

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TESIS DE GRADO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

TEMA:

“El error conceptual acerca de la donación entre cónyuges en el ámbito de los negocios jurídicos que se celebran en la ciudad de Quito”

AUTOR

Carlos Noboa

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Fernando García

QUITO – ECUADOR

AÑO 2012

Yo, Carlos David Noboa Cajas declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional, y que se ha consultado la bibliografía detallada.

Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, sin restricción de ningún género o especial.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Carlos David Noboa Cajas', written over a horizontal line.

Firma

172137557-5

Yo, Jaime Fernando García Gaibor certifico que conozco al autor del presente trabajo, siendo responsable exclusivo tanto de su originalidad, autenticidad, como de su contenido.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Jaime Fernando García Gaibor', written over a horizontal line.

Firma

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I	10
1. ESTRUCTURA JURÍDICA	10
1.1. CONSIDERACIONES GENERALES:	10
1.1.1. Acto, negocio y contrato.	10
1.1.2. Donaciones irrevocables y revocables.	12
1.2. NATURALEZA Y DEFINICIÓN	15
1.2.1. LIBERALIDAD.	19
1.2.2. LA GRATUIDAD.	20
1.2.3. PRODUCCIÓN DE EFECTOS JURÍDICOS ENTRE VIVOS Y POR CAUSA DE MUERTE.	20
1.2.4. LA REVOCABILIDAD QUE OPERA EN VIRTUD DE LA LEY.	22
1.3. ELEMENTOS DE LA DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES	22
1.3.1. VOLUNTAD Y CONSENTIMIENTO.	22
1.3.1.1. Aceptación de la asignación	24
1.3.1.2. Vicios de la voluntad	27
1.3.1.2.1. El Error	27
1.3.1.2.1.1. Error de Derecho	29
1.3.1.2.1.2. Error de Hecho	30
1.3.1.2.2. Fuerza	31
1.3.1.2.3. Dolo	34
1.3.1.2.3.1. Elementos del dolo	35
1.3.1.2.3.2. Modalidades del dolo	35
1.3.1.2.3.2.1. Dolo bueno	35
1.3.1.2.3.2.2. Dolo malo	36
1.3.2. CAPACIDAD	37
1.3.2.1. Capacidad del cónyuge donante	38
1.3.2.1.1. Incapacidad para otorgar donaciones entre cónyuges en la forma de testamento.	38
1.3.2.1.1.1. Menor de dieciocho años.	39
1.3.2.1.1.2. Personas privadas actualmente de su cabal juicio.	40
1.3.2.1.1.3. Interdicción por causa de demencia.	41
1.3.2.1.1.4. Persona que no puede expresar su voluntad claramente.	42
1.3.2.1.2. Incapacidad para celebrar donaciones entre cónyuges en la forma de donaciones entre vivos.	44
1.3.2.1.2.1. Nulidad Absoluta	44
1.3.2.1.2.1.1. Incapacidad del demente.	45
1.3.2.1.2.1.2. Incapacidad del impúber.	46
1.3.2.1.2.1.3. Incapacidad del sordomudo que no puede darse a entender por escrito.	46
1.3.2.1.2.2. Nulidad Relativa	48

