

redactores del Código civil alemán pensaron dejar fuera de él su regulación.

Da nuestro Código civil un concepto genérico del depósito (art. 1.758) significando su naturaleza real y las obligaciones principales del depositario, guarda y restitución, estableciendo seguidamente su división (artículos 1.759 del Código civil español y 1.836 del Código civil italiano) en judicial y extrajudicial.

El depósito extrajudicial, o propiamente dicho, lo define el Código italiano en el art. 1.837 remarcando que el objeto del mismo han de ser cosas muebles, requisito esencial que el nuestro exige en el art. 1.761 y no en la definición en razón de ser ésta genérica y abarcar también al depósito judicial del que pueden ser objeto los inmuebles. Junto a esta característica significa nuestro Código la de la gratuidad que se presume siempre, salvo pacto en contrario (art. 1.760), y la división de este depósito en voluntario y necesario (art. 1.762 del Código civil español).

En función de aquél hemos de estudiar la relación jurídica que nace de este contrato, pues las disposiciones referentes a otras modalidades, a él se remiten

Es voluntario el depósito cuando se hace la entrega por voluntad del depositante (artículos 1.673 del Código civil español y 1.839 del Código civil italiano, añadiendo nuestro Código que también lo es aquel en que dos o más personas que se crean con derecho a una cosa la depositan en poder de un tercero, que hará la entrega en su caso a la que corresponda. Esta figura de depósito se reputa secuestro convencional en el Código civil italiano (art. 1.870).

Puede constituir el depósito aun el no propietario de las cosas, como se deduce del art. 1.673 ya citado y del 1.771 que obliga a entregar el depósito al depositante sin exigir prueba de ser propietario, no existiendo precepto concordante con el art. 1.841 del Código civil italiano que exige al depositante la condición de propietario. La capacidad es la general de contratar, pero surten efectos tanto el depósito constituido como el recibido por un incapaz (artículos 1.764 y 1.775 del Código civil español y 1.841 y 1.842 del Código civil italiano).

Su objeto ya hemos dicho que tienen que ser bienes muebles (artículo 1.761 del Código civil español), y no hay exigencia especial en cuanto a la forma.

Surte sus efectos, creando obligación para el depositario y eventualmente para el depositante.

El depositario viene obligado: 1.º, a la conservación de la cosa, respondiendo según lo dispuesto en el libro I de este Código (artículos 1.766 del Código civil español y 1.843 a 1.845 del Código civil italiano), no pudiendo usar de ella sin permiso del depositante (artículos 1.767 del Código civil español y 1.846 del Código civil italiano) ni descubrir las cosas que se le entregaron cerradas y selladas (artículos 1.769 del Código civil español y 1.847 del Código civil italiano) y

2.º A restituir la cosa al depositante, a sus causahabientes o a la persona designada en el contrato, cuando le sea pedida (art. 1.768 del Código civil español), salvo si el constituyente se incapacita, que ha de entregarla al administrador de sus bienes (artículos 1.773 del Código civil español y 1.856 y 1.857 del Código civil italiano).

Si descubre que la cosa es hurtada debe avisar al propietario y si no la reclama dentro del mes siguiente, cumple con devolverla al depositante (art. 1.771 del Código civil español).

Cumpliendo con entregar su parte a cada uno de los depositantes, si fueran varios y no solidarios y la cosa fuera divisible. Si hubiere solida-

ridad en los depositantes o indivisibilidad en la cosa, se estará a lo dispuesto en los artículos 1.141 y 1.142 (art. 1.772 del Código civil español).

La restitución de la cosa ha de hacerse con productos y acciones y si es diverso se aplicará lo dispuesto para el mandatario en el art. 1.724 (artículos 1.770 del Código civil español y 1.852 del Código civil italiano que contiene una resolución más lógica al problema del uso del depósito de dinero).

Si la cosa se le entregó cerrada y sellada, debe devolverla en la misma forma (art. 1.769 del Código civil español).

La devolución se verificará en el lugar convenido, siendo los gastos de cuenta del depositante, y si no se convino, en el que se encuentre la cosa depositada aunque no sea el mismo en que se hizo el depósito, con tal que no hubiese intervenido malicia de parte del depositario (artículos 1.774 del Código civil español y 1.858 y 1.859 del Código civil italiano, si bien en estos artículos no se especifica claramente el lugar de la devolución a falta de pacto).

La fijación de plazo no impide la reclamación de la cosa por el depositante, salvo que se hubiere embargado el depósito en poder del depositario o se hubiere notificado a éste la oposición de un tercero a la entrega o traslación (artículos 1.775 del Código civil español y 1.860 del Código civil italiano), pudiendo también el depositario devolver la cosa antes del término del depósito, si tiene justos motivos para no conservarla, y si resistiera la entrega el depositante, puede obtener del Juez su consignación (artículos 1.776 del Código civil español y 1.860, § 2.º del Código civil italiano).

El incumplimiento de estas obligaciones por el depositario, determina su responsabilidad, exigible según lo preceptuado en el título I de este libro (art. 1.766 del Código civil español), presumiéndose la culpa si apareciese forzado el sello o cerradura, en el depósito hecho bajo estas garantías, salvo prueba en contrario (art. 1.769 del Código civil español).

La pérdida de la cosa por fuerza mayor le exime de responsabilidad, mas si recibiese otra deberá devolver ésta (artículos 1.777 del Código civil español y 1.850 del Código civil italiano), y si el heredero del depositario hubiese vendido de buena fe la cosa depositada, cumplirá con restituir el precio recibido o con ceder las acciones contra el comprador si éste no lo hubiese pagado (artículos 1.878 del Código civil español y 1.851 del Código civil italiano).

El depositante por su parte viene obligado a satisfacer la merced pactada (art. 1.760 del Código civil español), a reembolsar los gastos que hiciese el depositario para la conservación de la cosa depositada e indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito, pudiendo retener en prenda la cosa depositada, el depositario, hasta que el depositante le satisfaga lo que le deba por razón del depósito (artículos 1.779 y 1.780 del Código civil español y 1.862 y 1.863 del Código civil italiano).

Depósito irregular.—El art. 1.768 del Código civil español lo proscribiera al afirmar que si el depositario tiene permiso para usar o servirse de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato. Este artículo ha sido objeto de duras críticas por entrañar una grave e injustificable confusión entre esta modalidad del depósito y el préstamo, que si tienen afinidades pueden distinguirse por su finalidad, ya que el depósito se hace en interés del depositante y el préstamo en el del prestatario, cuya posición es la opuesta en ambos contratos, diferenciándose también en que la acción que garantiza

§ 93.—*Mandato*

Brugi, *Ist.* § 65 (II. a.); Pacifici, *Ist.* V, pág. 465; Chironi, *Ist.* II, §§ 344-348; Zachariae, *Man.*, II, §§ 390-396; Aubry y Rau, *Cours.* VI, §§ 410-416; Planiol, *Traité*, II, número 2.231; Windscheid, *Pand.* II, 2, §§ 409-412 (1).

El encargo conferido a una persona para que realice por cuenta nuestra y en nuestro nombre uno o más negocios jurídi-

la efectividad del derecho del depositante es de carácter privilegiado; no gozando de él la que puede utilizar el prestamista.

Depósito necesario. Tiene este carácter el que constituye en cumplimiento de una obligación legal o con ocasión de alguna calamidad (artículos 1.781 del Código civil español y 1.864 del Código civil italiano que no conceptúa depósito necesario el constituido en cumplimiento de una obligación legal), rigiéndose por la ley que establece la obligación y en su defecto por las reglas del depósito voluntario que son aplicables en todo caso al constituido en ocasión de una calamidad (art. 1.782 del Código civil español).

También se reputa depósito necesario el de los efectos introducidos en las fondas o mesones para los viajeros. De ellos responden los fondistas o mesoneros como depositarios, si se hubiese dado conocimiento, a ellos o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa y los viajeros, por su parte observasen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos le hubiesen hecho sobre cuidado o vigilancia de los efectos (art. 1.783 del Código civil español). Alcanza esta responsabilidad al posadero, tanto por hechos propios como por sus dependientes o por extraños, salvo el caso de robo a mano armada u otro de fuerza mayor (artículo 1.784 del Código civil español).

Secuestro.—Queda limitada la doctrina del secuestro en nuestro Código civil al depósito judicial al excluir de él el llamado secuestro convencional regulado bajo las reglas del depósito voluntario regular en el artículo 1.763

Tiene lugar el depósito judicial cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos (art. 1.785 del Código civil español). Su objeto pueden serlo tanto bienes muebles como inmuebles (artículos 1.786 del Código civil español y 1.875 del Código civil italiano) respecto de los cuales el depositario ha de cumplir las obligaciones de un buen padre de familia (art. 1.788 del Código civil español), no quedando libre hasta que termine la controversia que lo motivó, a no ser que el Juez lo ordenare por consentir en ello todos los interesados o por otra causa legítima (artículos 1.787 del Código civil español y 1.874 del Código civil italiano), rigiéndose el depósito judicial en lo que no esté dispuesto en este Código por las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil (artículos 1.789 del Código civil español y 1.875 del Código civil italiano).

(1) Troplong, *Du mandat.*, 1841; Domenget, *Du mandat de la comis-*

cos, de modo que los efectos del negocio realizado se enlacen a nuestra persona, como si nosotros mismos lo hubiésemos efectuado, se llama técnicamente mandato. El Código (art. 1.737) lo define como un contrato, en cuya virtud una persona se obliga gratuitamente o mediante una compensación a ejecutar un negocio jurídico por cuenta de otra persona que le confirió el encargo.

Esta definición da una idea del mandato excesivamente amplia, pues comprende, además del mandato propiamente dicho, otras figuras de encargo o comisión, en las que el encargado obra por cuenta de otro, pero no en su nombre o como representante suyo.

El mandato verdadero y propio no va nunca separado de la idea de representación, sino que es la fuente más importante de la representación voluntaria. Dicha representación es causa de que una persona (representante), al emitir una declaración de voluntad, dé vida a un negocio jurídico, cuyos efectos se reproducen en otra persona (representado), en cuyo nombre e interés obra aquél.

Del primer elemento o requisito (declaración de voluntad propia) deriva la diferencia entre representación y cualquiera otra especie de encargo en el que el tercero (nuncio) no manifiesta una voluntad propia, sino que se limita a hacer la declaración de voluntad ajena.

