alemán, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, § 33, p. 284 y 287.

ción no tuviese efecto por una circunstancia de que no sea responsable el deudor, no incurrirá éste en mora por no haberla prestado; y conforme al § 521 el donante no respondería de los efectos de su culpa leve. Tampoco, en caso de culpa leve, el donante podría ser demandado por el donatario exigiéndole el abono de la indemnización de daños y perjuicios por la no entrega oportuna de la cosa donada, ya que dicha no entrega tiene como causa la culpa leve del donante. Asimismo, de conformidad con el § 522 que, en forma general, dispone "El donante no estará obligado a pagar intereses de demora", se observa que aún en la hipótesis de que el donante incurriera en dolo o culpa grave pagaría intereses del dinero que donó y no ha cumplido con entregar; v. g., si el donante se retrasó en forma intencionada.

Conforme al art. 1475 cód. civ., el donante puede negarse a entregar la cosa donada, si ha desmejorado de fortuna y esa desmejora es tal que no le permite atender a su propio sustento.

El principio contenido en el art. 1475 es el llamado *beneficium competentiae*, que permite al deudor negar la prestación si para cumplirla se priva de los medios indispensables para la vida. Parece ser que no sólo puede hacerse valer como excepción, ante la pretensión de entrega del donatario, sino también como acción, o sea la demanda del donante contra el donatario, dirigida a la restitución de la cosa donada. Esta acción no está contemplada en la ley y sólo podría apoyarse en el enriquecimiento injusto.

Otros casos de este beneficio de competencia son:

a) El del cónyuge deudor de los alimentos a su otro cónyuge, queda liberado de esta obligación si no está en situación de prestarlos sin poner en peligro su propia subsistencia, "conforme a su rango" (art. 445 cód. civ.).

b) Los descendientes y ascendientes legítimos que deben alimentos pueden liberarse no sólo por causa de pobreza, sino en el caso de que demuestren que el cumplimiento de la prestación alimentaria pone en peligro su propia subsistencia (art. 446 cod. civ.).

c) Los socios gozan entre sí, pero no con respecto a terceros, de este beneficio, ya que no pueden ser ejecutados (en

sentido civil) sino dejándoles lo indispensable para su subsistencia (art. 1722 cód. civ.).

La negativa a entregar la cosa donada no significa revocación, ni le permite al donante revocar la liberalidad. Sin embargo, podría contraer deudas que otorguen a sus acreedores el derecho de accionar por fraude (art. 1098 cód. civ.). salvo el derecho del donatario a objetar la fecha de los créditos contra el donante (art. 1102 cód. civ.). Cabe sin embargo, la declaración de quiebra del donante, que no tiene en cuenta la fecha del nacimiento de las obligaciones a cargo del donante.

24.—*Desde cuándo percibe los frutos de la cosa donada el donatario.*— Declara el art. 1476 del cód. civ. que “los frutos de la cosa donada pertenecen al donatario desde su aceptación.

Es con la aceptación que se perfecciona el contrato de donación; puede formularse dentro del mismo contrato, o en otro separado. Sin embargo, sólo produce efecto si se hace en vida del donante (art. 1474, ap. 4º cód. civ.).

Aún cuando la cosa donada no haya sido entregada al donatario; y éste tenga que promover acción judicial de entrega para conseguir entrar en posesión, los frutos que la cosa haya producido, le pertenecen desde que formuló la aceptación, independientemente de que exista o no culpa en el donante al no efectuar la tradición.

Precisamente, es por la aceptación que a esta liberalidad se le tiene por contrato.

En las donaciones manuales, (cosas muebles de escaso valor), la tradición reemplaza a la aceptación. Pero en las otras donaciones mobiliarias no sólo es necesario el escrito (art. 1474, § 2º), sino la aceptación.

25.—*Inoficiosidad de la donación y acción de reducción.*— Con arreglo al art. 1469 del cód. civ., nadie puede donar más allá de su cuota de libre disposición.

Los legados son también donaciones, pero que producen sus efectos a la muerte del donante. Según el art. 1467 del mismo cód., esas donaciones que dentro del derecho sucesorio se

llaman legados, se rigen específicamente por dicho derecho sucesorio.

Sin embargo, no sólo los legados sino también las auténticas donaciones están limitadas por el derecho sucesorio, en cuanto éste no permite que se done el patrimonio en detrimento de los llamados "herederos forzosos".

Pero el exceso en la facultad de donar no se aprecia en nuestro derecho, al tiempo de la muerte del donante, sino que se averigua cuál era la entidad del patrimonio del donante en la época en que éste contrató la donación. Por consiguiente, puede ocurrir que si bien la donación resulta excesiva y sobrepasa el límite de libre disposición cuando el donante pre-muere, en realidad no se excedió éste cuando donó, atendido el *quantum* del valor de sus bienes cuando otorgó la liberalidad.

Si el donante se excede, dicese que la donación es inoficiosa. Sin embargo, la donación no es totalmente inválida, sino tan sólo en la medida que excede. Por tanto, puede subsistir la donación en la parte que no sobrepasa la cuota de libre disponibilidad del donante.

Por lo que se deja expuesto, ninguno puede dar por vía de donación bienes que vayan en detrimento de la legítima, sea mediante contratos de donación propiamente dichos, sea mediante legados.

Sólo los herederos forzosos tienen legítima; ésta es una institución protectora de la familia.

Son herederos forzosos los descendientes, los hijos adoptivos o los descendientes de éstos, los padres y el o la cónyuge (art. 700 cód. civ.). También son herederos forzosos los ascendientes, siempre que falten los anteriores (art. 701 cód. civ.).

No hay otros herederos forzosos; y no existiendo los que hemos relacionado el donante puede distribuir todos sus bienes en donaciones y/o legados (art. 703 cod. civ.).

Declara el art. 1469 del cód. civ.:

"Ninguno podrá dar por vía de donación, más de lo que puede dar por testamento".

"La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta

medida. El exceso se regulará por el valor de los bienes que tuvo el donante al tiempo de la donación.

Por tanto, no se puede donar si hay herederos forzosos o legitimarios (hijos ó descendientes, o cónyuge, o padres), sino dejándoles a éstos cierto *quantum* intangible.

En realidad, no obstante ser ahora el cónyuge heredero forzoso y que tiene derecho a legítima en la herencia testamentaria, resulta que concurre con los hermanos del cónyuge pre-muerto en la herencia *ab intestato*. Su legítima está establecida en el art. 700 cód. civ.; y el derecho de los hermanos del cónyuge que causa la sucesión se encuentra en el art. 768 del mismo cód., siendo de advertir que los hermanos no son herederos forzosos y el cónyuge sobreviviente no sólo es forzoso sino que tiene derecho a la mitad de la herencia y no a los dos tercios, como ocurre en la herencia testamentaria. Curioso, verdad, pero ciertísimo, ya que la ley es clarísima y no admite interpretación distinta; ni siquiera hay que interpretarla, porque, como repito, es demasiado clara.

Pues bien; si una donación resulta reducible o inexistente porque el donante que después fallece, se excedió de su cuota de libre disposición, ya que tiene cónyuge que después habrá de heredar junto con hermanos porque no existen hijos del que habrá de finar; y, además, donó poco tiempo antes de morir, por lo que es fácil apreciar que hubo exceso en el regalo, si dicho donante muere sin otorgar testamento, se aplicará el art. 768 del cód. civ., por lo que en realidad su cuota no sería de dos tercios sino sólo del cincuenta por ciento. Se presentaría el problema de saber si el cónyuge viudo tiene derecho a reducir la donación para que le queden dos tercios como legitimario, o sólo la mitad, como heredero legal; y el otro cincuenta por ciento que habría de ser deferido a los hermanos no habría de ser considerado, porque dichos hermanos no siendo *heres* forzosos no tienen derecho de reclamar la reducción de las donaciones. El donante puede disponer en donación de la totalidad de su patrimonio si no tiene herederos forzosos.

Por tanto, si lo donado como valor, no está en relación con el patrimonio del donante, procede la reducción.

Si el donatario es heredero procederá la acción de colación. Si no lo es, será la acción de reducción.

Para colacionar basta que se pruebe que hubo liberalidad, por cualquier medio, pese a no haberse observado la forma de la donación.

Se puede, sin embargo, constituir renta vitalicia a título oneroso, con la mitad de los bienes del acreedor, aunque éste tenga herederos forzosos que le impondrían cierta limitación a su facultad de donar, la que sería sólo hasta el tercio de sus bienes. Así lo previene el art. 1766 del cód. civ. Esta sería una manera de evitar la limitación, ya que el contrato puede establecer el pago de una renta diminuta en relación con el valor de los bienes que recibe quien debe servir dicha renta.

Es incuestionable que la donación que se hiciera a los hijos, debe ser considerada como un anticipo de legítima. La misma solución debe ser observada si viviendo el hijo del donante, éste le dona al nieto o sea al hijo del hijo.

La llamada porción disponible de que goza el donante o el testador, en su caso, varía según existan unos u otros herederos forzosos. Si tiene algún descendiente, o algún padre, o algún hijo adoptivo, o algún descendiente del hijo adoptivo, o su cónyuge, tiene que dividir su patrimonio en dos partes: una parte debe reservarla para los herederos antes nombrados y que es la legítima de éstos; y otra parte, que es el tercio de sus bienes, puede haberla destinado a donaciones, o destinarla a legados.

Empero, si el testador no tiene hijos, ni hijos adoptivos, ni descendientes de ambos, ni padres, ni cónyuge; y sólo tiene ascendientes (abuelos, o bisabuelos, u otros ascendientes), la legítima de cualquiera de éstos es de la mitad de los bienes. Por tanto, el donante, o el testador, según el caso, puede donar o legar la mitad de sus bienes, ya que ésta es su porción disponible o cuota de libre disposición.