1.3.2.1.2.2.1. Menor adulto	48
1.3.2.1.2.2.2. Personas en interdicción de administrar sus bienes.	49
1.3.2.2. Capacidad del cónyuge donatario	49
1.3.2.2.1. Capacidad para suceder.	51
1.3.2.2.1.1. Incapacidad del cónyuge adoctrinante y confesor.	52
1.3.2.2.1.2. Capacidad del cónyuge notario que autoriza el testamento	53
1.3.2.2.2. Indignidades	54
1.3.2.2.2.1. Causas de Indignidad	54
1.3.2.2.2.1.1. Homicidio en la persona del difunto	55
1.3.2.2.2.1.2. El atentar contra la vida, honor o bienes del causante	56
1.3.2.2.2.1.3. El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria, o le impidió testar	56
1.3.2.2.2.1.4. El que ha detenido u ocultado, de forma dolosa, el testamento	57
1.3.2.2.2.1.5. No denunciar el homicidio cometido en la persona del causante	58
1.3.2.2.2.1.6. Causa ilegítima de excusa	58
1.3.2.2.2.1.7. Promesa de pasar los bienes del causante a un incapaz para suceder	59
1.3.3. OBJETO DE LAS DONACIONES ENTRE CÓNYUGES.	60
1.3.4. LA CAUSA DE LA DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES	68
1.3.5. FORMALIDADES DE LA DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES	70
1.3.5.1. Donaciones entre vivos.	70
1.3.5.1.1. Instrumento Público o Privado	71
1.3.5.1.2. Insinuación Judicial	72
1.3.5.1.3. Inscripción	74
1.3.5.1.4. Aceptación del donatario y su notificación al donante	75
1.3.5.1.5. Inventario	76
1.3.5.2. Testamento	77
1.3.5.2.1. Formalidades de la materialidad del testamento	78
1.3.5.2.1.1. Escrituración	78
1.3.5.2.1.2. Individualización del testador, testigos y funcionario	79
1.3.5.2.1.3. Lugar, fecha y hora del otorgamiento	79
1.3.5.2.1.4. Las firmas del testador, testigos y funcionario	80
1.3.5.2.2. Formalidades coetáneas al otorgamiento del testamento	80
1.3.5.2.2.1. Presencia de testigos	80
1.3.5.2.2.2. Continuidad y unidad de acto	82
1.3.5.2.2.3. Lectura	82
1.3.5.2.2.4. Protocolización	83
1.3.6. EFECTOS JURÍDICOS DE LA DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES	83
1.3.6.1. Asignaciones por causa de muerte	84
1.3.6.1.1. Legado preferente	85
1.3.6.1.2. Institución de Heredero	88
1.3.6.2. Usufructo	90
1.3.7. DISOLUCIÓN DE LA DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES	93

1.3.7.1. Caducidad	93
1.3.7.2. Revocación	93
1.3.7.2.1. Revocación expresa	94
1.3.7.2.2. Revocación tácita	95

2. TRABAS QUE ENTORPECEN LA CELEBRACIÓN DE LAS DONACIONES ENTRE CÓNYUGES **96**

2.1. CUESTIONARIOS EFECTUADOS EN LAS PERSONAS DE LOS NOTARIOS PÚBLICOS DEL CANTÓN DE QUITO	96
2.1.1. GRÁFICA 1: NÚMERO DE NOTARIOS QUE AUTORIZAN O NO DONACIONES ENTRE CÓNYUGES.	97
2.1.2. GRÁFICA 2: CAUSAS DEL ERROR CONCEPTUAL ACERCA DE LA DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES	98
2.2. ANÁLISIS DE LOS DATOS OBTENIDOS:	98
2.2.1. OBJETO ILÍCITO.	100
2.2.2. CAPITULACIONES MATRIMONIALES	105
2.2.3. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES PUEDEN SER REMPLAZADOS POR LA RENUNCIA DE GANANCIALES.	108
2.2.4. RENUENCIA POR PARTE DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DEL CANTÓN QUITO A INSCRIBIR DONACIONES ENTRE CÓNYUGES.	109
2.3. LAS ACCIONES JUDICIALES CONDUCENTES A CONMINAR AL NOTARIADO RENUENTE A LA AUTORIZACIÓN DE DONACIONES ENTRE CÓNYUGES Y EL INTERÉS SUSTANCIAL SERIO EN LA SENTENCIA DE FONDO.	110

CAPÍTULO III **113**

3. BENEFICIOS DE LA CELEBRACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO DE DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES PARA LA PRÁCTICA DEL DERECHO CIVIL. **113**

3.1. CARÁCTER ALIMENTICIO Y DE COMPENSACIÓN DE LA DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES.	113
3.2. DERECHOS QUE LE ASISTEN AL CÓNYUGE DONATARIO COMO USUFRUCTUARIO DEL OBJETO ENTREGADO.	114
3.3. ORDENACIÓN SUCESORIA	115
3.4. MODELO DE DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES	116