Del segundo (actuar en nombre e interés ajenos) surge la distinción entre representación y otros casos en los que una persona obra en interés de quien le confirió el encargo, pero no en su nombre; así que todos los efectos del negocio efectuado se producen en el patrimonio del encargado, precisándose de un de-

sión et de la gestión d'affaires, 1866; Guillaouard, *Des contrats aléatoires et du mandat.*, 1893; Von Schey, *Der Bevollmächtigungsvertrag* (en *Obbligationsverhältnisse*, páginas 419 y siguientes); Sraffa, *Del mandato commerciale e della commissione* Milán (en *C. com. comm.* Vallardi); Pipia, *Teoria del mandato civile e commerciale*, Milán, 1902; Pola, *Contributo allo Studio del mandato speciale ad hoc*, Turín, 1902; Oliveri, *Mandato civile* (en *Dig. it.*), Battista, *Del contratto di società e di mandato*, Turín, 1920.

terminado expediente para hacerlos recaer en el patrimonio del otro. Ahora bien, precisamente mediante el mandato se confiere un poder de representación al mandatario, quien permanece extraño a todas las relaciones jurídicas que crea al contratar con los terceros, los cuales quedan, por virtud de su voluntad, ligados directamente al mandante. Y esto basta para distinguir, como oportunamente distingue el Código de Comercio (artículos 349, 380), el mandato de la comisión, en la cual el comisionista negocia por cuenta del comitente, pero en nombre propio, por lo que no liga los terceros al comitente, sino a sí mismo (artículo 381).

En este y en otros casos análogos puede hablarse de representación; pero ésta es solamente indirecta, porque, como se ha dicho, precisa un acto jurídico especial para transferir al representado las adquisiciones hechas y las obligaciones contraídas en nombre del representante indirecto. Constituye, pues, una causa que deforma el mandato y transforma al mandatario en simple comisionista, ya que actúa en nombre propio y no en el del mandante. El Código civil, que en la definición (art. 1.737) sólo habla de actuar por cuenta del mandante, se apresura a declarar que si el mandatario actúa *en nombre propio*, el mandante carece de acción contra aquellos con quienes el mandatario contrató, ni éstos la tienen contra el mandante, resultando sola y directamente obligado el mandatario (art. 1.744) (1).

La función que el contrato ejerce consiste en el servicio que el mandatario presta al mandante, realizando aquél en lugar de éste el negocio que le ha sido encomendado. La relación, inspirada en la confianza, asumió en los orígenes —en Derecho romano reposaba en el *Officium* y en la amistad (cfr. fr. I, párr. 4.º, D. 17, 1)—el carácter de negocio a título gratuito, pero lo perdió en el Derecho moderno, que consiente una remuneración e impone al mandatario, cuando dicha retribución media, una res-

(1) Véase Tartufari *La rappresentanza nella conclusione die contratti*, Turín, 1892; Pilon, *Essai d'une theorie gen. de la représentation dans les Obligations.*, París, 1898; Sraffa, *Il mandato e la rappresentanza nel C. di comm. (Dir. comm., XVI, 1898)*; Nattini, *Dottrina generale della procura. La rappresentanza*, Milán, 1910.

ponsabilidad más grave (art. 1.746). Sin embargo, la gratuidad continúa siendo, por efecto de la tradición romanística, característica normal de la relación; el servicio no debe ser remunerado por el mandante si no se pactó la retribución (art. 1.739). En esto radica una de las diferencias que existen entre el mandato civil y el mercantil, ya que este último contrariamente se presume retribuido (art. 349 del Código de Comercio).

Pero ya sea mercantil o civil, la existencia de una remuneración, no basta a transformar el mandato en un contrato de arrendamiento de obra. La línea de separación entre ambos contratos, que en ocasiones parece no acusarse, viene constituida por la causa jurídica, la cual, en el mandato, no es el honorario o retribución prometidos o presuntos (como es el canon o merced en el arrendamiento), sino el espíritu de la buena voluntad; por el poder de representación que se confiere al mandatario mediante el mandato, y que no puede derivar del arrendamiento de obra; por el objeto, que en el mandato es un negocio a ejecutar, es decir, un negocio jurídico, y, por consiguiente, un acto, mientras en el arrendamiento se trata siempre de una actividad técnica, de una energía, no de una declaración de voluntad que origine relaciones jurídicas con los terceros.

Son, pues, requisitos del mandato: un negocio a realizar y un encargo conferido y aceptado. Ahora bien, respecto al primero, procede advertir que el negocio debe ser, a más de posible, lícito, y tal, que permita sustituir la voluntad del interesado por la de otros con el mismo efecto. El negocio debe interesar al mandante y a un tercero, y puede interesar al mismo tiempo al propio mandatario. Un mandato conferido en interés exclusivo del mandatario no sería tal mandato; sería más bien un consejo, una recomendación, que no generaría relaciones obligatorias, y que apenas podría originar una responsabilidad, basada en el principio general del art. 1.151. Según se limite a uno o más negocios determinados o se extienda a todos los del mandante el mandato, es *especial* o *general* (art. 1.740). Según esto, pues, el poder de representación conferido al mandatario será general o especial, es decir, válido para toda especie de actos o negocios jurídicos en los que sea posible emitir declaraciones de voluntad

por cuenta y en nombre ajeno, o bien circunscrito al negocio a que el encargo se limita. Ni en una ni en otra especie de mandato precisa una designación específica de las facultades conferidas al mandatario; la ley restringe oportunamente los poderes cuando el mandato se confiera en términos genéricos, declarando que, en tal caso, no otorga más facultades que las puramente administrativas (art. 1.741) (1).

Respecto al otro requisito, el encargo (2) se presume que fué conferido por una persona capaz y debidamente aceptado por el mandatario. El mandante ha de ser capaz, por lo menos relativamente, a aquel acto jurídico cuya ejecución encomienda a otro. Semejante capacidad no es exigida, en cambio, en el mandatario, ya que los efectos propios de los actos realizados por él, recaen directamente en la persona del mandante, sin que vinculen en modo alguno el patrimonio del mandatario; mandatario puede ser un menor o un incapaz; pero comoquiera que éste debe declarar su voluntad, habrá de tener la natural capacidad para emitir ésta. La incapacidad del mandatario sólo influye en las relaciones con el mandante, y por ello frente a éste el mandatario no asume las obligaciones derivadas del contrato y sólo responde por el enriquecimiento injusto (art. 1.743).

El mandato se puede conferir y aceptar tácita y expresamente (art. 1.739). La aceptación tácita se exterioriza mediante la ejecución del mandato. Menos frecuente es el otorgamiento tácito, que no es posible cuando se trata de enajenar, hipotecar o realizar actos que excedan de la administración ordinaria (artículo 1.741, párr. 1.º), y que sólo se admite en los demás casos

(1) Sobre estas distinciones véase Fadda y Bensa en *Windscheia Pand.* I, páginas 919 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.*, V, pág. 505, n. d.

(2) Encargo y no consejo, porque el consejo no obliga nunca a no ser que intervenga en él un hecho doloso. Puede recordarse aquí la figura del *mandatum tua gratia*. Véase Mancaloni, *Mandatum tua gratia e consilium* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, XXVII, 1895, páginas 367 y siguientes); Bortolucci, *Il mandato di credito* (*Bull. ist. del dir. rom.*, 1915, páginas 133 y siguientes); Morsa, *La respons. del mandatario per consiglio* (*Riv. dir. comm.*, 1916, II, páginas 216 y siguientes); Floerke *Rat. Auskunftserteilung und Empfehlung nach. B. G. B.*, 1910.

cuando concurren circunstancias que clara y seguramente revelen tal intención. Si el mandato es expreso, la ley no exige, por lo general, una forma determinada, siendo utilizable, tanto la escrita como la verbal; lo que precisa es que el otorgamiento y los límites de los poderes de representación sean dados a conocer a los terceros. La relación directa que se da siempre entre la declaración de voluntad del mandatario y el patrimonio del mandante implica una restricción impuesta a esta libertad de forma; si la declaración de voluntad del mandatario debe valer como declaración del mandante, y si para determinados actos jurídicos la ley exige la forma escrita (por ejemplo, en las enajenaciones de inmuebles), también el mandato deberá revestir esta forma, ya que el mandante mismo no puede enajenar o adquirir inmuebles sino es utilizando la forma escrita (1).

El mandato origina obligaciones que, en vía principal, se imponen al mandatario, si bien pueden surgir también para el mandante.

A. Obligaciones del mandatario.

a) Fundamental es la de *ejecutar el encargo* que le ha sido conferido en tanto subsista y la de *gestionar el negocio con la diligencia de un buen padre de familia*. Si no cumplimenta el encargo el mandatario, puede ser forzado a cumplirlo y a indemnizar, además, los daños derivados del incumplimiento; tampoco puede el mandatario suspender la ejecución del negocio confiado por muerte del mandante si cuando ésta ocurre la ejecución había comenzado ya y en la suspensión pudiera derivar perjuicio (artículo 1.745). Si no lo ejecuta con la debida diligencia, responderá también de los daños en los límites de la culpa leve, porque se requiere en él la diligencia del *bonus pater familias* y se le impone la responsabilidad de la culpa considerada en abstracto (art. 1.746). El criterio no varía; no se sustituye el de la culpa en abstracto por el de la culpa en concreto, en el caso de mandato gratuito, con respecto al cual dispone el art. 1.746, párrafo 1.º, que la responsabilidad se establece con menos rigor; hay, por tanto, una mitigación de responsabilidad.

(1) La cuestión ha sido vivamente discutida: Véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, V, pág. 501, n. b.

b) El mandatario debe mantenerse dentro de los límites de las facultades que le hayan sido conferidas (art. 1.742). El obrar saliéndose de los límites del mandato produce como consecuencia el que, no pudiendo ya el mandatario considerarse como representante del mandante, se obligue a sí mismo y no obligue a este último con los terceros. Por eso los terceros deben tener la precaución de asegurarse previamente de la existencia y extensión del mandato si quieren entrar en relación jurídica con el mandante. Este no resulta personalmente obligado con los terceros si el mandatario se excedió en las facultades que le fueron otorgadas, a no ser que hubiere ratificación posterior por el mandante tácita o expresa (art. 1.752). Por otra parte, también los terceros, cuando conozcan las facultades otorgadas al mandatario, no pueden exigir de éste garantía alguna para asegurar las obligaciones por él asumidas que excedan del mandato, a no ser que se hubiese obligado personalmente (art. 1.751).