De lo expuesto resulta que no existe libertad de donar, ni de testar cuando hay herederos forzosos. El cód. mantiene así el principio de proteger a la familia. Por eso el art. 705 del cód. civ. dispone que "sobre las legítimas no podrá el testador imponer gravamen, modalidad ni sustitución de ninguna especie". V. g., es inadmisibles trabar los bienes que la legítima comprende con una cláusula testamentaria que faculte al albacea a administrar los bienes de la herencia hasta que se entreguen a los he-

rederos forzosos, o hasta que se paguen los legados. Esta es la opinión de AUBRY et RAU (33) y de DEMOLOMBE (34).

La legítima en realidad importa una limitación a la voluntad del testador. Ha sido creada por la ley en beneficio del heredero forzoso. Por eso éste puede defenderla y atacar todos los contratos simulados que hizo el testador con el objeto de lesionarla. La legítima viene a ser la porción de la herencia menos la cuota de libre disposición; o también ésta se encuentra incluída si el testador no hizo uso de la facultad de disponer sobre la porción de bienes que la ley le permite.

Nosotros, debemos ocuparnos de la legítima no obstante que estamos haciendo la exégesis del contrato de donación. Ello obedece a que las donaciones y los legados (que son donaciones *post mortem*), pueden atentar contra la integridad de la legítima. Hay que saber entonces cómo se calcula ésta. No sólo se tienen en cuenta los bienes fincados a la muerte del testador o, en su caso, a la muerte del *de cuius*, sino las donaciones que éstos hicieron durante su vida, a extraños y a los propios herederos forzosos, así como los bienes legados.

La inclusión de las donaciones no es definitiva, ya que los donatarios pueden probar que cuando tuvieron lugar las liberalidades todas ellas cabían dentro de la porción de libre disposición, aunque ello no ocurra a la muerte del testador o causante, ya que su patrimonio disminuyó sensiblemente.

No debe olvidarse que quien tiene herederos forzosos puede testar, o puede no hacerlo. En este caso, procedería la declaración de herederos *ab intestato*. Y quien no tiene herederos forzosos puede, asimismo, testar o no.

Para PLANIOL-RIPERT y TRASBOT (35), la determinación de la masa de bienes sobre la que se calcula la legítima y la cuota de libre disposición, para saber si el finado se excedió en el importe de las liberalidades, o sea el procedimiento por el cual

(33) Cours de Droit Civil Français, t. XI § 679, tex. y n. 3 de la p. 12 (5ª ed., anée 1929).

(34) Cours de Code de Napoléon, XIX, Traité des Donations entre-vifs et testaments, t. 2, Paris, 1887, A. Lahure, imprimeur-éditeur, Nº 433, p. 428 y s.

(35) Tratado Práctico de D. Civ. Francés, t. V, Cultural S. A., Habana, 1935, Nº 53, p. 62. Véase también JOSSERAND Louis, Derecho Civil, t. III, Liberalidades 3, Bosch y Cía., editores, B. Aires, 1951, Nº 1692, p. 290 (ed. castellana).

se forma el caudal, se hará así: a) Determinación de los bienes existentes cuando fallece el heredero; b) Determinación de los bienes que hubiere donado; c) Estimación del valor de esos bienes; y d) Deducción de las deudas. La cantidad que resulte después de estas operaciones servirá para calcular la legítima y la porción de libre disposición. La legítima de los herederos forzosos varía según se tratare de descendientes, padres, hijos adoptivos o descendientes de éstos, cónyuge, o sólo de ascendientes que no sean padres (arts. 700 y 701 del cód. civ.).

Dentro de los bienes de que el *de cuius* era dueño hasta el día de su muerte, incluyen PLANIOL - RIPERT y TRASBOT (36), los que hubiere dispuesto en legados o donaciones futuras.

Tanto la legítima como la cuota de libre disposición son porciones alícuotas del patrimonio. Este tiene que evaluarse en dinero y ello resulta difícil en épocas de inestabilidad monetaria. Asimismo, no se tiene por qué respetar el avalúo que hizo el pre-muerto, porque lo hizo, v. g., con el fin de aumentar la cuota de libre disposición.

En la formación del caudal del difunto no entran las obligaciones incobrables, o sea las llamadas "obligaciones activas", o deudas de que es acreedor dicho difunto, porque su valor es nulo. Es claro que también existen deudas cuyo cobro resulta dudoso, por lo que deben estimarse por su valor real y no por su valor nominal. Tampoco deben entrar los llamados créditos condicionales, cuyo valor actual no existe y también los mausoleos y concesiones en los cementerios (37).

Respecto a las deudas (obligaciones pasivas) del causante, es incuestionable que hay que deducir el pasivo a fin de obtener el activo neto. Si el heredero es deudor del heredero, no se extingue la obligación por confusión, porque el art. 811 cód. civ. declara que el heredero conserva los derechos derivados de su crédito. Recíprocamente, en el activo se coloca el crédito que el

(36) Tratado Práctico de D. Civ. Francés, t. v. Nº 54, p. 63. Sobre el concepto de "bienes existentes" véase JOSSELAND, Derecho Civil, t. III, Liberalidades, vol. 3, Nº 1694, p. 291 (ed. castellana); y BAUDRY-LACANTINERIE et M. Collin, Traité, X, Des Donations, t. I, Nº 881, p. 416.

(37) Sobre los bienes que no ingresan en la formación del caudal, véase PLANIOL-RIPERT y TRASBOT, Trat. Práctico de D. Civ. Francés, t. V, Nº 56, p. 65; LAURENT, Principes de Droit Civil Français, t. XII, Nº 60, p. 95 y s.; AUBRY et RAU, Cours de Droit Civil Français, t. XI, 5ª éd., Paris, 1929, Nº 684, p. 39.

de cuius tiene contra el heredero (38); tampoco existirá confusión.

De las deudas responden los bienes existentes al fallecimiento del heredero; y es lo que queda después de deducir las deudas, que se agrega lo donado y lo legado (art. 658 cód. civ.). Puede no quedar nada porque las deudas del finado absorben el valor de los bienes y aún faltar bienes para satisfacer todas las deudas. Es incuestionable que, en este caso, los acreedores pueden dirigirse contra los legados y si éstos no alcanzan, aún contra las donaciones mediante la acción revocatoria o pauliana que franquea el art. 1098 del cód. civ. Debe tenerse en cuenta, cuando la acción revocatoria es promovida, que los únicos acreedores que pueden impugnar las donaciones son los que tienen créditos de fecha anterior a ellas, según lo dice el art. 1102 del cód. civ. En algunos casos, la declaración de quiebra del pre-muerto dejaría incólumes las donaciones, si estas no han sido concluídas dentro del período de retroacción, sino mucho antes.

Sólo los acreedores anteriores al contrato pueden impugnar porque los posteriores no eran tales acreedores al tiempo que el deudor concluye la liberalidad y porque el deudor no podía perjudicarlos, ya que todavía no existían. Además, los acreedores posteriores no tienen interés en que su deudor cuente con bienes que ya habían salido de su patrimonio y que obviamente no tuvieron en cuenta cuando se convirtieron en acreedores.

Los acreedores del deudor pre-muerto pueden también provocar la quiebra de éste. Veamos esta hipótesis detenidamente:

En primer lugar, la ley N° 7566, de 2 de agosto de 1932, llamada "ley procesal de quiebras", autoriza a declarar en quiebra al deudor que ha fallecido. Su art. 10 lo permite, si la muerte se produjo en estado de cesación de pagos; y su art. 22 nuevamente lo declara siempre que la causa de la quiebra fuere anterior al fallecimiento del deudor. Declarada la quiebra del donante es aplicable el art. 72 de la ley de quiebras, que previene que son nulos los contratos a título gratuito "que hubiese ejecutado o celebrado el deudor, relativos a sus bienes, desde 6 meses antes

(38) Véase AUBRY et RAU, Cours de Droit Civil Français, t. XI, § 684, p. 39; y LAURENT, Principes de Droit Civil Français, t. 12, N° 60, p. 95 y s.

de la fecha de cesación de pagos” y no de la fecha de declaración de falencia. Sin embargo, la fecha en la cual el quebrado inicia el sobreseimiento de sus obligaciones no puede ser establecida con mucha antigüedad. Tiene un límite que señala el art. 42 de la ley 7566 el cual estatuye que esa fecha no puede ser anterior en más de un año a la fecha que tiene el auto que declara la quiebra, aún cuando se acredite que es anterior. Por tanto, puede el declarado en bancarrota haber hecho donaciones de inmuebles que no obstante su situación resulten firmes e inimpugnables, ya que se perfeccionaron antes de la fecha de cesación de pagos. Quedaría viva, sin embargo, la acción revocatoria, salvo que también hubiere decursado el término de 2 años, que es el lapso de la prescripción extintiva señalada en el art. 1168, inc. 3º del cód. civ., para anular los contratos en que hubo fraude.

Conviene indicar aquí que el término de la prescripción de la acción destinada a conseguir que la donación se declare inoficiosa o su reducción, es de 15 años. Esta es acción personal que corresponde a los herederos, por lo que es aplicable el inc. 2º del art. 1168 del cód. civ. Consideramos que esta acción puede ser ejercitada por el acreedor del heredero, ya que no se trata de una *actio intuitu personae*. Sería uno de los casos en que se aplica la acción oblicua o subrogatoria (*in nomine debitoris*) que autoriza el art. 1233, inc. 4º del cód. civ.; y también podría admitirse que es una derivación del principio contenido en el art. 678 del mismo cód. (“el acreedor del heredero que renuncia a la herencia o el legado puede reclamar la parte que cubra su crédito”), ya que si el heredero forzoso no quiere pedir la reducción de las liberalidades que atentan contra su legítima estaría renunciando en forma tácita. Advuértase que el art. 678 comprende a todos los herederos y no sólo al heredero forzoso.