CAPÍTULO IV **120**

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES **120**

4.1. CONCLUSIONES (LEGE DATA)	120
4.2. RECOMENDACIONES (LEGE FERENDA)	124

INTRODUCCIÓN

El tema del presente estudio investigativo me ha interesado desde hace mucho tiempo por motivos diferentes. El principal de estos ha sido aquel que inició la búsqueda de la respuesta al primer cuestionamiento: ¿es válida la donación entre cónyuges? Y surgió cuando mi profesor de Derecho Procesal Civil aseveró con desenfado que “las donaciones entre cónyuges son nulas porque los contratos entre cónyuges están prohibidos por la Ley” (recomiendo al lector respetar a las personas por su calidad de tales y no por sus ideas; a éstas se las quiere en abstracto y sometiéndolas a cuestionamientos). Ha sido pues este acuciante deseo de erradicar lo común que resultan las imprecisiones conceptuales en la técnica jurídica y lo poco usual de la explicitación de razones del derecho conforme a la lógica jurídica, lo que ha tenido un influjo mayor en mí para animarme a realizar esta tesis de grado. Me anticipo subrayando que no pretendo solventar cuestiones tan trascendentales como las mencionadas, ni discurrir acerca del por qué existen criterios disímiles respecto de la validez de las donaciones entre cónyuges, que en último término atingen a aspectos culturales, políticos o morales, sino solamente deseo demostrar que existe un error conceptual generalizado entre los actores jurídicos respecto de la validez del negocio jurídico de marras que debe ser erradicado de su imaginario colectivo. En mi opinión, alcanzar este cometido contribuye al desarrollo de la técnica del Derecho, específicamente, del Derecho Civil y a la aplicación de sus verdades útiles que están en constante revisión y refinación. Asimismo, constituye un aporte no menor a la Ciencia del Derecho, ya que ésta debe estar encauzada por la *recta ratio*, pues solo así los fundamentos que la sustentan serán sólidos, se perpetuarán en el tiempo, y precisarán los conocimientos necesarios para la elaboración y aplicación de las normas jurídicas que le son propias.

El problema que he percibido con preocupación en mi no muy vasta pero interesada experiencia estudiantil y laboral, y que ha dado paso a la presente investigación científica, es que la donación entre cónyuges ha sido proscripta de facto, no porque sea una institución jurídica inútil, sino porque, luctuosamente, la gran mayoría de los notarios del cantón Quito han adoptado una postura renuente frente a la autorización que deben proferir a efectos de que este negocio jurídico adquiriera perfección en lo relativo a las formalidades de las que debe hallarse revestido. O lo que es lo mismo: los notarios del cantón niegan categóricamente la posibilidad de elevar a escritura pública las donaciones entre cónyuges, manifestando con acierto que es un negocio jurídico inválido, pero incurriendo en el error de considerarlo nulo. Este criterio obedece al desconocimiento conceptual del negocio sub examen y constituye un óbice para su celebración. Problema éste que nos coloca en la necesidad de precisar su estructura jurídica e indagar los criterios que contrarían su validez para desvirtuarlos, demostrando así su viabilidad de orden teórico y práctico. Son pues estos los objetivos del presente trabajo. Para alcanzarlos, debo solventar las siguientes preguntas: ¿es válida la donación entre cónyuges?, ¿los notarios autorizan donaciones entre cónyuges?, ¿el registrador de la propiedad inscribe donaciones entre cónyuges?, ¿cuáles son los argumentos esgrimidos por notarios y registrador de la propiedad acerca de la validez de las donaciones entre cónyuges?; y ¿son verdaderos o falsos dichos argumentos?

¿Por qué plantearse un estudio de tal naturaleza? Como si el hecho de encontrarnos frente a un error de ordinario no diera paso a un legítimo interés en investigar, hemos de advertir que, por causa de la relegación de la donación entre cónyuges al limbo de lo jurídico, se está coartando, entre otras cosas, el derecho que tienen los cónyuges a efectivizar, por vía de la autonomía de la voluntad, el auxilio mutuo y protección que exige la convivencia

conyugal. El bienestar de la familia se entiende desde la satisfacción personal de cada individuo, y debido al estatus quo de la dinámica económica, no se consigue la satisfacción de determinados intereses sino por intercambio de bienes y servicios. Dicho de otro modo: el patrimonio particular de cada cónyuge le sirve para procurarse dignidad. En tales circunstancias, y recordando que el cónyuge que dedica sus esfuerzos a las tareas propias del hogar común suele verse desamparado económicamente al no poder desarrollar actividades significativamente lucrativas, demostrar que los argumentos proferidos por los actores jurídico en contra de la validez de la donación entre cónyuges son falsos, importa alcanzar la revitalización de un negocio jurídico potencialmente útil para las relaciones sociales y económicas entre cónyuges. Recordemos además que de la univocidad de criterios acerca de la validez del negocio sub examen, depende la existencia material del único negocio jurídico por cuya virtud una persona puede transferir y transmitir derechos reales y personales a favor de su cónyuge, habida cuenta de lo dispuesto por el artículo 218 del Código Civil que prohíbe la contratación entre cónyuges.