Tanto el mandatario como los terceros pueden, cuando habiéndose aquél extralimitado reduzcan el negocio a los límites del mandato, exigir del mandante que reconozca el negocio y lo ejecute.

c) Salvo en el caso en que las cualidades técnicas o personales del mandatario hayan sido tomadas por el mandante en consideración, tal que no sea posible la sustitución de dicho mandatario por otro, puede éste encomendar el negocio que le ha sido confiado a un sustituto. Responderá, sin embargo, de la gestión del sustituto cuando no le haya sido concedida la facultad de designarlo, o cuando, habiéndole sido otorgada tal facultad sin designar la persona del sustituto el mandante, haya nombrado el mandatario a persona notoriamente incapaz o insolvente. En todo caso, al mandante corresponde una acción directa contra el sustituto (art. 1.748).

d) Finalmente, el mandatario está obligado a rendir cuentas de su gestión y a entregar al mandante todo lo que hubiere recibido a consecuencia del mandato, aun cuando lo que hubiere recibido no fuese realmente debido al mandante (art. 1.747). Si hubiere empleado en usos propios sumas percibidas con destino al mandante, deberá a éste los intereses de dicha suma des-

de la fecha en que hubiere comenzado a usar de ella; en cambio, respecto a las sumas que debiese según la cuenta rendida, tendrá que abonar intereses desde el día en que comenzó la mora solamente (art. 1.750).

B. *Obligaciones eventuales del mandante.*

Además de la retribución en los casos en que ésta hubiere sido prestada, deberá el mandante reembolsar al mandatario los anticipos y gastos por éste efectuados para ejecutar el mandato, más los intereses correspondientes a las sumas anticipadas (artículos 1.753 y 1.755). No puede eximirse de esta obligación de reembolsar alegando que el negocio no ha tenido éxito o que los gastos y anticipos hubieran podido ser menores; sin embargo, es supuesto necesario el que al mandatario no sea imputable culpa alguna. Con el mismo supuesto debe el mandante indemnizar al mandatario de todas las pérdidas ocasionadas a éste por los encargos asumidos, y, en general, debe relevar al mandatario de toda obligación por él asumida para dar cumplimiento al mandato (art. 1.754).

Extinción del mandato.—Se extingue el contrato *por revocación* del encargo hecho por el mandante (art. 1.757, párr. 1.º); puesto que la relación se da en interés de éste por regla general, y como se basa en la confianza, es lógico que el mandante pueda en todo momento hacer que cese el mandato por decisión unilateral, y si al conferirlo se otorgó un escrito acreditativo del mismo, puede exigir la restitución de dicho escrito (art. 1.758). No es obstáculo al ejercicio de este derecho el haber pactado abono de honorarios al mandatario, porque la retribución no transforma dicho contrato en sinalagmático (1). Tampoco la revocación afecta a las relaciones anteriormente creadas, es decir, a lo hecho por el mandatario dentro de los límites del mandato, antes de ser éste revocado. Si la revocación fué notificada al mandatario solamente, no podrá oponerse aquélla a los terceros que, ignorándola, hubieren contratado de buena fe con el mandatario (ar-

(1) En el Código de Comercio (art. 366) se establece que el mandante que revoque sin justa causa el mandato, está obligado a resarcir el daño causado al mandatario.

título 1.759). Los modos de verificar la revocación pueden ser expreso y tácito; se tiene por revocado el mandato cuando para el mismo negocio sea nombrado un nuevo mandatario y desde el momento en que dicho nombramiento sea notificado al mandatario precedente (art. 1.760).

b) En contraposición y habida cuenta de la base de amistad y benevolencia sobre que la relación reposa, también al mandatario se atribuye el derecho de hacer cesar la relación. La ley le otorga la *facultad de renunciar* en todo tiempo al encargo (artículo 1.757, párr. 2.º), pero limita el ejercicio de esta facultad, obligándole a indemnizar al mandante si la renuncia le perjudica, salvo el caso en que entre el perjuicio del mandante y el del mandatario sea de más entidad este último (art. 1.761).

c) Del carácter personal que la relación reviste se deduce el que se resuelva por la muerte de una u otra de las partes (artículo 1.757, párr. 3.º). La muerte del mandante no influye, sin embargo, en los negocios realizados por el mandatario que la ignore, con tal de que procedan de buena fe aquellos con quienes dicho mandatario contrata (art. 1.762); si el negocio fué comenzado y de la suspensión de su ejecución puede derivar daño, el mandatario está obligado a terminarlo (art. 1.745). Fuera de este caso, no es admisible que el contrato subsista habiendo muerto; especialmente no es admisible que la relación subsista, aun cuando el mandato se haya conferido para ejecutarlo después de la muerte del mandante, porque un *mandato post mortem* no se admite en nuestro Derecho (1). La muerte del mandatario no exime a sus herederos de adoptar interinamente las providencias necesarias para proteger los intereses del mandante, a quien aquéllos deben participar la muerte del mandatario (artículo 1.763).

d) Finalmente, toda alteración importante en el estado jurídico del mandante o del mandatario, como la *interdicción* o la

(1) Bonfante, *Mandato post mortem* (*Giur. it.*, 1903, IV, páginas 161 y siguiente, y en *Scritti giur.*, III, páginas 262 y siguientes); Vitali, *Foro it.*, 1902, páginas 1.326 y siguientes. Otros autores equivocadamente mantienen opinión contraria: Venzi en Pacifici, *Ist.* V, pág. 510. Véase también Farsa, *Mandatum post mortem* (*Giur. it.*, 1916, I, 1, pág. 369).

quiebra, produce la extinción de la relación. Lo mismo debe decirse de la *inhabilitación* cuando el objeto del mandato lo constituyan actos que ni uno ni otro podrían hacer por sí solos sin asistencia del curador (art. 1.757, párrafos 3.º y 4.º) (1).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—El art. 1.709 del Código civil español—concordante con el 1.737 del italiano—define el mandato como del contrato, por el que «se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta y encargo de otra».

No significa nuestro Código, como lo hace el italiano, el objeto esencial del mandato: ejecutar un negocio jurídico en nombre de otro; ni se cuida de señalar la gratuidad como característica necesaria; por lo demás todas las críticas que a la definición del Código italiano hace Ruggiero, son aplicables a la del Código español, que no significa tampoco la distinción entre mandato y comisión mercantil (regulada ésta en el Código de Comercio español, artículos 244-280), en la cual si el comisionista obra en nombre propio, no obliga directamente al comitente con la persona con quien él contrató, sino a través suyo (artículos 246 del Código de Comercio español y 381 del Código de Comercio italiano), produciéndose análogos efectos cuando el mandatario obra en su propio nombre (artículos 1.717 del Código civil español y 1.744 del Código civil italiano), sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.

Se nota en este contrato una marcada evolución hacia la retribución—en su origen era gratuito por esencia: *mandatum nisi gratuitum nullum est*—más significada en el art. 1.711 del Código civil español, que presume la obligación de retribuir al mandatario cuando tiene por ocupación el desempeño de funciones análogas a las que se le encomiendan: el Código civil italiano en el art. 1.739, funda el derecho a remuneración, aun no pactada, cuando la gravedad de la misión determine una mayor responsabilidad. Ambos Códigos regulan la retribución como posible, no como esencial, pues presumen la gratuidad (artículos 1.711 y 1.739).

Los tratadistas plantean el problema al tratar este punto, de la posible transformación del mandato en arrendamiento de servicios cuando se pacta retribución; en orden a él sólo hemos de hacer notar que admitido por algunos Códigos—el alemán por ejemplo—, la posibilidad de que todas las actividades, aun las intelectuales, sean objeto del contrato de arrendamiento de servicios, ¿qué diferencia habrá entre un arrendamiento de servicios cuyo objeto sea concluir un negocio jurídico con el mandato retribuido?

De la extensión del mandato deriva su clasificación en general y especial (artículos 1.712 del Código civil español y 1.740 del Código civil italiano), no confiriendo capacidad aquél más que para actos administrativos (artículos 1.713 del Código civil español y 1.741 del Código civil italiano).

La capacidad de las partes ha de ser en el mandante para realizar el acto que al mandatario encomienda y en éste para expresar su voluntad, pudiendo serlo el menor emancipado y la mujer casada con autorización de su marido (art. 1.716 del Código civil español).

Tanto el hecho de conferir el mandato como el aceptado, puede hacerse tácita o expresamente (artículos 1.710 del Código civil español y 1.739 del Código civil italiano), exigiéndose esta forma para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier acto de riguroso dominio (artículo

los 1.713, § 2.º del Código civil español y 1.741, § 1.º del Código civil italiano), no entendiéndose conferida al mandatario, le faculta de comprometer en árbitros o amigables componedores cuando se le otorgó solamente la de transigir.

La forma del mandato expreso puede ser bien verbal o bien escrita, en documento público o privado (art. 1.710, § 2.º del Código civil español).

Efectos del contrato.—A Obligaciones del mandatario.

a) Ejecutar el encargo con arreglo a las instrucciones recibidas y si no como un buen padre de familia, respondiendo de los daños y perjuicios que por no ejecutarlo se ocasionen al mandante, debiendo continuar el negocio aun muerto el mandante, si iniciado antes de morir aquél hubiese peligro en la tardanza (artículos 1.718 y 1.719 del Código civil español y 1.745 del Código civil italiano). La responsabilidad le alcanza hasta por culpa que debe estimarse por los Tribunales, con más o menos rigor, según que el mandato sea o no retribuido (artículos 1.746 del Código civil italiano y 1.726 del Código civil español), no siendo solidaria la responsabilidad, en el caso de ser varios los mandatarios restituidos simultáneamente, si no se expresó así en el mandato (art. 1.723 del Código civil español).

b) Ha de mantenerse el mandatario dentro de los límites del mandato (artículos 1.714 del Código civil español y 1.742 del Código civil italiano), entendiéndose que no les traspasó cuando concluyó el negocio de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste (artículo 1.715 del Código civil español) y no obligando al mandante cuando se extralimitara, salvo que éste ratifique tácita o expresamente (artículos 1.727, § 2.º del Código civil español y 1.752 del Código civil italiano).

c) Responder de la gestión del sustituto —que puede nombrar si no se le ha prohibido—, cuando no se le faculte para nombrarlo o si facultado designa a persona notoriamente incapaz o insolvente. Teniendo en estos casos acción directa el mandante contra el sustituto, nombrado contra la voluntad expresa del mandante (art. 1.721, § 2.º del Código civil español).

d) Rendir cuentas de la gestión entregando al mandante todo lo que hubiere recibido en virtud del mandato, aunque no se le debiera a aquél (artículos 1.020 del Código civil español y 1.747 del Código civil italiano), debiendo abonar intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día que lo hizo y de los que dejó de entregar al terminar el contrato desde que se constituyó en mora (artículos 1.724 del Código civil español y 1.750 del Código civil italiano).