Si los acreedores han agotado los bienes fincados al fallecimiento del heredero y están satisfechos totalmente, no hay bienes hereditarios y éstos figuran por cero y la legítima y la porción disponible se calculan sobre las donaciones siempre que en todo tiempo fueron excesivas y por el valor íntegro (39).

Debe acreditarse las deudas y con respecto a su prueba es obvio que pueden intervenir los donatarios amenazados con una

(39) Véase LAURENT. *Commentaire théorique et pratique du code civil*, 12, Nº 102, p. 140 y s.

acción de reducción y también los legatarios, porque el reconocimiento por sólo los herederos de las deudas, podría producirse sólo con el propósito de disminuir la cuota de libre disposición utilizada en legados y, en su caso, conseguir que se declare la inoficiosidad de las donaciones.

También deben intervenir los donatarios y los legatarios al tiempo de hacer la tasación y avalúo de los bienes dejados por el *de cuius* (39 bis).

Si las donaciones han sido hechas a un heredero forzoso procederá entonces la colación, o sea que éste no devuelve las cosas donadas, sino su valor. La colación persigue la igualdad entre los herederos. Por ejemplo, el padre que tiene dos hijos dona un millón a uno de ellos y premuere dejando tres millones. Por la colación, la masa partible será de cuatro millones y no de tres millones, porque el hijo favorecido debe colacionar el millón.

La colación no procede exigirla de cualquier heredero forzoso, sino sólo de los hijos o descendientes. Estos son los únicos herederos forzosos a que se refiere el art. 775 del cód. civ., aún cuando otras disposiciones del mismo título de la colación se refieran, en general, al heredero. Así, los arts. 777, 779 y 781.

Al colacionar no se devuelve las cosas mismas donadas, sino su valor calculado al tiempo en que la donación fue hecha (art. 777 cód. civ.). Es decir, las cosas donadas continúan siendo de propiedad del heredero. La colación se hace tomando menos, como en el derecho francés (40). El heredero favorecido descuenta de su cuota, dándose por pagado.

Otra singularidad de la donación que se hace al heredero forzoso es la de que hasta el día que fallece el heredero no se sabe si la donación cabe dentro de su legítima o disminuye las legítimas de sus coherederos.

(39 bis) Véase HUC Théophile, *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*, F. Pichon, successeur, éditeur, Paris, 1894, t. 6, Nº 166, p. 215; y LAURENT F., *Principes de Droit Civil Française*, t. 12, 4a. éd., Bruxelles, 1887, Nº 102, p. 140 y s. Este último calcula la reserva o cuota de libre disposición en el caso de que el pasivo exceda al activo y advierte que los acreedores del difunto no pueden demandar la reducción de las donaciones.

(40) JOSSELAND, *D. Civil*, t. III, vol. 2, *Liberalidades*, Bosch y Cía., editores, B. Aires, 1951, Nº 1135; p. 338 y s. En caso de que lo donado exceda de la cuota del heredero favorecido, éste está obligado a devolverle el exceso.

Si el inmueble donado ha sido adquirido por tercero de buena fe a título oneroso, éste se encuentra al abrigo de la evicción, porque no se colaciona el bien, sino sólo su valor.

Es claro que la liberalidad puede simularse bajo la forma de una venta —que es contrato oneroso—, ya que nada impide que el padre le venda un inmueble, por ejemplo, a su hijo. Y si la venta es por escritura pública y existe fe notarial de la entrega del precio de la cosa, sería sumamente difícil acreditar la simulación.

La donación al heredero forzoso se reputa anticipo de herencia y la colación se hace salvo dispensa del causante; y la dispensa sólo es admisible si el valor de lo donado cabe dentro de la porción de libre disposición o dentro de la mejora. Pero toda dispensa requiere ser expresa y exige forma especial "*ad substantiam*"): testamento o escritura pública (arts. 775 y 776 cód. civ.).

Hay también colación de las deudas. Así, si de los cuatro coherederos uno le debía al causante habrá confusión sólo en parte, ya que los otros tres coherederos tienen derecho a que se les pague.

Aún cuando el heredero renuncie a la herencia deberá devolver lo que se le ha donado, si la donación excede de la cuota de libre disposición (art. 782 cód. civ.). Como ya no es heredero, debe restituir la cosa y no el valor.

Como al colacionar no se devuelve los bienes, el heredero forzoso deberá el interés legal (5 por ciento, art. 1325 cód. civ.) del valor que debe devolver y ese interés se causa desde la muerte del causante (art. 783 cód. civ.).

Debe la colación no sólo el heredero forzoso testamentario, sino el heredero forzoso *ab intestato*. Además, se debe por el coheredero a otro u otros coherederos.

Si por efecto de ser inoficioso se anula un contrato de donación, la nulidad opera desde la citación con la demanda de reducción. La sentencia firme que se pronuncie no produce sus efectos desde la fecha en que se dicte, sino que opera retroactivamente desde el día en que se le citó al donatario.

Lo anterior debe dejarse suficientemente esclarecido, a fin

de saber si los frutos que produjo la cosa donada deberán ser restituidos al actor, o son de propiedad del donatario.

Para nosotros, ya el contrato de donación no crea para el donatario una situación imprevisible e incierta, desde que lo importante es determinar si la cosa donada, atendido su valor, excedía de la cuota de libre disposición que tenía el donante, al tiempo en que se hizo. Nada importa que después, por mermas en el patrimonio, resulte inoficiosa. Lo que interesa es saber que no lo fué cuando se hizo.

Y volviendo a lo de los frutos, declara el art. 1476 del cód. civ., que pertenecen al donatario desde su aceptación.

Asimismo, el cód. contiene reglas sobre atribución de los frutos de la cosa donada en los casos de revocación; están contemplados en el art. 1487. Ahora, tratamos de los frutos cuando se produce la reducción. Al respecto, nos parece buena la doctrina de DEMOLOMBE (41), de que el donatario hace suyos los frutos porque el contrato le ha transferido el derecho de propiedad y ese dominio lo tiene hasta que la donación no se declare inoficiosa. Por tanto, percibe los frutos como dueño que es.

Sin embargo, también habría de percibirlos porque se trata de un poseedor de buena fe, con arreglo al art. 832 del cód. civ. Tiene título para poseer, aún cuando dicho título fuere malo, porque cuando se hizo la donación el donante se excedió en forma notoria. Habría que agregar que la buena fe del donatario duraría mientras no es citado con la demanda de reducción, la que en caso de prosperar habría que producir no la nulidad radical, sino la anulabilidad de la donación. En algunas hipótesis, la reducción, asimismo, dejaría en parte viva la donación. La mala fe del donatario con la citación judicial habría de producirse por aplicación del art. 833 del cód. civ.

En este orden de ideas, así como para otras cuestiones, debe ponderarse con cuidado lo que exponen sus doctrinadores. Tanto en el derecho francés como en la mayoría de los otros derechos extranjeros, el contrato de donación siempre lleva implícita la cláusula de que es susceptible de reducción y, en su caso, de desaparición, porque su existencia o no existencia está

(41) Cours de Code Napoléon, XIX, Traité, t. XII, N° 609, p. 601.

subordinada al valor del patrimonio que el donante tenga cuando fallece, o sea a un hecho incierto e imprevisto.

Hay donaciones disfrazadas. Por ejemplo, el padre le vende un inmueble a uno de sus varios hijos. En nuestro derecho puede hacerlo; no existe obstáculo. Para el art. 3604 del cód. de VÉLEZ SANSFIELD ese contrato debe ser considerado como donación, aún cuando admite que debe imputarse la donación a la porción disponible y que en caso de haber exceso debe ser colacionado. También en derecho francés el padre puede enajenar a título oneroso a uno de sus hijos, un inmueble, pero se admite que se trata de una donación disfrazada si el padre se reserva el usufructo o le impone el pago de una renta vitalicia. El art. 918 del cód. de NAPOLEÓN declara que "el valor en plena propiedad de bienes enajenados, sea con cargo de renta vitalicia, a fondos perdidos o con reserva de usufructo a un heredero en línea directa, será imputado a la porción disponible; y el excedente, si lo hay será colacionado".

Es obvio que la reserva de usufructo o la constitución de renta vitalicia hacen inducir la simulación.

No siempre una donación resulta inoficiosa, aún cuando exceda de la cuota de libre disposición, al tiempo de la muerte del donante. Puede acreditarse que cuando se hizo la donación la fortuna del donante le permitía cumplir con exceso esa liberalidad; y si ello es así la donación resultaría firme. Esta singularidad la expresa el art. 1469 del cód. civ., cuando en su frase final dice: "El exceso se regulará por el valor de los bienes que tuvo el donante al tiempo de la donación".

Asimismo, tampoco podrían ser revocadas las donaciones que aún cuando notoriamente excedieran de la porción de libre disposición, son donaciones con cargas o remuneratorias.

Empero, si se trata de donaciones inoficiosas y, por tanto, susceptibles de reducción, habrán de tasarse los bienes hereditarios y se deducirá el pasivo. Hecho esto se adicionará el valor de los bienes donados; no el valor actual, sino el valor que tenían al tiempo de hacerse las donaciones.