Así pues, el presente estudio investigativo inicia con la explicitación de una perspectiva teórica del negocio que se trata; para tal efecto se ha preferido analizar separadamente su estructura y funcionalidad. Posteriormente, y como segunda parte, se identifican por virtud del levantamiento y reporte de datos de un cuestionario realizado a las personas de los cuarenta notarios públicos y al registrador de la propiedad del cantón Quito, las aporías mentadas y sus lamentables consecuencias con el propósito de desvirtuarlas en base a la hermenéutica y la lógica jurídica. Finalmente, se explicitan conclusiones de lege data y se proponen recomendaciones de lege ferenda que procuren solventar la interrogante: ¿cómo

es más útil entender a la donación entre cónyuges? Intentaremos en líneas siguientes discurrir sesudamente al respecto.

CAPÍTULO I

PERSPECTIVA TEÓRICA DE LA DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES

1. Estructura jurídica

1.1. Consideraciones Generales:

Para el mejor entendimiento del presente tópico, es necesario dilucidar algunos conceptos previamente. Sin que tenga valor su orden de explicitación, se explicarán a continuación, y de un modo general, los siguientes conceptos: acto, contrato, negocio, donación revocable y donación irrevocable.

1.1.1. Acto, negocio y contrato.

Primeramente, tenemos la obligación ineludible de esclarecer el uso que doy de los conceptos de acto jurídico, negocio jurídico y contrato; pues, los mismos serán utilizados en todos los capítulos del presente estudio, debido a que se pretende univocidad en cuanto a la terminología. Si se habla de negocio jurídico, solo es admisible una significación conforme a la doctrina; en cambio, si utilizamos la expresión “acto jurídico” (como suele utilizarse en la tradición sudamericana), pueden existir dudas acerca del sentido que se pretende dar, lo que obliga al lector a interpretarlo del contexto en que se utiliza. El derecho positivo no reconoce sino los términos acto y contrato; empero, los doctrinadores y

la dogmática en general aceptan el neologismo “negocio jurídico” para designar la entidad que solía denominarse “acto jurídico” en sentido restringido¹.

Pues bien, en síntesis, el acto jurídico es el género y el negocio jurídico su especie. La misma relación existe entre negocio jurídico y contrato. Es de suyo útil distinguir sus diferencias, es decir, lo que los hace continente y contenido. Justamente, las tres entidades son conductas (supuestos de hecho) que tienen como fuente una exteriorización de voluntad, y como fin, establecer relaciones jurídicas, pero esta conducta en el caso del negocio jurídico está orientada a un propósito práctico de carácter social o económico, consonante con la ley, la costumbre y la buena fe o lo que es lo mismo, dirigida hacia un fin jurídico concreto amparado por el Derecho. En el caso del contrato, tipo de negocio jurídico, la conducta por un lado, se manifiesta en forma de oferta, y por otro, de asentimiento o aceptación de la oferta, que convirtiéndose en unidad, crean el consentimiento (nota característica del negocio contractual); además, difiere de los otros en que solo tiene función creadora, mas no, modificativa o extintiva de derechos y obligaciones. Así, en oposición al concepto de negocio jurídico y como parte de los actos jurídicos existe el acto no negocial (que no tiene carácter negocial pero sí efectos jurídicos), por ejemplo, la ocupación de bienes ajenos (acto real); asimismo, en oposición al concepto de contrato y contenido dentro de los negocios jurídicos existe el negocio jurídico unilateral (en el que no hay acuerdo real y coincidente de voluntades), verbigracia, el testamento.

¹ León, Leysser, Los actos jurídicos en sentido estricto: sus bases históricas y dogmáticas, Selected Works (en línea), 2004, fecha de consulta: 08 de Julio de 2011, disponible en: http://works.bepress.com/leysser_leon/5.

Se justifica esta distinción por la precisión y facilidad con que, a partir del uso correcto de los términos antes descritos, se entienden los fenómenos no negociales que, por imperativo legal, se asimilan a la donación; además, por la oportuna flexibilidad que se otorga a los efectos jurídicos, que permite tratarlos de manera correcta según si nacen por virtud del negocio jurídico o por la ley.