B. Obligaciones del mandante

Ha de satisfacer al mandatario la retribución si se hubiere pactado, anticipándole las cantidades necesarias para concluir el mandato y reembolsarle los gastos o anticipos que él hubiese hecho, más los intereses correspondientes desde la fecha del anticipo (artículos 1.728 del Código civil español y 1.753 y 1.755 del Código civil italiano).

También ha de indemnizarle de los daños y perjuicios que sufra al ejecutar el mandato y responder de las obligaciones que el mandatario haya estipulado (artículos 1.727 y 1.729 del Código civil español y 1.754 del Código civil italiano), pudiendo éste retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante reembolse e indemnice (artículo 1.730 del Código civil español), siendo su responsabilidad solidaria, si conjuntamente hubiesen nombrado un solo mandatario (artículo 1.731 del Código civil español).

Extinción del mandato.—Se opera por:

§ 94.—*Donación*

Brugi, *Ist.*, § 56 (II g); Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 630; Chironi, *Ist.*, II, §§ 350-353; Lacca-riac, *Man.*, IV, §§ 656, 661-667, 708-719; Aubry y Rau, *Cours.*, X, §§ 646, 648-653, 658-660; XI, §§ 698-709; Planiol, *Traité*, III, números 2.501, 2.523 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 365-369 (1).

Aunque a primera vista parezca sencillo fijar el concepto de donación, la precisa determinación de su noción jurídica es difí-

1.º Revocación (artículos 1.757 § 1.º del Código civil italiano y 1.732 número 1.º del Código civil español). Pudiendo reclamar el mandante la devolución del documento en que conste el mandato (artículos 1.758 del Código civil italiano y 1.733 del Código civil español), no surtiendo efectos cuando se otorgó para contratar con determinada persona si no se le hizo saber (art. 1.734 del Código civil español). Tácitamente puede revocarse el nombramiento por otro hecho para el mismo negocio, surtiendo efecto desde que el nuevo nombramiento se comunica al mandatario precedente (artículos 1.735 del Código civil español y 1.760 del Código civil italiano).

2.º Renuncia del mandatario (artículos 1.755, § 1.º del Código civil italiano y 1.732, núm. 2.º, del Código civil español), debiendo continuar su gestión hasta tanto no se tomen las medidas necesarias para cubrir esa falta (art. 1.737 del Código civil español) y debiendo indemnizar al mandante los daños y perjuicios que sufriera, salvo que no pueda desempeñar el mandato sin grave detrimento suyo (artículos 1.736 del Código civil español y 1.761 del Código civil italiano).

3.º Muerte, interdicción, quiebra o insolvencia del mandante o mandatario. Sin embargo éste ha de continuar los negocios iniciados antes del fallecimiento de aquél si de su suspensión se siguiere algún perjuicio (art. 1.718) y los herederos del mandatario, si muriera, deben ponerlo en conocimiento del mandante y entre tanto proveer a lo que las circunstancias exijan en interés de éste (artículos 1.739 del Código civil español y 1.763 del Código civil italiano). Pero si la extinción del mandato, por muerte u otra causa no se comunicó al mandatario, surtirá aquél efectos respecto de los terceros que hayan contratado con éste de buena fe (artículos 1.739 del Código civil español y 1.762 del Código civil italiano).

(1) Véase Grenier, *Traité des donations, des testaments et de toutes autres dispositions gratuites*, 1.849; Troplong *Des donat. entre vifs et des testaments*, 1860; Coin-Delisle, *Donat et test.*, 1885; Baudry-Lacantinerie y Colin, *Delle donaz. fra vive e dei test.* (Trad. it. con adiciones de Ascoli y de Bonfante); Ascoli, *Tratt. delle donaz.*, Florencia, 1889; Vitali, *Delle Donaz.* (en la colección *Il dir. civ. it.*), Turín, 1914; Piola, *Donazione* (en *Dig. it.*); Preda, *Donaz.* (en *Dir. prat. di dir. priv.*); Cottino, *Le donazioni nel ir. it.*, Turín, 1913.

cil y compleja en extremo. Los criterios que deben adoptarse para tal determinación no se discuten; pero, en cambio, resulta en extremo controvertido el lugar que en el sistema del Derecho civil debe asignarse a la donación (1).

La tendencia de los romanistas modernos es considerar la donación, no como un negocio singular y concreto, no como una figura específica de negocio jurídico, sino como una causa de adquisición, atribuyéndole un carácter que los negocios jurídicos pueden asumir de cuando en cuando. Comoquiera que, mediante la donación, puede verificarse la transmisión de la propiedad o de un derecho real o la constitución de una obligación o la liberación de un vínculo preexistente, el *donar*—se afirma—no es más que una de tantas causas que pueden dar vida a un negocio, creador o extintivo de un vínculo obligatorio, transmisor o constitutivo de un derecho real, como ocurre también con la dote, la cual es causa generadora o modificativa de derechos. Tales apreciaciones, que se remontan a Puchta y Savigny, y que constituyen hoy la doctrina dominante, lleva a colocar la donación en la parte general del sistema, destacándola de los contratos. Pero en contra de este emplazamiento de la donación se ha observado ya (especialmente en orden al Derecho moderno) que no está más justificada tal posición que la que propugnaría el desglosar del derecho de familia la teoría de la dote o del derecho contractual la de la compraventa (2). Ciertamente que la donación, esto es, aquella atribución patrimonial hecha espontáneamente por espíritu de liberalidad y sin compensación, puede verificarse por modos muy varios, transfiriendo la propiedad de la cosa, creando un crédito, liberando de una deuda, etc. Podría, por

(1) Consúltense además de las adiciones ya citadas de Ascoli y Bonfante al Baudry-Lacantinerie II. p. III y páginas LI y siguientes; Perozzi, *Intorno alla donazione* (*Arch. Giur.*, LVIII, páginas 313 y siguientes. 527 y siguientes); Ascoli, *Sul Concetto di donazione* (*ib.*, LVIII 1897, páginas 42 y siguientes); Manenti, *Sul concetto di donazione* (*Riv. dir. civ.*, III, páginas 328 y siguientes).

(2) Windscheid, *Pand.*, II, 2. § 365, núm. 18, Bonfante en Baudry-Lacantinerie, *Donazioni*, II, p. LIV.

tanto, hablarse de donaciones reales, obligatorias, liberatorias, según el medio empleado para producir un enriquecimiento con ánimo de liberalidad, pero no de negocios singulares, caracterizados por una simple *causa donandi*.

Muy distinto es el emplazamiento de la institución que estudiamos en la sistemática del Derecho civil francés. Los autores la estudian al ocuparse de los testamentos, siguiendo el sistema acogido por el Código francés, en el cual el nexo íntimo (puesto ya de relieve por el Derecho canónico), existente entre donaciones y testamentos, fué reforzado con tratar bajo una misma rúbrica de ambos actos, es decir, de los dos únicos modos de disponer gratuitamente de los propios bienes. Así como el testamento es un modo de disponer de los bienes por causa de muerte, así también la donación es un modo gratuito de disponer de los bienes *inter vivos*. Actos los dos de liberalidad, la donación y el testamento, se hallan entre sí ligados íntimamente por el modo particular de concebir el Derecho francés la disposición testamentaria; herederos y sucesión hereditaria sólo se dan en la sucesión legítima; los herederos testamentarios se consideran como legatarios, y éstos como una especie de donatarios por causa de muerte. Es, pues, la donación una atribución patrimonial gratuita mediante un acto entre vivos, así como la operada por testamento lo es mediante un acto por causa de muerte. Por tanto, cuando se hable de donación, hay que sobreentender la donación *inter vivos*, pues una donación *mortis causa* no cumpliría con el doble requisito de privación del donante de la cosa donada y de la irrevocabilidad que el Código exige en la donación.

La doctrina civilística italiana ha reintegrado la donación a su verdadero puesto: la donación es un contrato, y precisamente el típico contrato de liberalidad.

Poco importa que el art. 1.050 del Código civil, al definirla la llame «acto», siguiendo el modelo francés; como es sabido, la palabra «acto» sustituyó en el Código francés a la palabra «contrato», que figuraba en el Proyecto del mismo por una equivocación que sufrió el primer Cónsul, quien creía que el contrato originaba obligaciones en una y en otra parte, mientras que en

La donación sólo había obligaciones en el donante (1). Aquel nexo que el Código francés estimaba existente entre donación y testamento no es apreciado en el nuestro; la separación de ambas instituciones no es, sin embargo, tan absoluta como fuera de desear; aparece regulada en un título (artículos 1.050-1.096), que es intermedio entre sucesiones y contratos.

Ahora bien, el hecho de que en el sistema legal aparezca excluido de la categoría de los contratos, no influye en su estructura; la donación es contrato, porque para operar la atribución patrimonial precisa el acuerdo de donante y donatario; es decir, a la declaración del primero debe corresponder la aceptación del segundo (art. 1.098). Es un contrato a título gratuito porque el donante se propone procurar a la otra parte una ventaja, sin recibir por ello compensación alguna (art. 1.101). Es un contrato unilateral porque solamente el donante se obliga frente al donatario, quien no asume obligación alguna (art. 1.100).

No puede haber donación sino es mediante contrato, pues nuestro Derecho no admite la *donatio mortis causa* del Derecho romano ni otra disposición revocable de los propios bienes que no sea el testamento.

El análisis de estos puntos dará de la donación un concepto más cumplido. Ante todo, se debe reconocer que, no obstante sus defectos, la definición del art. 1.050 es bastante clara: «La donación es un acto de espontánea liberalidad, mediante el cual el donante se despoja actual e irrevocablemente de la cosa donada en favor del donatario, que la acepta». Los caracteres esenciales que derivan de tal definición son: *a*), una atribución patrimonial que produce un enriquecimiento en el donatario y un consiguiente empobrecimiento en el donante; *b*), una causa liberal de la atribución, es decir, la intención de beneficiar o *animus*

(1) El error de Napoleón que debido a ignorar la existencia de la categoría de contratos bilaterales y unilaterales contrapuesta a la de actos bilaterales y unilaterales. La donación es un acto bilateral, es decir, un contrato, pero un contrato unilateral porque sólo engendra obligaciones en el donante. Confundía, en cambio, el contrato unilateral con el acto unilateral sin comprender que es también contrato el que impone obligaciones a una sola de las partes.

donandi, a la que debe corresponder en el donatario la intención de recibir la donación como tal; c), privación de la cosa en el donante, o sea actualidad de la atribución patrimonial; d), el no poder ser revocada de modo arbitrario por el donante.