No sólo se toman en cuenta las donaciones hechas a los extraños, sino también las que se hicieron a los herederos forzosos, aunque las hechas a éstos regresan los valores por el procedimiento de la colación (art. 775 del cód. civ.).

Con estas adiciones tenemos ya el valor que arroja la masa ficticia que comprende los bienes fincados a la muerte del causante y los bienes donados. Y es a base de ese valor que se determina a cuanto asciende la legítima y cuál es la cuota de libre disposición. Esta apreciación numérica de valores permite conocer si la legítima ha sido o no vulnerada; y en caso de haberlo sido, el heredero forzoso tiene la acción de reducción.

En ciertos casos, si las donaciones se han hecho en forma de legados, o sea para que se cumplan a la muerte del testador, el heredero no entrega los legados. Se opone al pedido de entrega con la excepción de que el testador se ha excedido. Pero si la donación se hizo en vida del donante y en la época en que se hizo excedía de la cuota, la reducción se hace valer por el heredero contra el donatario, como acción. Y si son varios los donatarios, la acción se interpone contra todos ellos para reducir las liberalidades.

La acción de reducción debe ser concedida a cualesquiera de los herederos forzosos.

Sin embargo, la acción de colación sólo puede ser dirigida contra los hijos o sus descendientes y no contra otros herederos forzosos (art. 775 cód. civ.). El testador puede dispensar de la colación siempre que dicha dispensa sea expresa y el exceso se encuentre dentro del límite de la porción de libre disposición, o de la mejora. Además de expresa, la dispensa debe estar formulada en instrumento público (forma *ad substantiam*).

No sólo los herederos forzosos pueden exigir la reducción. Pueden hacerlo los acreedores de un heredero forzoso. En caso de renuncia del heredero, el acreedor de éste puede, por su propio derecho reclamar la parte de la herencia que cubra su crédito (art. 678 del cód. civ.). Sin embargo, el acreedor del heredero al pedir la reducción procede *in nomini debitoris*, o sea mediante la acción oblicua que señala el inc. 4º del art. 1233 del cód. civ.

Podría objetarse que no gozan de esta acción los acreedores del causante, pero siempre que se trate de donaciones hechas por dicho causante antes de que contrajera las deudas, ya que se trata de bienes que salieron de su patrimonio con anterioridad, por lo que no podrían ser considerados como garantía de dichos acreedores posteriores.

También los acreedores del heredero forzoso tienen a disposición la acción destinada a que el heredero forzoso favorecido colacione.

En cuanto a los acreedores del causante, pueden también exigir la colación no obstante que el anticipo de herencia se hubiere efectuado antes del nacimiento de sus créditos, porque existe el principio que dice "primero es pagar que heredar".

Debe también tenerse en cuenta que aún en la hipótesis de que lo donado exceda de la porción disponible, atendido el valor que tenía cuando se hizo, no procede la acción de reducción si al hacerse la liberalidad el *de cuius* no tenía herederos forzosos, los que hubieron de sobrevenirle mucho después. Así lo dispone expresamente el cód. civ. argentino en su art. 1832, inc. 1º, que declara:

"La reducción de las donaciones sólo puede ser demandada:

"1º Por los herederos descendientes o ascendientes del donante, que ya existían al tiempo de la donación".

Se puede renunciar a pedir la acción de reducción, sin renunciar a la herencia. Asimismo, se puede renunciar a la herencia, en cuyo caso el renunciante carece de derecho para pedir la reducción.

La renuncia a la herencia reclama forma específica. Según el art. 676 del cód. civ., la renuncia se hace por escritura pública. Es forma *ad solemnitatem*; es o por escritura pública, o por acta ante el juez del proceso sucesorio; dicha acta se protocoliza, o sea se convierte en escritura pública. No se presume la renuncia a la legítima, atendida la importancia de ésta.

Hemos dicho que no se reducen las donaciones remuneratorias, o sea las que se hacen en recompensa de servicios que ha prestado el donatario, ya que es claro que se trata de contratos a título oneroso.

Tampoco son reducibles las donaciones con cargo, que son las que se hacen en interés del donante o de un tercero, en que el cargo se cumple a favor de éstos. Son también contratos a título oneroso.

Si la legítima puede cubrirse ninguna donación se reduce. Pero si ello no es así, se reducirán las donaciones de fecha más

reciente, ya que las donaciones que se hicieron primero cabían dentro de la cuota disponible.

En cuanto a los legados, se reducirán a prorrata porque han sido hechos al mismo tiempo. Lo dice el art. 727 cód. civ. Y es después de los legados que procede reducir las donaciones, si la legítima se encuentra siempre disminuía.

La acción de reducción es personal. Empero, si el inmueble ha sido enajenado a tercero a título oneroso, no hay acción real contra el subadquiriente, como ocurre en otros derechos como el argentino y el francés (42). Menos aún habría acción reivindicatoria en los bienes muebles, por aplicación del principio "la posesión vale el título" contenido en el art. 890 del cód. civ.

El art. 1478 del cód. civ. se pone en el supuesto de que los bienes donados no pudieren ser restituidos, expresando que lo que procede es la restitución de su valor. El último párrafo del mismo precepto declara que si los bienes no pueden ser restituidos, se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación.

Es la misma doctrina del art. 624 cód. de 1852, aunque sólo limitada a los casos de revocación. Declara esa fórmula:

"Si la cosa donada hubiese pasado a un tercer poseedor por título oneroso, y se revocare la donación, el donante y sus herederos no podrán recobrarla, pero sí exigir su valor del donatario".

Para nosotros no es cierta la fórmula que campea en ciertos derechos extranjeros, que dice: "Toda donación lleva implícita la cláusula de que ella se tendrá por nula si excede de la porción disponible del donante al tiempo de su muerte".

La donación habría de ser inoficiosa para nosotros, si al tiempo en que se hizo y atendido el valor de lo donado en esa época, la donación excedía del valor permitido para que la persona disponga de él sin daño de la legítima.

En lo que respecta a la prueba, es decir, a quien corresponde acreditar que la donación excedió cuando se hizo, de la cuo-

(42) Véase para el derecho de la Argentina FORNIELES Salvador, Tratado de las Sucesiones, t. II, 2a. ed., B. Aires, 1941, Nº 118 ss., p. 78 ss.

ta de libre disposición que tenía el donante, es incuestionable que el *onus probandi* está a cargo de los herederos forzosos, ya que son ellos los que afirman que la liberalidad fué excesiva. Por tanto, se observa el principio de que quien alega un hecho está en la obligación de probarlo, que contiene el art. 337 del cód. de proc. civ.

La donación que hace a un heredero forzoso deberá imputarse en su día a su legítima; no a la cuota de libre disposición ni menos a la mejora. Sólo se procederá así si hubiere dispensa expresa del testador en su testamento, o del causante en instrumento público. Lo dicen los arts. 775 y 776 del cód. civ.

Si la donación se hace a un extraño se imputará a la cuota de libre disposición. En cuanto a un heredero forzoso en nuestro derecho puede admitirse que es válido que el heredero forzoso pueda recibir la cuota de libre disposición.

En cuanto a la acción de reducción se interpondrá si la legítima no ha sido respetada y con el objeto de obtener ésta en su integridad. En derecho francés, los acreedores del finado no pueden promover la acción de reducción, porque se considera que no tienen más derechos que los que correspondían a su deudor (43), siempre que se trate de contratos de donación, pero no de legados. En este último caso, se admite que los acreedores deben ser pagados antes que los legatarios.

Volviendo a la hipótesis de si la rescisión o resolución del contrato de donación sobre inmueble puede perjudicar el derecho de propiedad adquirido a título oneroso del donatario, por un tercero, debemos declarar que en el Perú esto no ocurre. PLANIOL-RIPERT y Trasbot (44) lo admiten, expresando que las enajenaciones y derechos reales otorgadas por el donatario quedan anuladas y que los bienes volverían al poder del heredero forzoso (legítimo, lo llaman los franceses), libres de toda carga o gravamen. Se trata, dicen, de reconstituir la legítima del heredero forzoso mediante la acción de reducción. Vale la pena examinar detenidamente este asunto.

(43) Véase PLANIOL-RIPERT y Trasbot. Trat. Práctico de D. Civ. Francés, t. V, Nº 101, p. 104.

(44) Trat. Práctico de D. Civ. Francés, t. V, Nº 15, p. 116 y s.; y Nos. 119, 120 y 121, p. 121 y ss.

Para Biondo BIONDI (45) la función del legado la desempeñó originariamente la *donatio mortis causa*, que es la donación que se hace en consideración a la premoriencia del donante. En ella se dice que el donante prefiere al donatario antes que al heredero, ya que la cosa donada al pre-morir el donante es sustraída al heredero.

En verdad, legado y donación *mortis causa* tienen la misma función. La diferencia está en que el legado sólo se puede crear por el testamento; y la donación *mortis causa* nace por el contrato.

¿Pueden los herederos del donante (herederos forzosos, evidentemente) reivindicar el inmueble donado cuya propiedad ha sido adquirida por tercero a título oneroso, del donatario?

Previamente dichos herederos forzosos deberán haber conseguido la declaración judicial de inoficiosidad de la donación, por cuanto cuando ésta se hizo excedía de la cuota de libre disposición que tenía el donante.

Sin embargo, consideramos que la reivindicación del tercero subadquiriente no habría de prosperar porque es aplicable la doctrina del *damno vitando* y del *lucro captando*. En efecto, al reivindicar los herederos tratarían de hacer una ganancia sin efectuar contra-prestación alguna, en tanto que el tercero lo que hace, al defender su adquisición, es evitar una pérdida.