Con esto, sin entrar en detalles, puedo advertir que ha quedado determinada, a efectos de esta tesis de grado, la diferencia antes mentada.

1.1.2. Donaciones irrevocables y revocables.

Son donaciones, *strictu sensu*, los negocios jurídicos que reúnen los requisitos de liberalidad, gratuidad y adquisición de un beneficio patrimonial en el donatario que lo consiente². Así, puede calificarse de donación tanto al negocio jurídico de donación en sí mismo, cuanto a los actos que, restrictivamente, se asimilan a la misma (artículo 1409 del Código Civil). El presente estudio investigativo se reduce al tratamiento del negocio jurídico de donación entre cónyuges exclusivamente.

Lo dicho acerca de las donaciones no brinda una definición de la misma, sino solamente, el marco que configura el tipo de negocio jurídico. Si lo que se pretende es definirla, resulta harto difícil, ya que animan su concepto ideas extremadamente opuestas; así, entre otras, podemos hablar de donaciones onerosas o gratuitas, directas o indirectas, consensuales o solemnes, de ejecución instantánea o de tracto sucesivo, revocables e irrevocables. Es pues,

² PUIG PEÑA, FEDERICO, Compendio de Derecho Civil Español, Ediciones Pirámide, Madrid, 1976, t.VI, pág. 16.

esta última dicotomía, aceptada generalmente por la doctrina y el derecho positivo, la que tiene mayor influjo en el presente trabajo de investigación, puesto que, la donación entre cónyuges es una especie de híbrido que comparte elementos de una y otra.

El legislador repasa la característica fundamental de las donaciones revocables en el artículo 1163 del Código Civil: “Donación revocable es la que el donante puede revocar a su arbitrio...”; además, finaliza el precepto legal creando una suerte de paralelismo entre las donaciones revocables y por causa de muerte, y entre, donaciones irrevocables e *inter vivos*. Por otra parte, en el artículo 1402 *ibídem*, da una definición de donación entre vivos: “La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta”. Lamentablemente, y como en todos los casos en que esta definición ha sido sometida a crítica, cabe decir que adolece de un error ínsito en la misma: se confunde el concepto de contrato unilateral con el de acto jurídico³. Esto se hace ostensible de su sola lectura, pues, si el donatario debe aceptar la transferencia de dominio a su favor, se deduce lógicamente que lo que debe hacer es consentir en la misma; por lo tanto, deberíamos hablar de contrato, y no, de acto jurídico.

Pues bien, estos tipos de donaciones son de factible definición; en efecto, la que trae el artículo mentado, de la donación entre vivos, es aceptable pero con la salvedad antes expuesta; y, podría decirse de la donación revocable que es el acto jurídico unilateral, en

³ El acto jurídico es el género y el contrato la especie. Ahora bien, no se puede equiparar al contrato unilateral con el acto jurídico, ya que su diferencia estriba en que, en el primero, existe un acuerdo real y coincidente de voluntades destinado a crear obligaciones, que en el caso de los unilaterales, las asume una sola parte contratante y, en el segundo (acto jurídico), no hay acuerdo, sino solamente, la manifestación de voluntad o voluntades, orientada u orientadas a un mismo propósito, esto es, la creación de derechos y obligaciones.

virtud del cual, una persona da a otra, gratuitamente, la totalidad o parte de sus bienes, conservando la facultad de revocarlo mientras viva. Por consiguiente, las donaciones irrevocables son *per se* un contrato y no pueden disolverse por la sola voluntad del donante; y las donaciones revocables son, en sustancia, actos de última voluntad, como lo asevera Somarriva son “verdaderos testamentos”⁴, consecuentemente, se encuentran ubicados, atendiendo a la dogmática, entre las asignaciones testamentarias. De manera que las donaciones revocables carecen de sentido práctico ya que podrían ser reemplazadas, *inter vivos*, por las donaciones irrevocables, y *mortis causa*, por legados o actos de institución de heredero que requieren la forma del testamento, dependiendo de si la voluntad del que quiere favorecer gratuitamente se hace perfecta al celebrarse el contrato o por el advenimiento de su muerte.⁵ Pero en el tipo negocial que se analiza con oportunidad de esta tesis de grado, la donación revocable adquiere trascendencia incuestionable; pues, como efecto *ex lege*, no puede ser reemplazada *inter vivos* por la donación irrevocable; además, en virtud del complejo de efectos jurídicos que la caracterizan, difiere en cuanto a su causa de los negocios jurídicos que únicamente producen efectos *post mortem*⁶.