Con estos dos últimos caracteres contrasta la donación *mortis causa*. Si se hace una donación previendo la premoriencia del donante respecto al donatario, la atribución patrimonial no se produce en el momento en que se dona, sino más tarde, esto es, después de la muerte del donante: en cambio, si el donatario premuere al donante, la donación no tiene efecto, y, además, como la voluntad de donar es ambulatoria, como en el testamento *usque ad vitae supremum exitum*, la disposición es esencialmente revocable. Falta no sólo la actualidad de la adquisición en el donatario, sino también aquella obligatoriedad del vínculo, que es requisito y fundamento de la irrevocabilidad. Sin embargo, con la donación *mortis causa*, que tiene los caracteres de una disposición de última voluntad y no es admitida en nuestro Código, no debe confundirse la donación, en que la muerte del donante en un determinado momento es tomada en especial consideración y elevada a condición del negocio. Como nada impide que la donación se verifique también con condición resolutoria o suspensiva, se daría una atribución actual del derecho al donatario, irrevocable por el donante, si bien el derecho se atribuya condicionalmente y la condición consista en la premoriencia del donante.

El concepto establecido en nuestro Código respecto a la atribución patrimonial al definirle como «privación de una cosa» es demasiado restringido. No solamente—ya se dijo—se dona dando una cosa, transfiriendo la propiedad u otro derecho real (donación real), sino también constituyéndose en deudores o renunciando a un crédito propio contra el donatario (donación obligatoria y liberatoria), o procurando una ventaja en una u otra forma. Lo que precisa es que la ventaja implique un enriquecimiento en el donatario, aumente el patrimonio de éste y a tal aumento corresponda una disminución en el patrimonio del donante. Por esto no puede estimarse donación la constitución de un derecho real de garantía, la fianza, la renuncia a una herencia, el

dejar transcurrir en favor del deudor el tiempo preciso para la prescripción extintiva de un crédito nuestro o en favor del poseedor el tiempo requerido para que verifique la usucapión de un fundo nuestro. Solamente la renuncia a un derecho ya adquirido hecha en favor de otro opera tal disminución y el correspondiente enriquecimiento, que constituyen la esencia de la donación. Por ello se deben excluir de la categoría de la donación todos aquellos actos que, otorgando una ventaja sin compensación, no entrañan una pérdida patrimonial.

Estos son los actos a título gratuito, que tienen de común con la donación el carácter de gratuidad, pero no el de privación de una cosa, el de pérdida patrimonial. La categoría de los actos a título gratuito, en efecto, comprende en sí la donación, que es el negocio gratuito por excelencia, pero no se agota con ella; también en el comodato, en el depósito, en el mandato, en el mutuo sin interés, hay una ventaja que el comodante, el depositario, el mandatario, el mutuante, obtiene de la otra parte; falta en estos actos la verdadera y propia atribución patrimonial o la correspondiente disminución en el patrimonio de quien proporciona la ventaja; falta aquí el desplazamiento de un derecho de uno de los patrimonios y su adquisición definitiva por el otro. En el mutuo, la suma pasa al prestatario, para ser por éste retribuida; en el comodato, el uso concedido no determina la pérdida de ningún derecho del patrimonio del comodante; el uso del comodatario no es independiente de la relación obligatoria, como lo es, en cambio, el goce del donatario.

No es indispensable que al enriquecimiento de una parte corresponda un empobrecimiento en la otra. El donatario puede resultar gravado con una carga, que reduzca en mayor o menor medida la atribución patrimonial; la donación subsiste siempre, y la liberalidad se reduce, en realidad, a la parte que, efectivamente, represente un aumento en el patrimonio del donatario. Todo estriba en que el gravamen no anule completamente la ventaja económica. Si—excepto en este último caso—el contrato de unilateral se transforma en bilateral, es una cuestión muy debatida. Yo creo, sin embargo, que se debe resolver negativamente: la donación es un contrato unilateral por naturaleza, por-

que normalmente sólo genera obligaciones *ex uno latere*, y también es esencialmente gratuito. Así que, del mismo modo que una carga impuesta al donatario no convierte la donación en contrato oneroso—porque la carga no tiene el carácter de compensación, sino únicamente de limitación de la atribución patrimonial (1)—, la obligación eventual derivada del *modus* a cargo del donatario no le priva del carácter unilateral, porque tal obligación no es esencial a la relación, sino meramente accidental (2).

El carácter más saliente, más acusado en la relación, es el espíritu de liberalidad que anima la disposición patrimonial, y que, siendo el fin de ésta, constituye precisamente la causa (en sentido técnico) del contrato.

La intención de beneficiar o *animus donandi* es lo que caracteriza el negocio, imprimiéndole un aspecto especial que le distingue de los demás. No basta la gratuidad en sí y por sí, es decir, no basta una atribución patrimonial sin compensación, sino que precisa que dicha atribución esté vivificada por el ánimo de liberalidad, tal ánimo se da siempre que, sin ser constreñidos, esto es, espontáneamente, conferimos a otros una ventaja patrimonial. Se puede repetir con Papiniano (fr. 82. D. 50. 17): *Donare videtur, quod nullo iure cogente conceditur*, siempre que no se interprete demasiado estrechamente el *concedere*, y, mejor aún, con Juliano (fr. 1, pr. D. 39. 5): *Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur*. En el acto, al propio tiempo que la espontaneidad, debe concurrir la intención

(1) Véase el art. 1.051: «Es donación... también aquélla que impone alguna carga al donatario».

(2) Contra la unilateralidad considerada como carácter esencial de la donación véase Manenti, *op. cit.*, páginas 373 y siguientes. Una aplicación del concepto de bilateralidad al caso de donación *cum onere* es según dicho autor el artículo 1.080 del Código civil que admite la revocación de la donación por incumplimiento de las cargas impuestas al donatario, norma que correspondería a la que se refiere a la condición resolutoria tácita del art. 1.065 en orden a los contratos bilaterales. Manenti, *Del rapporto fra gli articoli 1.079, 1.080 del C. c. e l'art. 1.065 del C. c.* en *Riv. dir. civ.*, III, 1911, páginas 605 y siguientes.

de beneficiar, de modo que el enriquecimiento del donatario sea fin en sí mismo y constituya el objetivo querido directamente. Pero inversamente, como la ley se detiene en el momento último y no toma en consideración los más remotos, poco importa—comprobado que sea el ánimo liberal—la razón íntima que generó tal intención; cuando en la serie de motivos psicológicos más remotos hay alguno que revele un móvil no liberal—como, por ejemplo, la vanidad, el temor de la reprobación pública, la esperanza de obtener una compensación en el futuro o la intención de remunerar servicios prestados—, no por eso tal acto deja de ser donación, porque subsiste el *animus donandi* (1).

Este *animus*, para concluir, no se identifica con la gratuidad: es un momento en el concepto de liberalidad distinto de la gratuidad, que es otro momento del mismo concepto. Puede decirse, para hacer más clara la noción, que así como la gratuidad constituye la liberalidad objetivamente considerada, esto es, significa que hay una adquisición sin compensación, así también el *animus donandi* es el aspecto subjetivo de la misma, que manifiesta que la atribución patrimonial ha sido querida por el donante con ánimo liberal.

Pero comoquiera que la donación es un contrato que reconoce por causa aquel *animus*, es necesario no solamente que haya aceptación por parte del donatario (2), sino también que, coincidiendo con el *animus donandi*, se dé el *animus* correlativo en el donatario. Precisa que éste acepte la atribución patrimonial que le ha sido hecha a título de donación, ya que el disenso en la causa impediría la perfección de la donación (3).

(1) Concuerta con esto lo preceptuado en el art. 1.051 del Código civil que declara ser donaciones las liberalidades hechas por gratitud o en consideración a los méritos del donatario o con un fin remuneratorio.

(2) Ulpiano, fr. 19, § 2, D. 39, 5: *Non potest liberalitas nolenti adquiri.*

(3) Ulpiano, fr. 18 pr. D. 12. 1: *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederó, tu quasi mutua accipias, Julianus scribit donationem non esse.* En otro lugar se afirma que la adquisición se verifica en favor del accipiente siendo indiferente el disenso sobre la *causa traditionis*; Juliano, fr. 63. D. 41, 1: *Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam*

El problema que en todo Derecho positivo se ofrece al legislador en la donación, consiste en hallar la conciliación de dos exigencias opuestas: no poner obstáculo alguno al libre desenvolvimiento del espíritu de liberalidad que, ya sea un sentimiento altruísta, ya un impulso de beneficencia, constituye una de las más nobles manifestaciones del alma humana, y merece ser favorecido; frenar los excesos fáciles, que pueden conducir a empobrecimientos contra los cuales no hay remedio posible, dada la irrevocabilidad de la donación.

La historia de esta institución en el Derecho romano muestra que el pensamiento legislativo en aquel pueblo estuvo dominado principalmente por la idea de los peligros que la donación presenta. Pronto ya la *lex Cincia* (a. 550 d. R.) prohibió las donaciones que excedieren de determinada cuantía (salvo entre determinados parientes) sin declararlas nulas, pero sí impugnables, en tanto no fueren ejecutadas; más tarde fueron prohibidas de un modo absoluto entre cónyuges; por último, caída en desuso la *lex Cincia*, fué impuesta la obligación de reducir la donación a forma escrita, haciéndola pública mediante su registro (*insinuatio*), procurando de este modo que el donante pueda darse cuenta de la trascendencia del acto que realiza.