Asimismo, aún cuando la acción cuando el donante se excede de su facultad de donar es la de reducción de la donación, que puede llegar hasta la desaparición de la donación, en casos extremos (acción personal), puede seguirse analógicamente el mismo criterio que el cód. civ. mantiene, en su art. 1478, cuando se trata de la revocación (que es también acción personal y no real), o sea que sólo existe reivindicación cuando el subadquiriente se transformó en dueño del inmueble donado, a título gratuito.

Y si la donación es de cosas muebles y éstas han sido transferidas a título oneroso a tercero por el donatario, es obvio que son irreivindicables, de conformidad con el principio contenido en el art. 890 del cód. civ. (la posesión vale el título).

(45) En Sucesión testamentaria y donación, 2a. ed., Bosch, casa editorial, Barcelona, 1960, Nº 110, p. 282.

Sobre la acción de reducción se ha pronunciado la sent. de 17 de octubre de 1928 (46). Se había demostrado que el padre de una hija adulterina, —que conforme al cód. civ. abrogado no tenía derecho a heredar—, proporcionó a ésta la suma necesaria para pagar el remate de un predio urbano. Los hijos legítimos de quien no había dejado bienes a su fallecimiento reclamaron la entrega de la suma proporcionada por el padre. El Tribunal Supremo fallando sobre punto no demandado ni controvertido, teniendo en cuenta que la demandada no había probado que tenía peculio propio y suficiente para el remate por su cuenta; que constaba de la cuenta corriente del padre de la adulterina que éste había girado dos cheques por cantidades que eran exactamente las mismas con las que la adulterina presentó los certificados de consignación, primero, para hacer postura, y después, para completar el precio de la compra; que ésta era una donación disfrazada revestida de la forma de un contrato oneroso a fin de sustraerla a la aplicación de las leyes que limitan el derecho de libre disposición del donante; que “la acción resolutoria de las donaciones excesivas o inoficiosas” no conduce a que se tenga por inexistente la donación, sino a reducirla a los límites legales, respetando el derecho del donante a favorecer, dentro de la ley, a las personas de su afección, sin lastimar el derecho de sus descendientes, decidió que la demandada no debería devolver toda la suma reclamada, sino deduciendo la parte de que no podía disponer el donante. Es de anotar que los herederos no habían demandado ni la resolución, ni la reducción, sino la entrega de suma determinada. Si bien habían probado que no había dejado bienes a su fallecimiento el donante, no habían acreditado que al tiempo de la donación dispuso de una suma mayor que la que su cuota le permitía. Sin embargo, correspondía a la demandada la obligación de probar que al tiempo en que se le hizo la donación el valor de ésta no excedía de la cuota de libre disposición ya que el donante, en ese tiempo, tenía bienes suficientes, aunque después los perdiera.

Una sentencia cuya doctrina no debe subsistir porque sus fundamentos son notoriamente falsos, dice que en el caso de que el donante no deje a su fallecimiento más bien que el que fué donado, no requiere revocatoria expresa, puesto que el exceso

(46) “A. J.”, 1928, p. 203 ss.

de la donación resulta manifiesto en perjuicio del donante. Es la de 25 de mayo de 1894 (47).

Es posible y ello no lo toma en cuenta la sentencia, que en la época en que el donante hizo la liberalidad, el valor de ésta no excedía de su cuota de libre disposición, pero que a su muerte su insolvencia era patente. Debe advertirse que en este fallo se analiza el caso de sobrevenir hijos al donante, que ya no se trata en este código, y que, por tanto, no es causal de revocación. Para nosotros, la expectativa de revocación subsiste en todo tiempo sólo en la hipótesis que resulte vivo el hijo del donante que él creía muerto.

Otro fallo, que es de 17 de octubre de 1928 (48)) decide que la donación sólo será inoficiosa en lo que excede de lo que es permitido disponer libremente al donante, debiendo, por tanto, subsistir la donación en la parte que no afecta al derecho de los herederos.

Se observa también que la hipótesis examinada en el fallo de 25 de mayo de 1894, no es de revocación, sino de reducción. Esta puede llegar a la desaparición o extinción de la donación, si se prueba que el donante nada podía donar. Sin embargo, debe aceptarse que habiéndose promovido la acción judicial de inoficiosidad, algo podría haber donado el donante.

26.—*El derecho de acrecer en las donaciones.*— Por el derecho de acrecer, el colegatario o el coheredero aprovechan del colegatario o coheredero que no recoge la parte que legalmente le corresponde, o sea cuando no aceptan esa parte del legado o de la herencia. El acrecimiento aumenta su parte del que no renuncia y procede a recoger.

No obstante existir herederos forzosos, el testamento los nombra. Es obvio que si uno de ellos renuncia a la herencia no hay derecho de acrecer para los otros coherederos.

Se trata de herederos testamentarios, a los cuales se les deja bienes sin indicar la cuota de cada uno. Entonces si habrá derecho de acrecer, pero siempre que el heredero instituido so-

(47) "A. J.", 1894-1898, p. 41.

(48) "A. J.", 1928, p. 203.

breviva al testador, ya que si muere antes caduca su institución conforme al inc. 2º del art. 752 del cód. civ. Lo mismo ocurre si muere antes el legatario, según el art. 724 del cód. civ.

El acrecimiento se da cuando no hay sustitución, o representación.

Puede tener lugar también en el condominio y en la donación.

Para darse se requiere una pluralidad de llamados: coherederos, colegatarios; y la posterior desaparición de uno de ellos.

Si hay llamamiento en partes determinadas iguales o desiguales, no opera el derecho de acrecer.

Falta un llamado porque pre-muere al testador, o es indigno, o no puede o no quiere aceptar.

Trátase de herederos por virtud de cuya indignidad o renuncia no se opera el derecho de representación.

Es típico en el derecho de acrecer que habiendo sido instituidos herederos los varios hijos de una persona viva, nazca uno solo.

Si se ignora la existencia de un heredero o se ha declarado su presunción de muerte, procede la sustitución o la representación, pero no el derecho de acrecer.

La representación predomina sobre el acrecimiento.

No habrá éste, o sea el derecho de acrecer, porque falta la *coniunctio re*, ya que el testador distribuyó en partes desiguales la herencia entre los varios llamados. A veces, el mismo testador prohíbe que la parte de uno acrezca la de los otros.

En resumen, sólo existirá el acrecimiento entre los donatarios si así lo dispuso el donante expresamente. Por ejemplo, para la hipótesis de que uno de los varios donatarios no haya podido o no haya querido aceptar.

Para entender a cabalidad este precepto, debe investigarse qué es el acrecimiento dentro del derecho sucesorio, desde que es instituto propio del derecho de sucesiones.

El derecho de acrecer no es sino la facultad que la ley o el testador concede a un legatario o a un coheredero, y, en ciertos

casos, a un donatario para aprovechar la parte de su colegatario, coheredero o codonatario.

Si el testador asignó partes de la cosa legada, o partes de la herencia, el acrecimiento no existirá.

Debe tratarse de coherederos o colegatarios. Es inadmisibile si los herederos o legatarios lo son en cosas diferentes.

Asimismo, debe tratarse de personas que heredan por voluntad del testador y no porque la ley lo ordena. Así, no existe derecho de acrecer entre herederos forzosos, pese a que el testador los designa como sus únicos y universales herederos y no les señala fracción de la herencia.

Dispone el art. 1470 del cód. civ.:

“Cuando la donación se hubiese hecho a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiera dispuesto a otra cosa. Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no dispuso lo contrario”.

En general, de la caducidad de un legado (cuando muere el legatario antes que el testador, o se divorcia o se separa de él, caduca el legado, dice el art. 724 del cód. civ.), es el heredero que se beneficia de ella. No habrá de pagar el legado el heredero. Este principio no se cumple, en caso de que exista legatario sustituto, o cuando se da el derecho de acrecer (49).

Si existe el derecho de acrecer, o sea si una cosa ha sido legada conjuntamente a varias personas sin señalar la parte que a cada cual de ellos corresponde, y uno de ellos renuncia, o es incapaz, o muere antes que el testador, la parte que le correspondía, en lugar de pasar al heredero, acrece a los demás colegatarios.

El derecho de acrecer no tiene lugar en las sucesiones *ab intestato*, sino en las sucesiones testamentarias. Esta afirmación la hacemos porque según el art. 686 del cód. civ., la institución de legatario debe recaer en persona cierta y sólo puede hacerse

(49) Conforme al art. 706 del cód. civ. se puede nombrar heredero o legatario sustituto para el caso de que el instituido muera antes que el testador, o no acepte o renuncie la herencia o el legado.

en testamento. No existe otra forma capaz de designar legatario. Derecho de acrecer es aquel por el cual el colegatario aprovecha la parte que los otros colegatarios no han podido recibir.

El testador puede establecer el derecho de acrecer. Así, si en el testamento —o, en su caso, en el contrato de donación a varios—, dice que las partes de los unos acrezcan a los de los otros, o que las partes que los unos no reciban beneficien a los otros, o pasen a los otros. No se requiere palabras sacramentales.

Otras disposiciones sobre derecho de acrecer son:

Art. 725 cód. civ. “No hay acrecencia entre los legatarios si el testador o la ley no la establecen expresamente”.

Art. 726 cód. civ. “Hay derecho de acrecer entre los coherederos o colegatarios, respectivamente, en el caso del art. 802”.

Art. 802. cód. civ. “Si el testamento no determina la fracción de la herencia o del bien que se deja a cada heredero o legatario de los nombrados conjuntamente, éstos se distribuirán por igual dicha herencia o dicho bien”.

Tratándose de donación a varios codonatarios, sólo existirá entre ellos derecho de acrecer si el donante así lo dispuso. No hay derecho de acrecer entre codonatarios porque la ley lo mande. Aunque la donación no indique la parte que corresponde a cada codonatario.