Ahora bien, la donación entre cónyuges, debido a la heterogeneidad de sus elementos, se halla entre uno y otro tipo de la dicotomía antes señalada; dándole así complejidad tal que se traduce, las más de las veces, en malogramientos del instituto; más aún, si las normas jurídicas que la regulan son de interpretación árida. En suma, lo dicho nos impele a

⁴ Somarriva, Manuel, Derecho Sucesorio, 5ta edición, versión de René Abelulik, editorial jurídica chilena, Santiago, 1996, pag.255

⁵ Somarriva, Manuel, Derecho Sucesorio, 5ta edición, versión de René Abelulik, editorial jurídica chilena, Santiago, 1996, pag.300

⁶ Véase *infra* (causa de la donación entre cónyuges).

trastocar la percepción que se tiene de su noción: trataremos de dar un enfoque remozado de su estructura y funcionalidad.

1.2. Naturaleza y definición

En orden a ensayar una definición de donación entre cónyuges, debemos realizar un ejercicio de interpretación jurídica cuyo objeto será alcanzar el sentido del inciso último de la disposición del artículo 1165 del Código Civil:

“**Artículo 1165:** Son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos.

Son nulas asimismo las donaciones entre personas que no pueden recibir una de otra, asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos.

Sin embargo, las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables.”

Se colige del tenor literal del precepto normativo que, a todas luces, tiene carácter imperativo, que regula la capacidad requerida para celebrar donaciones revocables y que su inobservancia se sanciona con nulidad. En otras palabras: manda aplicar las normas jurídicas que regulan los testamentos y las donaciones entre vivos, relativas a la capacidad, tanto de sujeto activo cuanto de sujeto pasivo, para conocer quiénes son incapaces⁷ de celebrar donaciones revocables. Si bien lo dicho es aplicable a los dos primeros incisos, lo que interesa sobremanera, al ser objeto del presente ejercicio, es el último de aquellos; así, cabe señalar, respetando el elemento sistemático⁸, que el artículo 218 *ibídem* prohíbe la contratación entre cónyuges sobre contratos que no sean los de mandato, administración de

⁷ (a). La capacidad es la regla general y la incapacidad la excepción.

(a) *Canosa Torrado, Fernando, Las nulidades en el Derecho civil, 2da Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2009, pág. 251*

⁸ Vodanovic, respecto del elemento sistemático de interpretación legal, dice que “se basa en la interna conexión que enlaza a todas las instituciones jurídicas y normas en una gran unidad; esta conexión, como la histórica, ha estado viva en la mente del legislador, y sólo podemos conocer en forma perfecta su pensamiento si llegamos a ver con claridad la relación entre la ley y el conjunto del sistema legal...”

la sociedad conyugal y las capitulaciones matrimoniales; asimismo, el artículo 691 *ibídem*, al tratar sobre los títulos suficientes (traslaticios de dominio) como causa de la tradición, dispone que: "...Se requiere, además, que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así, el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges". *A priori*, lo que podría deducirse es que, al adolecer de objeto ilícito (artículo 218 del Código Civil), el contrato de donación entre cónyuges no puede ser causa de la cual derive la obligación de efectuar la tradición, ya que no produciría efecto jurídico alguno, por ser un contrato que adolece de nulidad absoluta. Con todo esto, podría concluirse que la donación entre cónyuges es ilícita y consecuentemente ineficaz⁹. *A posteriori*, y conociendo lo dispuesto por el inciso final del artículo sometido a interpretación, a saber: "... Sin embargo [contrariamente a lo preceptuado por las reglas a las que se remiten los incisos precedentes], las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables."