El legislador italiano ha cuidado también de atenuar el peligro que la donación entraña, sujetándole a una disciplina que tiende a que la atribución patrimonial sea bien meditada antes por el donante y a evitar que por procurar un beneficio al donatario no se cause un daño irreparable al donante. A esto se encaminan las normas relativas a la capacidad de donar y de recibir donaciones y las concernientes a la forma en que la voluntad debe manifestarse para que resulte eficaz. Al mismo principio de la irrevocabilidad se establecen limitaciones, admitiéndose que pueda la donación reducirse y aun revocarse por la superveniencia de determinadas causas.

a) *Capacidad de las partes*.—El criterio seguido por el Códice *quasi creditam accipias constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus*. Son conocidas las discusiones a que ha dado lugar el contraste de ambos pasajes.

digo civil al regular la capacidad del donante y del donatario revela el nexo que aún hoy une a las donaciones y los testamentos; la ley se refiere para aquéllas a las normas dadas para éstos, disponiendo (art. 1.052) que no puede donar quien no puede hacer testamento (art. 763), y no puede recibir por donación (artículo 1.053) quien no puede recibir por testamento. Pero como la donación implica que el donante se prive actualmente de ciertos bienes, son mayores las restricciones impuestas al mismo; no basta, como en el testamento, la edad de diez y ocho años, sino que precisa la de veintiuno, sin que baste tampoco a tal efecto la emancipación; no son capaces para hacer donaciones: el interdicto, el inhabilitado, desde el día en que fué promovido el juicio de inhabilitación (art. 1.052, párr. 1.º), salvo en ambos casos los preceptos especiales referentes al contrato de matrimonio (artículos 1.386, 1.387). Menos rigurosas son las disposiciones relativas al donatario (1). Ahora bien, puesto que la aceptación perfecciona el contrato y obliga al donante (artículo 1.057), será necesario en el caso del donatario que no tenga capacidad para emitir la oportuna declaración la intervención de las personas que tienen potestad sobre él o que lo representan. La donación hecha al menor no emancipado o al interdicto debe ser aceptada por el padre, por el tutor y aun por la madre, viviendo el padre, y por los demás ascendientes viviendo los padres, siempre que preceda autorización del Tribunal; para los concebidos y no nacidos de determinada persona valdrá la aceptación del padre, de la madre, del abuelo o de otro cualquiera de los ascendientes; por el menor emancipado o para el mayor inhabilitado deberá intervenir el curador (art. 1.059); en orden a las donaciones hechas a las personas morales, precisa la previa autorización del Gobierno (art. 1.060), En los demás casos, la aceptación, si el donatario es mayor de edad, debe ser dada por él, o en su nombre por persona provista de poder consignado en

(1) No hay incapacidad en los casos de donación hecha a alguno de los entes eclesiásticos suprimidos por las leyes italianas como las corporaciones religiosas, y sí inexistencia jurídica de una persona: La donación hecha a uno de éstos entes que no tienen ni pueden tener personalidad, no es posible.

documento auténtico y que conceda la facultad de aceptar la donación que le ha sido hecha o la facultad de aceptar donaciones en general (art. 1.058). Una tal facultad general no es válida para donar; el carácter espontáneo que la liberalidad tiene y la ponderación que la ley exige para este acto requieren que quien desee donar mediante mandatario determine en el mandato el objeto de la donación y la persona del donatario (1).

El Código ha ratificado, en orden a las donaciones entre cónyuges, el principio romano: toda donación que los mismos se hagan durante el matrimonio resulta prohibida y nula (artículo 1.054), y el móvil que inspiró esta prohibición es el mismo señalado por los jurisconsultos romanos: *ne mutuo amore invicem spoliarentur donatiombus; ne concordia pretio conciliari viderentur* (frs. 1 y 3, pr. D. 24. 1). Tampoco valen hoy las limitaciones con que desde antiguo se templó aquella aspereza, quizá excesiva, de la prohibición; cualquiera liberalidad que no sea hecha por acto de última voluntad y realizada según las formas del testamento, es prohibida (2).

b) *Forma y objeto.*—Objeto de la donación puede ser no solamente una cosa corporal mueble o inmueble, sino también la constitución de un crédito, la liberación de una deuda, la renuncia a un derecho ya adquirido, y, más generalmente, la transmisión de un derecho patrimonial no accesorio. También un conjunto de bienes y hasta un patrimonio íntegro o una cuota parte del mismo puede ser objeto de donación (*donación uni-*

(1) Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 680 y los autores allí citados. No falta el requisito de la determinación de la persona en el mandato para donar en favor de persona que haya de designar el mandatario de entre ciertos individuos o entidades indicados por el mandante; hay aquí una determinación relativa, es decir, una determinabilidad entre varios donatarios alternativamente designados; ello basta para dar validez al acto. Scialoja, *Mandato a donare cui voles* (*Foro it.*, 1887, I, páginas 525 y siguientes; 1888, I, pág. 782).

(2) Pero se debe tratar de donaciones propias y verdaderas: no son nulas porque no son tales los desprendimientos del marido en favor de a mujer (vestidos, joyas) que figuran entre los gastos que legalmente (artículo 133) está obligado a hacer. Fadda en *Ann. crit. di giur. pr.*, II, página 527 y Ascoli en Baudry-Lacantinerie, *Donaz.*, II, p. XL.

versal). Sin embargo, no es el patrimonio en sí y por sí como *universitas*, con todos sus elementos activos y pasivos, lo que se transmite, precisa una designación detallada de los bienes y derechos en forma que el traspaso se opere como una serie de donaciones que tengan por objeto cada uno de los bienes comprendidos en el patrimonio. La donación de éste no produce jamás el efecto de una sucesión universal, y ello implica que no pueden transmitirse al donatario los elementos pasivos del patrimonio si no se emplean las formas propias de la asunción y no interviene el consentimiento de los acreedores. Por otro lado, la actualidad de la privación y la irrevocabilidad de la atribución patrimonial excluyen que puedan constituir objeto propio de la donación los bienes futuros: la donación que comprende tales bienes es nula con relación a los mismos (art. 1.064).

El requisito de una forma rigurosa y solemne aproxima también la donación al testamento; la forma exigida es la de documento público (art. 1.056), es decir, de documento autorizado por un Notario o por un funcionario público que sea depositario de la fe pública (art. 1.315). Y la sanción de la norma—que se aplica, naturalmente, lo mismo a la declaración del donante que a la aceptación del donatario (a quien nada se opone a que la emita posteriormente, art. 1.057)—, es la nulidad de la donación, nulidad que puede hacerse valer por el donante mismo o por sus acreedores y herederos. Respectivamente a la exigencia de documento público no hay diferencia alguna entre donación mobiliaria e inmobiliaria; sólo la hay en cuanto a la obligación que en la mobiliaria se impone de especificar las cosas muebles donadas, indicando su valor en el documento que acredita la donación o bien en nota separada, firmada por las partes y por el Notario y unida al documento que acredita el contrato (artículo 1.070).

Pero a este requisito del documento público se sustraen no sólo las donaciones indirectas (1), sino también aquellas cuyos

(1) ¿También aquéllas simuladas bajo forma de contrato oneroso? Cuestión vivamente debatida: Ascoli, *Donazione*, pág. 394 y en Baudry-Lacantinerie, *Donaz.*, II, p. XXIV; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 687 y siguientes.

objetos son cosas muebles de valor módico, las cuales se perfeccionan mediante la tradición. Son éstos los llamados *donativos*, comprensivos no solamente de los regalos usuales, sino también de las liberalidades de escasa importancia económica, para los cuales sería absurdo exigir la forma solemne del documento público. No es correcto afirmar, como hacen algunos, que la exigencia del documento público no se dé aquí a consecuencia del principio consignado en el art. 707, en cuanto que, perfeccionándose la donación con la entrega de la cosa, se considere al donatario como titular, por efecto de la posesión obtenida; prescindiendo de otras consideraciones, basta decir que, según esto, se eximirían de la necesidad del documento público todas las donaciones reales mobiliarias. Lo cierto es que la tradición histórica y la costumbre son las únicas causas que justifican y explican tal exención; no es usual ni práctico para regalos ocasionales y donativos de escasa importancia económica recurrir al Notario y otorgar una escritura. Si el Código no establece de un modo expreso la exención, ésta se deduce de los trabajos preparatorios de aquél; descartado el sistema de fijar en una suma determinada (por ejemplo, de 500 liras), el límite máximo, se creyó oportuno confiar a la libre y prudente apreciación del Juez el decidir en cada caso si la liberalidad con relación a un patrimonio determinado era módica o excesiva (1).

c) *Efectos*.—Dada la diversidad de medios con que el donante puede realizar los fines de beneficencia, la donación no produce siempre idénticos efectos. Precisa distinguir si se trata de donación real o simplemente obligatoria o liberatoria. Pero, en todo caso, lo cierto es que de la donación surgen obligacio-

(1) Véase Ascoli, *Donazione* páginas 374 y siguientes y en Baudry, II, p. XXV y siguientes; Bonfante íd. p. LXX; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 685 y siguientes; Cogliolo, *I doni manuali (Scritti di dir. priv.*, II, páginas 349 y siguientes); Stolfi, *Atti di liberalità e doni manuali (Giur. it.*, 1918, IV, páginas 68 y siguientes); Ascoli, *Dono manuale fra fidanzati (Riv. dir. civ.*, 1919, páginas 572 y siguientes); *Foro it.* 1920, I, páginas 38 y siguientes). Para la jurisprudencia relativa a esta materia, véase además Guarneri-Citati *Esame storico-critico della giurisprudenza sui doni manuali (Riv. dir. civ.*, XI, 1919, páginas 17 y siguientes).

nes y que éstas normalmente se imponen al donante. También ocurre esto en la donación real; si se admite el principio general que declara suficiente a transferir la propiedad el nudo consentimiento, las cosas donadas son adquiridas por el donatario apenas interviene dicho consentimiento, sin que precise la tradición y el donante quede sujeto a la obligación de cumplir, es decir, a entregar la cosa, análogamente a lo establecido para la venta.

Este y los demás efectos no se producen, por lo general, sino en el momento en que la donación es perfecta, y es perfecta cuando es aceptada por el donatario (art. 1.057, párr. 1.º). La aceptación puede hacerse en el documento que acredita la donación o en otro posterior, que habrá de notificarse al donante; de esto deriva la consecuencia de que, si se notifica la aceptación después de la muerte del donante, ya no puede haber donación, porque falta la concurrencia de las dos voluntades, que es indispensable en este caso, como en los demás contratos (art. 1.057, párrafo 1.º). Por la misma razón no podrían, muerto el donatario sin haber aceptado, aceptar sus herederos (1).

Los efectos pueden ser modificados por la libre voluntad de las partes mediante adición de determinadas cláusulas o fijación de términos, condiciones o modos. Los límites dentro de los cuales son posibles estas modificaciones se fijaron ya con lo dicho: con tal que el modo no agote la liberalidad, con tal que la condición no pugne con el principio de la irrevocabilidad, con tal que el término no oculte el carácter de *donatio mortis causa*, la voluntad de las partes es libre. Pero se dan también otras limitaciones derivadas de disposiciones extrañas a la donación.