V. g., si se dona un inmueble a varios, señalando la cuota de cada uno, no acrece, o sea, aumenta la cuota de los otros con la cuota del fallecido. Este dejará su cuota a sus herederos. En general, todo bien donado se defiende a los sucesores del donatario, a la muerte de éste.

Lo anterior se entiende siempre que el codonatario fallezca después de la muerte del donante; porque si fallece antes y la donación surte sus efectos a la muerte del donante, su porción correspondería a los herederos de éste.

Conviene también saber que existe derecho de acrecer en ciertas formas de renta vitalicia (art. 1764 cód. civ.).

En cambio, si se lega el inmueble a varios legatarios conjuntamente, el fallecimiento de uno de esos legatarios acrece, aumenta, la cuota de los demás, siempre que el testador no hu-

biere precisado la cuota de cada legatario. Si la precisa no habrá acrecimiento.

Debe anotarse que si el testador no instituye legatarios, sino herederos a los que se deja el inmueble, si alguno premuere, ello no significa que se acrece el derecho de los demás, siempre que el testador fije la cuota de cada heredero. La muerte de uno de los herederos ocasiona que su cuota sea deferida a sus herederos si el testador instituyó heredero señalando su porción.

Es necesario advertir que el legado caduca si el legatario muere antes que el testador; lo mismo ocurre si el heredero no forzoso ni legal, sino instituido, muere antes que el testador. Así lo declara el art. 752 inc. 2º del cód. civ.

No existe normalmente el derecho de acrecer en las donaciones porque si la donación no es aceptada no existirá donación; y si la donación ha sido aceptada la cosa donada deberán recibirla los herederos, salvo que el donante hubiere establecido la reversión para el supuesto de premoriencia del donatario.

27.—*El derecho de reversión de que goza el donante.*— Reversión viene del latín "*revertere*". Importa regreso, retorno. No sólo se restituye la cosa donada, sino su derecho de propiedad. Este regresa al donante. Por tanto, la reversión consiste en la restitución del derecho de propiedad sobre la cosa, que hace el donatario al donante.

Frecuentemente, la reversión se estipula para la hipótesis de que el donatario muera antes que el donante.

La cláusula de reversión constituye una condición resolutoria. El contrato queda resuelto en caso de ocurrir el hecho que produce la reversión; por tanto, la existencia del contrato continúa hasta que la condición resolutoria se realiza. La donación existirá hasta el momento en que la condición se realice.

La reversión sólo procede en caso de estar pactada; convenida. Toda reversibilidad deriva de pacto o estipulación. Y, además, la reversión sólo puede establecerse en beneficio del donante. Lo dice el cód. en su art. 1472. No se puede estipular a favor de otras personas; y si se consigna semejante estipulación, se tendrá por no puesta, pero la donación subsiste, ya que se trata de cláusulas del contrato que son separables. La disposi-

ción sobre reversibilidad es nula, pero su nulidad no perjudica a las otras disposiciones del contrato de donación, porque todas ellas son separables (art. 1127, § 2º, cód. civ).

Así como el cód. civ. declara en su art. 1485, que las donaciones que están sujetas a cargas no son revocables, tampoco puede admitirse que en ellas tuviere el donante el derecho de reversión. Asimismo, no existe derecho de reversión en las llamadas donaciones remuneratorias.

En general, la reversión supone siempre la restitución del derecho de propiedad de la cosa donada, al donante.

La cláusula de reversión del inmueble donado que consta en la escritura pública del contrato, debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble, en la partida correspondiente al predio donado. En ese caso, producida la causal de reversión es oponible al subadquiriente a título oneroso.

Más adelante, se examina la hipótesis de la reversión no inscrita. Sin embargo, tratándose de bienes muebles, la reversión contra el tercer adquirente no procede, conforme a la doctrina del art. 890 del cód. civ., o sea que "la posesión vale el título". Quien compra bienes muebles de quien los tiene en posesión y se le hace tradición de ellos, no puede ser desposeído sino cuando dichos bienes muebles sean robados, perdidos o se encuentren inscritos en el registro fiscal de ventas a plazos.

Por ejemplo, constituirá el ejercicio del derecho de reversión si el donante establece que el donatario restituirá el inmueble donado si promete venderlo; o, en otro caso, si lo vende a un tercero, si la reversión constaba registrada y el inmueble se vendió estando también inscrito.

El derecho de reversión importa una condición resolutoria y contradice el criterio de que las donaciones entre vivos son irrevocables.

El donante puede, antes de llegar el caso del derecho de reversión, renunciar al ejercicio de este derecho. Así lo establece el art. 1845 del cód. de VELEZ SANSFIELD. Asimismo, habiéndose producido la causal de reversión, el donante puede no pedir que se le restituya la cosa.

El derecho de reversión se ejerce solamente sobre los bienes donados.

Entre nosotros no se puede transmitir el derecho de reversión por el donante, a sus herederos. La reversión es sólo a favor del donante y se extingue con su muerte. Lo declara el art. 1472 del cód. civ.

En el cód. ci. de NAPOLEÓN, el art. 951 establece:

Le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécés du donataire seul, soit pour le cas du prédécés du donataire et de ses descendants.

Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul.

Sobre reversión el art. 641 del cód. civ. de España declara:

“Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias; pero no en favor de otras personas, sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este código para las sustituciones testamentarias”.

“La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación”.

Si lo donado son cosas muebles adquiridas a título oneroso por tercero de buena fe, la reversión no funciona, por aplicación del art. 890 del cód. civ.

El cód. civ. del Brasil declara, con respecto a la reversión, en el art. 1174, lo siguiente:

O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimonio, se sobreviver ao donatário.

El cód. suizo de las obligaciones en el art. 247, § I, dispone:

“Le donateur peut stipuler a son profit le retour des objets donnés, pour le cas de prédécés du donataire”.

Y su párr. II dice:

“Ce droit de retour peut être annoté au registre foncier, lorsque la donation comprend des immeubles ou des droits réels immobiliers”.

Sobre derecho de reversión el cód. civ. de Italia contiene los siguientes preceptos:

“791. Condición de reversibilidad.— El donante puede estipular la reversibilidad de las cosas donadas, ya sea para el caso de premoriencia solamente del donatario y de sus descendientes.

“En el caso en que la donación se hace con indicación genérica de la reversibilidad, ésta se refiere a la premoriencia, no solamente del donatario sino también de sus descendientes.

No se hace lugar a la reversibilidad más que a beneficio del donante. El pacto a favor de otros se considera no puesto”.

“792. Efectos de la reversibilidad.— El pacto de reversibilidad produce el efecto de resolver todas las enajenaciones de los bienes donados y de hacerlos retornar al donante libres de todo gravamen o hipotecas, con excepción de la hipoteca inscrita en garantía de la dote o de otras convenciones matrimoniales, cuando los otros bienes del cónyuge donatario no son suficientes, y en el caso solamente en que la donación se ha hecho en el mismo contrato matrimonial del que la hipoteca resulta.

“Es válido el pacto por el cual la reversión no debe perjudicar la cuota de reserva correspondiente al cónyuge supérstite sobre el patrimonio del donatario, comprendidos en el mismo los bienes donados”.

Es obvio que, entre nosotros, si el derecho de reversión consta en la misma escritura pública de donación, debe producir efectos contra el subadquirente a título oneroso y con mayor razón respecto al subadquirente a título gratuito. Esta solución no ofrece duda si la transferencia del dominio a causa de la donación, ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble, y la reversibilidad consta también del asiento de inscripción.

En el cód. civ. argentino su art. 1841 dice:

“El donante puede reservarse la reversión de las cosas donadas, en caso de muerte del donatario, o del donatario y sus herederos”.

Asimismo, el art. 1842 del mismo cód. estatuye:

“La reversión condicional no puede ser estipulada sino en provecho sólo del donante. Si se hubiese estipulado copulativamente en provecho del donante y sus herederos, o de un tercero, la cláusula será reputada no escrita respecto a éstos últimos”.

Si admitimos que el derecho de reversión constituye una auténtica condición resolutoria, es aplicable el art. 1110 del cód. civ., que dispone que "la condición no funciona retroactivamente, salvo que se hubiese establecido lo contrario". Por consiguiente, subsistirían las enajenaciones a tercero hechas por el donatario, sobre todo si son a título oneroso y el subadquiriente es de buena fe. Asimismo, subsistirían los embargos y otras medidas precautorias que trabaron los acreedores del donatario cuando el inmueble donado se encontraba dentro del patrimonio de su deudor. Sin embargo, en otros derechos como el brasilerio, se admite que los bienes deberán revertir al donante libres y desembargados.

Debe expresarse que si lo donado es un inmueble y ha sido enajenado a título oneroso a tercero de buena fe, éste habría de sufrir también los efectos del derecho de reversión si dicho derecho consta inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, en la partida del predio materia del contrato de donación. Y parece también que si se tratara de predios donados pero no inscritos, la reversión producirá efectos contra los subadquirientes por el principio *nemo plus iuris...*, si la reversión consta en la misma escritura pública de donación.

Caso distinto es el de revocación de la donación, ya que si el inmueble fue transferido onerosamente a tercero de buena fe, sólo cabe que el donatario restituya su valor, como lo prevé el 1er. párrafo del art. 1478 del cód. civ. Es de advertir, sin embargo, que si la demanda de revocación ha sido preventivamente anotada en el registro y posteriormente el donatario vende el inmueble donado, la revocación habría también de producir efectos sobre el sub-adquiriente.