⁹ Sin perjuicio de que en el capítulo II de esta tesis de grado se trate específicamente sobre este asunto, y a manera de ejemplo, traemos a colación el siguiente fallo del más alto tribunal de justicia del Ecuador, en el que en su parte pertinente se puede hacer ostensible el error sobre la noción de las donaciones entre cónyuges: "(...)SEXTA.- Antes de continuar, y para un mejor (sic) inteligenciamiento de lo que parece haber sido olvidado por las partes, procede el examen, somero desde luego, de ciertas cuestiones jurídicas que contribuirán indudablemente al esclarecimiento del asunto; a) conforme al Art. 237 del Código Civil, vigente a la fecha de la donación que se impugna, los cónyuges no podían celebrar otro contrato que no sea el del mandato, por lo que, el de donación entre vivos o irrevocable no era de factible realización entre ellos, pero como expresa la casación española que encuadra muy bien en la nuestra, por semejantes en el fondo los textos legales en que se informan constante en el Diccionario Índice de Jurisprudencia Civil, 1947-1956, publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1958: "La naturaleza de los contratos no se altera por la denominación que los contratantes han estimado oportunamente atribuirles, sino que depende del contenido de las estipulaciones integrantes de los mismos ..." (No. 52, Pág. 890. S. 15 febrero 1951). ... SEPTIMA.- Reformando la cuestión controvertida, sea que la donación efectuada por Gustavo Guillermo Terán Albán a favor de su esposa señora Libia Beatriz Del Pozo Lagos se le tenga por donación entre vivos o irrevocable y, por consiguiente, nula; sea que se le valore como una donación por causa de muerte irrevocable y, por tanto, válida, lo cual no es influyente al asunto,(...) Fdo.) Dres. Olmedo Bermeo Idrobo, Dr. Bolívar Guerrero Armijos y Dr. Bolívar Vergara Acosta, Ministros Jueces" (b)

(b) *Fallo de la 2da Sala de lo Civil y Mercantil, de fecha 27 de abril de 1998, juicio Rosa Liliana Terán Salgado de Fernández contra Libia Beatriz del Pozo Lagos y general Luis Alfredo del Pozo Lagos. En Expediente 112, Registro Oficial 36, 29 de septiembre de 1998.*

¹⁰ Véase gráfica 1

Se infiere, entonces, que nuestro ordenamiento jurídico tutela el negocio sub examen siempre que surta efectos dominicales *post mortem*.¹¹

De este modo, y en consonancia con la *ratio legis* del artículo 218 del Código Civil, el legislador soluciona la problemática que se suscita con ocasión de la celebración de liberalidades entre cónyuges (ya que pueden dar paso a negocios fraudulentos en perjuicio de terceros); pues ningún bien sale del patrimonio del cónyuge donante sino hasta después de su muerte; además, procura la indemnidad de los estamentos del matrimonio: el influjo de sentimientos desmesurados puede dar paso a satisfacer intereses protervos de personas que utilizan al instituto referido como medio para acrecer su caudal económico.¹²

Ahora bien, la norma jurídica contenida en el artículo 1038 del Código Civil permite celebrar donaciones entre cónyuges bajo la forma de donaciones irrevocables. En este supuesto, para evitar la aparente antinomia, se debe entender que el legislador utiliza un mecanismo jurídico alternativo a la nulidad; por el cual, revaloriza objetivamente al negocio *prima facie* inválido, alterando *ipso jure* su naturaleza a fin de superar el escollo que le impide surtir efectos, y en base al fin práctico que persigue su celebración, lo convierte en un negocio jurídico *mortis causa*¹³¹⁴ (donación revocable) con todos los efecto

¹¹ Un análisis sesudo del tema se halla *infra* (Objeto Ilícito)

¹² Para mayor abundamiento del tema, véase: Corral Talciani, Hernán, *Donaciones entre cónyuges, una prohibición de más de veinte siglos*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 26 (2) 1999.

¹³ Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 290; en el mismo sentido: Corral Talciani, Hernán, Ob. Cit., Pág. 349-367

¹⁴ Díez Soto, Carlos Manuel; Galgano, Francesco, *La conversión del contrato nulo: su configuración en el derecho comparado y su admisibilidad en el derecho español*, Repositorio Digital UPCT, 2009, fecha de consulta: 16 de Agosto de 2011, disponible en: <http://hdl.handle.net/10317/796>.

jurídicos que conlleva¹⁵. En pocas palabras: la donación entre cónyuges cuyo propósito económico inicial es la transferencia de dominio entre vivos, aun y con el obstáculo de ser inválida, surte efectos como donación *mortis causa*.