Aplicación del principio general, acogido por el Código para todos los contratos (art. 1.160), es el precepto del art. 1.065, declarando ser nula la donación, sujeta a condiciones imposibles, contrarias a la ley o a las buenas costumbres; para los testamentos (art. 849) rige, en cambio, el principio de que tales

(1) La ley reputa dignas de especial favor las donaciones hechas con ocasión de matrimonio en interés del matrimonio mismo: el art. 1.062 declara no impugnables por falta de aceptación las que se hacen por razón de un matrimonio futuro, ya sea por los esposos entre sí, ya por otras personas en favor de los esposos o de la prole futura.

condiciones se tienen por no puestas (1). También de los principios generales relativos a las condiciones deriva el que la donación hecha por razón de futuro matrimonio queda sin efecto si el matrimonio no se celebra (art. 1.068). A impedir las sustituciones fideicomisarias tiende la prohibición de hacer en las donaciones sustituciones más allá de los límites fijados en materia de testamentos (art. 1.073). Está prohibida y es por ello nula toda donación que tenga por objeto instituir o dotar beneficios simples, capellanías laicales u otras fundaciones semejantes (art. 1.075).

A. *Obligaciones del donante.*

Fundamental es la de realizar todos aquellos actos que, según el medio empleado para la donación, operen el enriquecimiento: por tanto, entregar la cosa donada, ejecutar la prestación obligatoria contraída *donandi causa*, etc.

El donante no está obligado, en cambio, a prestar garantía por la evicción ni por los vicios ocultos (art. 1.077, párr. 1.º). Ello corresponde al carácter gratuito del negocio, porque el donante dona las cosas como las posee. Sin embargo, excepcionalmente le puede ser exigida la responsabilidad por evicción: 1), cuando expresamente prometió la garantía; 2), si la evicción depende del solo o del hecho personal del donante; 3), si se trata de donación que imponga cargas al donatario, en cuyo caso la garantía es debida únicamente hasta concurrencia del importe de dichas cargas; 4), si la donación reconoce por objeto la constitución de dote (artículos 1.077 y 1.396).

B. *Obligaciones eventuales del donatario.*

Si, por regla general, el donatario no resulta obligado por el contrato (2), la donación modal le impone una obligación; está

(1) Esta última regla es aplicada por el Código francés a las donaciones (art. 900) y prueba el paralelismo existente entre donaciones y testamentos.

(2) La gratitud debida al donante no puede decirse constituya una obligación jurídica; es un deber moral que el derecho no puede sujetar a coacción sin desnaturalizarlo. Si la ley tiene en cuenta la ingratitud para revocar la donación cuando tal ingratitud concorra, ello sucede en los casos extremos de delito o de negarse a prestar alimentos; pero hay otros muchos casos de ingratitud que quedaron sin sanción.

obligado a cumplir el *modus*, o sea el gravamen impuesto en favor del donante o de un tercero. Y está obligado—cuando de las circunstancias no derive una diversa voluntad de las partes—personalmente y con todos sus bienes, es decir, incluso por mayor cantidad que la que represente la donación. Lo cual significa que el donatario no puede eludir el cumplimiento mediante abandono de los bienes que le fueron donados o mediante desistimiento unilateral.

Revocación, reducción, reversibilidad.—Carácter esencial de la donación es la irrevocabilidad. Esto expresa el antiguo proverbio *donner et retenir ne vaut*, principio éste que no puede ser violado ni siquiera indirectamente con adición de cláusulas o condiciones que estén en contradicción con el mismo. De otro modo, la donación sería nula. Lo mismo puede decirse de la donación sujeta a condición, cuyo cumplimiento depende del donante, donación ésta que debe estimarse revocable a su arbitrio (del donante) (art. 1.066); lo mismo de la contraída con el pacto, según el cual el donatario debe satisfacer otras deudas y gravámenes, a más de las existentes al tiempo de celebrarse la donación o a más de los expresamente designados al efectuarse aquélla, ya que, al poder contraer el donante nuevas obligaciones, puede, en realidad, privar al donatario de aquello que le hubiere donado (art. 1.067).

Pero una reserva especial de derechos sobre los bienes donados no está prohibida en tanto resulte tal reserva compatible con una atribución patrimonial irrevocable. El donante puede muy bien, por ejemplo, reservar en provecho propio o de otras personas posteriormente (no sucesivamente por la prohibición de las sustituciones fideicomisarias) el uso o el usufructo de los bienes donados (artículos 1.074, 1.076). Puede también reservarse la facultad de disponer de un objeto cualquiera comprendido en la donación o de una suma de dinero de lo donado; cierto que semejante cláusula no anula toda la liberalidad; implica, sí, que ésta se reduzca, efectivamente, a los bienes restantes al remanente. De este modo, el objeto o la suma reservada pertenecen a la persona en favor de la que el donante dispuso y si muere sin

haber dispuesto en favor de los herederos del donante (artículo 1.069). Puede también estipularse por el donante y el donatario el *pacto de reversión* de los bienes donados en caso de premo-riencia del donatario o de éste y sus descendientes; verificándose la condición prevista (que sólo puede ser deducida en beneficio del donante), los bienes vuelven a éste libres, exentos de todo gravamen, porque el derecho de reversión resuelve todas las enajenaciones efectuadas por el donatario (artículos 1.071, 1.072). Pero ni siquiera aquí hay nada que contraste con la irrevocabilidad o que constituya excepción, pues la reversibilidad no es un caso de revocación que dependa del mero arbitrio del donante (1).

Excepciones al principio de la irrevocabilidad se dan, en cambio, en los casos expresamente previstos en la ley. Y éstos son tres: incumplimiento de las cargas por el donatario en la donación modal o *cum onere*, ingratitud y superveniencia de hijos (artículos 1.078, 1.080).

Un cuarto caso que el Código acoge bajo el concepto de revocación—el cumplimiento de la condición resolutoria a que se sujeta la ineficacia de la donación (artículos 1.078, 1.079)—, en realidad no constituye revocación, porque lo que se produce en este caso es una resolución, como ocurre en cualquier negocio sujeto a condición resolutoria, y una resolución *ipso iure*, con efecto retroactivo y eficaz frente a terceros; la revocación se opera únicamente a instancia del interesado, y no perjudica los derechos adquiridos por los terceros.

α) *Por incumplimiento de cargas* impuestas al donatario puede el donante (si no prefiere accionar ejecutivamente) deducir demanda de revocación; el efecto será el de readquirir los bienes sin perjuicio de los terceros que hayan adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad a la transcripción de la demanda (art. 1.080).

β) No ha lugar a la revocación por *ingratitud* con motivo de

(1) Sobre la reversibilidad véase Apicella, *La reversibilità degli effetti donati*, Milán, 1900; Granito, *Riversibilità delle donazioni a norma degli*, artículos 1.771, 1.772 del Código civil, Roma, 1907.

un acto cualquiera que revele falta de agradecimiento en el donatario; se requieren hechos concretos, gravísimos, limitativamente determinados por la ley; que el donatario haya atentado contra la vida del donante o que se haya hecho culpable de otro delito cualquiera respecto a él, como sevicia, injurias graves, o que le niegue indebidamente alimentos (art. 1.081). La demanda por revocación sólo puede deducirse dentro de un breve término: un año, a contar desde el día en que el hecho se consumó, o desde aquel en que el donante tuvo noticia del hecho (art. 1.082); es de carácter estrictamente personal, activa o pasivamente, sin que pueda deducirse por el donante contra los herederos del donatario, ni por los herederos del donante contra el donatario, a no ser que en este último caso el donante hubiere promovido la acción o hubiere fallecido dentro del año siguiente a la consumación del hecho, revelador de ingratitud (art. 1.082, párr. 1.º). No están sujetas a tal revocación las donaciones remuneratorias, como las que se hagan en consideración a determinado matrimonio (art. 1.087). La revocación por ingratitud no perjudica tampoco a los terceros que hubieren adquirido derechos en los inmuebles anteriormente a la transcripción de la demanda (artículo 1.088).

γ) La revocación por *superveniencia de hijos* se basa en el supuesto de que el donante no hubiera dispuesto en favor de extraños si al tiempo de la donación hubiese tenido descendientes. Es, pues, otorgada tal revocación al donante que, al tiempo de hacer la donación, no tenía hijos o descendientes legítimos vivos, cuando le sobrevenga un hijo legítimo, aunque sea póstumo, con tal que nazca vivo y viable, o un hijo natural que legitime por subsiguiente matrimonio (art. 1.083) (1).

No se aplica aquí el principio romano *conceptus pro nato ha-*

(1) Corvinelli, *La revocazione della donazione per sopravvenienza di figli legittimi* (Riv. dir. civ., VI, números 729 y siguientes); Talassano, *Sulla revoca delle don. per sopravv. etc.* (Filang. 1911, páginas 678 y siguientes), y para el caso especial de que la donación sea hecha a un hijo natural y luego sobrevenga al donante un hijo legítimo; Guacci, *Un'interessante controversia sull. art. 1.083 del Código civil* (Riv. dir. civ., II, 1911, páginas 85 y siguientes. Contra éste Ascoli, ib. pág. 121.

betur, y no impide el ejercicio de la acción de revocación el hecho de que el hijo hubiese sido concebido al tiempo de efectuarse la donación (art. 1.085); si se aplicase, pugnaría con la limitación que le es inherente, ya que no se obraría en provecho del hijo. La ley quiere a toda costa el provecho del hijo, tanto, que prohíbe cualquiera cláusula o convención con que el donante renuncie al derecho de revocar la donación por superveniencia de hijos (art. 1.084). Pero tampoco esta especie de revocación opera *ipso iure*; precisa que sea demandada, y puede demandarla el donante, sus hijos (o representantes); pero no puede demandarse, en cambio, después de la muerte de los hijos y de sus descendientes, y prescribe por el transcurso de cinco años, a contar desde el nacimiento del último (art. 1.090). Como las precedentes, esta revocación no perjudica a los derechos adquiridos por los terceros sobre los inmuebles con anterioridad a la transcripción de la demanda (art. 1.088); y como para el caso de ingratitud, también en el de superveniencia de hijos quedan exentas de revocación las donaciones remuneratorias y las hechas en consideración a determinado matrimonio (art. 1.087).