El derecho de reversión puede ser renunciado por el donante. De ello se ocupa el art. 1473 del cód. civ., por el que constituye renuncia del donante a la reversión si consiente que el donatario venda el bien donado. La fórmula del art. 1473 prueba, además, que la reversión aún no registrada produce efectos contra el tercero comprador del inmueble donado, ya que plantea la hipótesis de que consienta el donante en la venta, o sea que si ocurre lo contrario, es decir, si el donante no consiente, la reversión es oponible al subadquiriente.

La reversión es distinta de la revocación; y, en realidad,

es una resolución de la donación porque, por ejemplo, muere el donatario y/o sus herederos antes que el donante.

No hay reversión si ésta no ha sido pactada.

Para A. G. CORNEJO (50), la reversión consiste en una cláusula resolutoria de la que puede hacer uso el donante, a fin de impedir que los bienes transferidos al donatario puedan ser adquiridos por otros. Agrega que si el donante muere antes que el donatario la cosa donada ingresa definitiva e irrevocablemente al patrimonio del donatario. También menciona el supuesto de reversión que aparece cuando el donatario muere antes que el donante, o fallece sin descendientes y considera que para este segundo caso, desaparece el derecho de reversión, o sea si premuere el donatario dejando descendientes. Por tanto, si no deja tales descendientes operaría el derecho de reversión; v. g., si lo heredan los hermanos o, peor aún, los sobrinos.

Si la reversión se estipula a favor de tercero es nula; pero no produce la nulidad de la donación, porque constituye una cláusula accesorias (art. 1127, § 2º cód. civ.).

Es válida la cláusula de que el donatario no podrá vender la finca donada. Esta prohibición de enajenar es uno de los casos que la ley permite, por lo que no viola la disposición del art. 852 del cód. civ.

Precisamente, al admitir el art. 1473 del cod. civ. la posibilidad de que el donante consienta en que el donatario venda el bien donado, hace suponer que el donante le prohibió originariamente al donatario enajenar la cosa donada y que esa prohibición era eficaz y operante, ya que en caso de ser violada se produciría la reversión.

Por tanto, el donatario se encuentra en libertad de alienar los bienes que le fueron obsequiados, salvo que el donante hubiere establecido para ese caso la reversión.

El donante puede prohibirle al donatario la constitución de hipotecas sobre los inmuebles donados, sin que concurra su consentimiento.

(50) Código Civil, Exposición sistemática y comentario, t. II, Derecho de Obligaciones, vol. 2, de los contratos en general, Lima, 1939, ed. Lib. e Imp. Gil, S. A., N° 199, p. 282.

En este caso, el donatario recobra su facultad de hipotecar a la muerte del donante.

Sin embargo, la cláusula no funciona tratándose de las hipotecas legales.

Además, el donante puede imponer la reversión en caso de que el donatario grave con hipoteca el inmueble donado; esta es una hipótesis prevista por el art. 1473 del cód. civ.

En síntesis: La reversión sólo opera si ha sido estipulada. Además, si la estipulación está destinada únicamente en beneficio del donante y no de otro. Sin embargo, no obstante que la reversión a favor de un extraño es nula, no acarrea la nulidad de todo el contrato de donación, por tratarse de sólo un derecho accesorio (arts. 1127, § 2º y 1472 del cód. civ.).

28.—*El instituto del saneamiento en la donación.*— La donación no es contrato que imponga al donante la obligación de garantía por evicción. El donante entrega lo donado como lo ha estado poseyendo. Por tanto, si el donatario es vencido por evicción, el donante no está obligado a indemnizarle, o sanearle. Sería inicuo que se concediera al donatario el derecho de exigir el saneamiento por evicción, si ha recibido la cosa donada en forma gratuita del donante.

Sin embargo, responderá del daño que produjo la evicción, si donó con mala fe (art. 1379 cód. civ.).

Empero, el donatario puede exigir el saneamiento por evicción que correspondería al donante. El art. 1471 de nuestro cód. civ. previene: "El donatario tiene todos los derechos que en caso de evicción corresponderían al donante". Asimismo, el donatario puede exigir del donante indemnización de daños y perjuicios, si éste dolosamente le transmitió la propiedad de un inmueble que sabía que era ajeno.

En el nuevo derecho italiano, el donante no debe la garantía de evicción de la cosa donada, sino en los siguientes casos: 1) que haya prometido expresamente la garantía; o b) que haya dado causa o contribuido a la constitución del derecho del reivindicante, sea por dolo, sea por su hecho personal, aún

cuando éste no tenga conciencia de perjudicar al donatario (51). El art. 797 del cód. civ. italiano declara:

“Garantía por evicción.— El donante está obligado en garantía respecto del donatario, por la evicción que éste puede sufrir de las cosas donadas, en los casos siguientes:

- “1) si ha prometido expresamente la garantía;
- “2) si la evicción depende del dolo o del hecho personal de él;
- “3) si se trata de donación que impone cargas al donatario o de donación remuneratoria, casos en los cuales la garantía se debe hasta la concurrencia del monto de las cargas o de la importancia de las prestaciones recibidas por el donante”.

Aun cuando nuestro código no contiene una regla como la anteriormente reproducida, es obvio que su solución es observable en el derecho civil peruano.

En lo que respecta a los vicios redhibitorios de la cosa donada, no se debe garantía por los vicios ocultos, a no ser que el donante procediera con dolo, o sea que intencionalmente donó una cosa viciosa. Lo dice también el cód. civ. italiano en su art. 798:

“Responsabilidad por vicios de la cosa.— Salvo pacto especial, la garantía del donante no se extiende a los vicios de la cosa, a menos que el donante haya incurrido en dolo”.

El donante en caso de donación con cargas responde por los vicios redhibitorios (art. 1352 cód. civ.).

28a.—*No está sujeto el donante a responsabilidad por los vicios ocultos.*— En términos generales, el donante no responde de los vicios redhibitorios de la cosa donada. Sin embargo, puede derivarse responsabilidad para él si procedió dolosamente a donar, a sabiendas de que la cosa donada tenía vicios ocultos, deberá indemnizar al donatario de los daños que a éste le resulten. Puede tratarse también de un vicio de derecho.

(51) F. MESSINEO, Manual de D. Civ. y Comercial, t. V, § 139, Nº 12, p. 33.

Con todo, al benefactor, al generoso, al desprendido no puede declarársele responsable, sino cuando incurra en dolo o en negligencia inexcusable.

29.—*La donación por razón de matrimonio.*— La donación *propter nuptias* se llama también donación *obnupcial*. Se hace para facilitar el establecimiento del matrimonio. Cumple las mismas funciones que la dote.

El donante es o un esposo, o un tercero.

El donatario puede ser el otro esposo. Si el donante es un tercero, pueden ser donatarios ambos esposos.

No hay necesidad de aceptar la donación obnupcial. Puede nacer por declaración unilateral de voluntad, dice el art. 216 del cód. civ. Basta la celebración del enlace. Así, el art. 215 dice que estas donaciones se realizan bajo la condición (suspensiva) de realizarse el matrimonio. Esta es condición creada por la ley y su cumplimiento hace eficaz la donación. Si el matrimonio no se realiza, el donante no está obligado a cumplir con la entrega de lo donado.

En caso de divorcio absoluto, el cónyuge inocente puede revocar las donaciones que hubiese hecho a favor del culpable; procede la revocación dentro de los seis meses posteriores a la sentencia ejecutoriada (art. 267 cód. civ.). Las donaciones que a favor del inocente hubiere hecho el cónyuge culpable, quedan firmes. Son donaciones hechas antes de la celebración del matrimonio, y no sólo por razón de matrimonio, ya que está prohibido contratar entre cónyuges (art. 1339 cód. civ.).

La anulabilidad del matrimonio origina la nulidad de la donación *propter nuptias*, salvo que esta donación se hizo a favor de los hijos por nacer. No siempre, entonces, la nulidad del matrimonio produce la nulidad de la donación.

No se revoca esta donación por ingratitud (art. 217 cód. civ.), ya que se hizo teniendo en cuenta la subsistencia de la familia legítima.

Es cuestionable si esta donación queda revocada por resultar vivo el hijo del donante, que él reputaba muerto (art. 1477 cód. civ.).

En el derecho peruano, la sobreveniencia de hijos al donante no revoca no sólo la donación por razón de matrimonio, sino que tampoco revoca cualquier donación.

La donación por razón de matrimonio puede constituirse para que se ejecute a la muerte del donante. En ese caso es un legado. Sin embargo, esa donación subsiste aún cuando el donatario muera, antes que el donante, si aquél dejó hijos legítimos (art. 218 cód. civ.). Todo legado caduca si el legatario muere antes que el testador (art. 724 cód. civ.), pero esta es la excepción.

La donación *propter nuptias* no requiere aceptación. Vale y es irrevocable con la sola declaración del donante.

La aceptación estaría en la realización del matrimonio. Empero, debe admitirse que la donación ob nupcial no es contrato.

La nulidad del matrimonio no importa la nulidad de la donación, sino da lugar a su revocación.

No debe confundirse con la constitución de dote por un tercero. Esta es también donación, pero destinada a solucionar las cargas del matrimonio.

Si en la donación por razón de matrimonio, el donante estipula que habrá de producir sus efectos a su muerte, la donación subsistirá aunque el donatario muera antes que el donante, si dicho donatario deja hijos legítimos; no hijos ilegítimos. Así lo declara el art. 218 del cód. civ.