Otra limitación a la libre facultad de disponer de los propios bienes por donación representan las normas que *reducen* las liberaciones, siempre que éstas excedan de la medida en que, según las normas legales sucesorias, se puede disponer por testamento. Cuando se tengan legitimarios, y la donación, al tiempo de morir el donante, exceda de la porción de que éste puede disponer libremente, pueden los citados legitimarios pedir su reducción, cualquiera que sea el carácter de la donación y a pesar de la renuncia hecha por aquéllos (artículos 1.091, 1.092). Si se hacen varias donaciones sucesivas, es evidente que, para que quede a salvo la intangibilidad de la legítima, se debe operar la reducción, siguiendo el orden inverso al que se siguió para hacer las donaciones, esto es, comenzar por la última, continuando por las precedentes (art. 1.093).

La acción de reducción determina la vuelta de los inmuebles donados, libres de cargas (art. 1.095) a la masa; dicha acción puede ejercitarse también contra los terceros, detentadores de los

inmuebles, siempre previa excusión en los bienes del donatario (artículo 1.096) (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Regula nuestro Código civil la donación entre los modos de adquirir la propiedad, en el libro III, título II, tratando seguidamente de las sucesiones como su modelo el Código francés. A pesar de ello y de llamarla acto (artículos 618 y 1.056 del Código civil italiano), error en que inciden por igual causa, ambos Códigos, no pueden, ni uno ni otro, desconocer la naturaleza contractual de las donaciones que han de producir sus efectos intervivos—las *mortis causa* se rigen por las normas de sucesión—ya que en ambos es requisito esencial la aceptación para que produzcan efectos (artículos 1.098 del Código civil italiano y 618 y 629 del Código civil español) y su régimen supletorio es, según el Código civil español (art. 621) el de los contratos y obligaciones en cuanto no se oponga a lo determinado en el título que a su regulación dedica.

Definida en art. 618 (Código civil español) como el «acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta», se observa de la comparación de este artículo con su concordante del Código italiano (1.050) el mayor acierto de éste al definirla, por significar con mayor justeza de expresión las características de la donación: despojo actual e irrevocabilidad.

La definición del Código español hay que completarla con el art. 619 (1.051 del Código civil italiano), que dice es también donación «la que se hace a una persona por sus méritos, o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior a lo donado».

Este artículo determina una base de clasificación de donaciones en remuneratorias y onerosas, así como de los 620 y 621 deriva la de *intervivos* y *mortis causa*.

Capacidad para donar y aceptar donaciones.—Así como el Código italiano (artículos 1.052 y 1.053) remite a los testamentos en cuanto a capacidad para hacer y recibir donaciones, el nuestro, más conforme a la doctrina moderna, se refiere a lo dispuesto sobre contratos (art. 624), en cuanto a capacidad para donar exigiendo también la libre disposición de los bienes. Para aceptar donaciones tienen capacidad todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello, estándolo: los que no pueden contratar sin intervención de sus legítimos representantes, respecto a donaciones onerosas (art. 626 del Código civil español) y los enumerados en el art. 745, así como las personas inhábiles (véanse artículos 1.334, 1.335 y regla 2.^a del art. 50 del Código civil español). Todas las donaciones hechas a estas personas son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato por persona interpuesta (artículos 628 del Código civil español y 1.058 del Código civil italiano).

Objeto de la donación.—Tan vario como pueden ser las liberalidades es posible que alcance a la totalidad de los bienes presentes de que el que la hace, con tal de que el donante se reserve lo suficiente, en usufructo o propiedad «para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias (art. 634 del Código civil español)». No establece tal limitación el Código italiano (art. 1.064), en las donaciones de la totalidad de un patrimonio. Y ambos (artículos 1.064 del Código civil italiano y 635 del Código civil español) prohíben las donaciones de bienes futuros.

Forma de las donaciones. — Exige el Código civil italiano, como regla general la escritura pública, salvo en donaciones de muebles de poco valor (artículos 1.056-1.057 y 1.070). En nuestro Código (artículos 632 y 633) puede hacerse la donación si es de muebles verbalmente, seguida de la tradición o por escrito, constando también así la aceptación; si es de inmuebles ha de hacerse por escritura pública, individualizando los bienes donados y el valor de las cargas (se refiere a las reales, según Resolución de la Dirección general de los Registros de 3 de Diciembre de 1892) que ha de satisfacer el donatario constando también en la escritura misma, o en otra, la aceptación, no surtiendo efecto la donación si no se acepta en vida del donante o no se notifica auténticamente, anotándose en ambas escrituras esta diligencia.

Efectos de la donación. — Nacen de la perfección del contrato, la que tiene lugar desde que el donante conoce la aceptación (artículos 623 del Código civil español y 1.057, § 1.º del Código civil italiano). De este artículo difiere el 629 del Código civil español, que dice que la donación no obliga ni produce efecto sino desde la aceptación, pero los tratadistas en este conflicto se inclinan por el art. 623, que con mayor especialidad fija el momento de perfección del contrato y está más acorde con la doctrina general de la contratación.

Todos los efectos se refieren a la transmisión, al patrimonio del donatario de la cosa donada.

Afecta al donante en cuanto tiene que verificar la entrega de la cosa, respondiendo de los vicios ocultos cuando la donación fuese onerosa (artículo 638 del Código civil español, responsabilidad que en ningún caso se da en el derecho italiano (art. 1.077 del Código civil italiano).

El donatario sólo tiene que cumplir las condiciones cargas que le hayan sido impuestas pudiendo ser revocada la donación, si no las cumple (art. 647 del Código civil español). Siendo varios los donatarios a quienes conjuntamente se dona, se entenderá hecha la donación por partes iguales, y sin derecho a acrecer, salvo que el donante disponga otra cosa o fuera hecha a marido y mujer, en cuyo caso habrá derecho a acrecer, si no dispusiese lo contrario el donante (art. 637 del Código civil español).

Limitaciones. — Además de las derivadas de los preceptos citados al tratar del objeto de las donaciones, hay otras de carácter general como la del art. 636, que prohíbe dar o recibir por donación más de lo que se puede dar o recibir por testamento.

De origen convencional son las relativas a la reserva de la facultad de disponer de algunos bienes o de una cantidad a cargo de ellos, el donante (artículos 639 del Código civil español y 1.069 del Código civil italiano). Las derivadas de las sustituciones testamentarias, en casos de donación de la propiedad a una persona y el usufructo a otra o de establecer la reversión de los bienes al donante o en favor de otras personas (artículos 640 y 641 del Código civil español y 1.074, 1.071 y 1.072 del Código civil italiano) y los que tienen como fundamento la obligación de satisfacer las deudas del donante, las cuales son solamente las anteriores al momento de la donación, tanto si ésta se hizo en fraude de acreedores como si se pactó válidamente la obligación sin expresar las deudas que el donatario había de satisfacer (artículos 643 — 1.067 del Código civil italiano — y 642 del Código civil español).

Causas por las que se opera el término de la donación. — La donación — aun sin existir en nuestro Código un concordante expreso del artículo 1.066 del Código civil italiano que declara nulas las donaciones revocables al arbitrio del donante — es irrevocable por su naturaleza, como to-

dos los contratos cuyo cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 del Código civil español). Sin embargo, por reversión de la que nos hemos ocupado al hablar de las limitaciones, por reducción y por revocación, en los casos excepcionales que fije la ley, pueden dejar de surtir efectos las donaciones.

a) *Reducción*.—Derivada del principio sentado en el art. 336 del Código civil español «nadie puede dar ni recibir por donación más de lo que puede dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en lo que exceda de esta medida»; está regida la reducción de donaciones por las siguientes reglas: Que no puede pedirse la reducción hasta después de la muerte del donante, siendo irrenunciable la acción para pedirla en vida de éste, y teniendo derecho a ejercitarla los legitimarios, los que tengan derecho a una parte alícuota de la herencia y sus herederos y causahabientes. Siendo varias las donaciones se comenzarán a reducir por las más modernas, y el donatario, que hace suyos los frutos, sólo estará obligado a devolver los percibidos desde la interposición de la demanda (artículos 654 a 656 y 651 del Código civil español y 1.091 a 1.093 del Código civil italiano).

b) *Revocación*.—Tres son las causas que pueden originarla:

1.^a Incumplimiento de cargas (artículos 647 del Código civil español y 1.080 del Código civil italiano), en el que los bienes donados vuelven al donante con los frutos percibidos después de dejar de cumplir las condiciones, anulándose las enajenaciones y cargas impuestas por el donatario, salvo lo dispuesto en la ley Hipotecaria respecto a terceros

2.^a Ingratitud originada por hechos concretos, enumerados en los artículos 548 del Código civil español y 1.081 del Código civil italiano (los que se diferencian en incluir aquél, el imputar al donante la comisión de un delito de los que dan lugar a procedimientos de oficio). La acción para pedir la revocación por esta causa prescribe al año (artículos 652 del Código civil español y 1.082 del Código civil italiano), es personalísima del donante frente al donatario (artículos 653 del Código civil español y 1.082, § 1.º del Código civil italiano) e irrenunciable (art. 652 del Código civil español). Si hay lugar a la revocación por esta causa ha de devolver el donatario los bienes o su valor (art. 650 del Código civil español) y los frutos desde la interposición de la demanda (art. 651 del Código civil español), siendo válidas las enajenaciones y los gravámenes impuestos antes de la interposición de la demanda (artículos 649 del Código civil español y 1.088 del Código civil italiano) y los posteriores nulos (art. 649 del Código civil español).

3.^a Superveniencia o supervivencia de hijos. El Código civil español regula conjuntamente esta doble causa de revocación mientras que el italiano sólo trata el caso de superveniencia (artículos 644 del Código civil español y 1.083 del Código civil italiano), diferenciándose también en que así como el nacimiento de hijos legítimos o legitimados es causa en ambos de revocación, el Código civil italiano no incluye el nacimiento de hijo natural reconocido que el Código civil español admite. La acción originada de esta causa es irrenunciable (artículos 1.084 del Código civil italiano y 646 del Código civil español), transmisible (art. 644 del Código civil español) y prescribe a los cinco años del hecho que determina su nacimiento (artículos 1.090 del Código civil italiano y 646 del Código civil español). Los efectos de la revocación son idénticos, en cuanto a la devolución de bienes y sus frutos, a los de revocación por ingratitud salvo la facultad que al donante se confiere, de liberar los bienes de la hipoteca que al donatario impuso, a cargo de éste (art. 645 § 2.º del Código civil español).