30.— *Invalidez o ineficacia del contrato de donación.*— La donación resulta inválida:

1) Por no haberse cumplido con la forma *ad solemnitatem* si es inmobiliaria; o con la forma (entrega) si es de cosas muebles de escaso valor; o con la forma escrita si es de cosas muebles de valor. La donación es nula al conjugar el art. 1474 del cód. civ. con el art. 1123, inc. 4º del mismo cód. Nadie puede alegar que se le donaron cosas muebles si no tiene la posesión de ellas o existe escrito de donación y para este último supuesto si aceptó la donación.

2) Por falta de aceptación.

3) Por ser contraria a ley (donación entre cónyuges; éstos no pueden contratar: art. 1339 cód. civ.).

4) Por no tener el donante capacidad para donar. Así, por ser menor de edad, o por donar más allá de la porción de libre disposición.

5) Porque el donante no podía donar bienes notoriamente ajenos. V. g., tutor o curador que donan bienes de sus tutelados o curatelados.

6) En las donaciones por razón de matrimonio si se produce el divorcio o la separación (art. 267 cód. civ.).

7) Si es revocada la donación.

8) Si se opera la revocación (por estar pactada).

9) Si se declara su resolución o rescisión.

10) Si la donación se hizo con el propósito de burlar a los acreedores.

Mediante la acción pauliana, los acreedores pueden atacar la donación. Es fácil el ejercicio de la acción, por ser el adquirente a título gratuito (art. 1098 cód. civ.). La donación sería revocada.

La constitución de dote importa donación. Empero la dote no enriquece gratuitamente al cónyuge, que soporta las cargas del matrimonio. Por ello, la acción pauliana o revocatoria de los acreedores debe tener en cuenta que la dote constituye un acto a título oneroso. Es difícil y hasta imposible anular un contrato oneroso del deudor insolvente (art. 1099 cód. civ.).

11) Otros peligros que soportan los donatarios son los de reducción cuando la cosa donada excede de la cuota de libre disposición (arts. 1469, 700, 701 y 703 del cód. civ.). Este es caso de ineficacia parcial.

12) La declaración de falencia del donante, si la donación se hizo dentro del período de retroacción (52).

(52) Declarada la quiebra del donante, no puede hacerse valer como crédito la promesa de donación, o, en otro caso, la obligación de entregar la cosa donada. Sin embargo, para este último supuesto da nada serviría esclarecer la solvencia del donante al tiempo de la donación, ya que mediante la acción revocatoria o pauliana no podría subsistir este contrato a título gratuito.

13) También es ineficaz el contrato de donación si se declara su anulabilidad por error, o por falsa causa.

14) Si el donatario causa intencionalmente la muerte del donante (art. 1486 cód. civ.). No existe esta consecuencia si la muerte del donante ocurre por ser negligente el donatario. Una solución semejante se encuentra en el contrato de renta vitalicia (art. 1762 cód. civ.).

Por ser la donación un contrato gratuito, que empobrece al donante, ya que su generosidad no obtiene compensación, es que su voluntad debe producirse libremente; más que en los contratos a título oneroso.

En derecho francés la donación resulta nula si el error se produce sobre la identidad o la sustancia de la cosa legada, o sobre la persona misma del donatario (art. 1110 del cód. civ. de NAPOLEÓN). También se atiende por la jurisprudencia a los móviles que determinaron la donación. V. g., se legan los bienes porque se creía erróneamente que no se tenía pariente en grado sucesible, y producido el fallecimiento se presentan herederos (53).

En otro caso, se dona creyendo que no se tiene herederos. También el marido dona creyendo que no tiene hijos, ignorando que su mujer está en estado grávido.

“La obligación sin causa o con causa falsa, no producirá ningún efecto” declara el art. 1131 del Código de Napoleón.

Sin embargo, para PLANIOL-RIPERT y Trasbot (54), la falta de causa en el acto mismo de la volición que cree el acto jurídico sería un mito, desde que la liberalidad sin finalidad constituiría la obra de un loco. Agregan que la liberalidad puede considerarse que no existe cuando no descansa en un fundamento exacto, o sea que es el resultado de un error.

Sin embargo, la causa falsa debe acreditarse. Es frecuente

(53) Véase JOSSERAND L., Derecho Civil, t. III, Liberalidades, vol. 3, ed. castellana, Nº 1378 y ss., p. 87 y s.

(54) Trat. Práctico de D. Civ. Francés, tomo V, ed. castellana, Habana, 1935, Nº 265, p. 274. s.

que la consigne el mismo instrumento de donación. Se aplica el art. 1084 del cód. civ. (55).

Para nosotros, la donación por causa falsa sería anulable si, como declara el art. 1084 cód. civ., la causa falsa expresamente se manifiesta como su razón determinante, o bajo forma de condición. V. g., *X* dona a *Z* porque como consta en el instrumento de donación, cree *X* que *Z* le hizo un importante servicio y esa creencia es falsa, ya que ese servicio no existió. Otro supuesto: *A* dona a *B* su patrimonio íntegro porque, como hace saber en una de las cláusulas del contrato de donación, no tiene herederos en grado sucesible y ello no resulta cierto.

Se afirma y ello es discutible, que nuestro vigente cód. civ. es causalista. El art. 1084 sólo se explica porque vive la idea de causa. Lo mismo, el art. 1149, que legisla sobre el enriquecimiento sin causa. En la donación, la causa del enriquecimiento del donatario sería el contrato. Esta es la *causa donandi*. Es un elemento objetivo.

La donación es modo de adquisición.

Empero, en la donación existe también el motivo, que es variable y que es un móvil particular. Por ejemplo, por agradecimiento, o por respeto, o porque el donatario haga algo, o por vanidad, es que el donante hace el regalo.

La donación debe reputarse inexistente cuando es el resultado de un error, o sea cuando no descansa en un fundamento exacto, expresan PLANIOL-RIBERT y Trasbot (56). Así, quien cree no tiene herederos lega su fortuna a los pobres; o el marido que ha testado creyendo no tener hijos y muere ignorando la gravidez de su cónyuge.

En el último ejemplo, si se dona en la falsa creencia de carecer de hijos, la donación no se anula conforme al derecho peruano; en todo caso, se reduciría si es excesiva. Sin embargo, si en el documento consta que se dona porque se cree no tener hijos y la mujer está grávida, es nula la donación no sólo porque es falsa la causa, sino porque ella consta expresamente.

(55) El texto del art. 1084 del Cód. Civ. es el que sigue: "La falsa causa sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante, o bajo forma de condición".

(56) Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, t. V, Nº 265, p. 275.

El nuevo cód. civ. de Italia se refiere específicamente a la nulidad de la donación por error en el motivo. Trae las siguientes disposiciones:

“787. Error sobre el motivo de la donación.— La donación puede ser impugnada por error en cuanto al motivo, ya sea el mismo de hecho o de derecho, cuando el motivo resulte del acto y sea el único que ha determinado al donante a llevar a cabo la liberalidad”.

“788. Motivo ilícito.— El motivo ilícito hace nula la donación cuando resulta del acto y es el único que ha determinado al donante a la liberalidad”.

El motivo origina la anulabilidad porque fue el único que determinó al donante a disponer. Se trata de un motivo erróneo. Por ejemplo, Juan dona a Pedro una cosa porque hace constar en el instrumento que Pedro lo salvó de un peligro.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS:

APARICIO y GOMEZ SANCHEZ Germán, Código Civil, concordancias, tomo III, Taller de Linotipia, Lima, 1942..

APARICIO y GOMEZ SANCHEZ Germán, Código de Procedimientos Civiles, tomo I, 2ª ed., Lima, 1938.

AUBRY et RAU, Cours de Droit Civil Français, tome XI, 5ª ed., 1929.

BAUDRY-LACANTINERIE et M. Colin, Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, X, Des Donations entre vifs et des testaments, tome I, troisième édition, Paris, 1905.

BEVILAQUA Clovis, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Volume I, 3ª ed., Río de Janeiro, 1927.

BIONDI Biondo, Sucesión testamentaria y donación, 2ª edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960.

CALLE Juan José, Vistas Fiscales, tomo I, Lib. e Imp. Gil, Lima, 1906.

CORNEJO Angel Gustavo, Código Civil, Exposición sistemática y comentario, tomo II, Derecho de obligaciones, volumen 2, De los contratos en general, ed. Lib. e Imp. Gil, S. A., Lima, 1939.

DEMOLOMBE, Cours de Code de Napoléon, XIX, Traité des Donations entre vifs et testaments, tome 2, A. Lahure, imprimeur-éditeur, Paris, 1887.

FORNIELES Salvador, Tratado de las Sucesiones, tomo II, 2ª edición, Buenos Aires, 1941.

HEDEMANN J. W., Tratado de Derecho Civil, Derecho de obligaciones, volumen III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

HUC Théophile, Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil, tome 6, Paris, 1894.

JOSSERAND Luis, Derecho Civil, tomo III, Liberalidades, volumen 3, trad. del francés Bosch y Cía., editores, Buenos Aires, 1951.

JOSSERAND Louis, Derecho Civil, tomo III, Liberalidades, volumen 2, trad. del francés, Bosch y Cía., editores, Buenos Aires, 1951.

LAURENT, Principes de Droit Civil Français, tome 12, 4ª éd., Bruxelles, 1887.

MESSINEO Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo V. Traducción del italiano, ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

OLAECHEA Manuel Augusto, Policopias de sus lecciones de Obligaciones y Contratos, en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos, año de 1935 (no autorizadas por el autor).

PLANIOL-RIPERT y Trasbot, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. tomo V, traducción del francés, Cultural, S. A., Habana, 1935.

LEYES:

Código de las Siete Partidas.

REVISTAS:

Anales Judiciales (Publicación de la Corte Suprema de la República).

La Revista de los Tribunales (publicación extinguida).

Revista de Jurisprudencia Peruana.