Es así que, la donación entre cónyuges, cuando nace a la vida del derecho, y a pesar de la forma en la se exteriorice la voluntad (donación revocable, donación irrevocable o testamento), es un negocio jurídico de ordenación sucesoria, de condición patrimonial, por el que se lega o se instituye heredero, según si el bien o bienes donados representan una asignación singular o universal, respectivamente; que no obliga al cónyuge donante sino consigo mismo, pues, como ya se explicitó, es revocable *ex lege*; y, entendida como declaración simple de voluntad, es requisito lógico y cronológico para la tradición *inter vivos* de su objeto a favor del cónyuge donatario.¹⁶

De suerte que puede definirse a la donación entre cónyuges, atendiendo a su caracterización, como el negocio jurídico unilateral, por cuya virtud, una persona realiza una atribución patrimonial, de forma gratuita y con ánimo liberal, a favor de su cónyuge, consistente en la entrega en vida de una parte de sus bienes para que los usufructúe hasta su muerte, y en la ordenación sucesoria de esa misma parte de bienes para que se le transmita su derecho de dominio por causa de muerte; conservando *ipso iure* el poder personalísimo de revocación.¹⁷

¹⁵ Este y otros temas, relativos a la funcionalidad de la donación entre cónyuges, se estudiarán en capítulo III intitulado “beneficios de la celebración de donaciones entre cónyuges para la práctica del derecho civil”

¹⁶ Véase *infra* el subtema intitulado “Usufructo”

¹⁷ Esta definición se matiza levemente por el tratamiento jurídico especial que el legislador da a las asignaciones universales, que serán analizadas *infra* (Efectos de la donación entre cónyuges)

Evidentemente cuatro son los elementos de esta definición: la liberalidad, la gratuidad, la producción de efectos jurídicos *post mortem e inter vivos*, y la revocabilidad que opera por virtud de la ley.

1.2.1. Liberalidad.

Sin lugar a dudas, la liberalidad es una forma de generosidad causada por un estado emocional que consiste en la intención de beneficiar a un tercero.

Desde antiguo, el grueso de los doctrinadores afirman que la causa de la donación es la mera liberalidad; pero esta aseveración debe entenderse en su sentido correcto. Así, la liberalidad (elemento subjetivo contenido en la definición del negocio jurídico de donación entre cónyuges) es la causa de la obligación y no la del contrato; en vista de que es una noción de carácter objetivo y directo de la causa¹⁸, que además es abstracta: invariable para el mismo tipo de negocio jurídico¹⁹.

Ahora bien, los móviles que inducen el cambio conductual de la persona (causa del contrato) son más concretos pero mediatos en relación con los de la obligación; pueden ser de diferente índole: positivos, como en el caso de ayuda a un desvalido, o negativos, como

¹⁸ Sin perjuicio de que la liberalidad es un elemento subjetivo del concepto de donación, por ser producto de la voluntad y así felizmente llamada “momento subjetivo”, es también una noción de carácter objetivo en relación con la causa del contrato, puesto que, prescindiendo de los móviles que inducen a la liberalidad, ésta es única, exclusiva e invariable causa de las obligaciones que nacen de los contratos de donación.

¹⁹ Bernal Fandiño, Mariana, LA TRANSFORMACIÓN DE LA CAUSA EN EL DERECHO DE CONTRATOS FRANCÉS, Universitas (en línea), 2006 (enero - junio), fecha de consulta: 1 de Julio de 2011, disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82511107>, ISSN 0041 – 9060.

cuando se lo hace por vanidad. Pero resultan intrascendentes en el tema de la liberalidad pues como enseña un tratadista español:

“Para el Derecho, ese momento subjetivo hay que situarlo casi en el exterior, en el borde de la objetividad. Le basta el *animus donandi*, la intención de hacer una donación; un querer beneficiar a un tercero. En este sentido debe interpretarse la expresión que emplea nuestro Código²⁰.” (Puig Peña)

1.2.2. La gratuidad.

Es la ausencia de contraprestación deseada por el donante; no obstante, puede presentarse el caso de donaciones entre cónyuges con gravámenes pecuniarios, profiriéndoles atisbos de onerosidad; en este caso, hay un negocio jurídico en parte gratuito y en parte oneroso, que será donación si, y sólo si, el gravamen no iguala o supera el valor del bien dado gratuitamente.

Suele asimilarse el concepto de liberalidad con el de gratuidad pero esto no es aceptable desde ningún punto de vista; ya que la diferencia, entre uno y otro, radica en que ésta es un elemento objetivo que se proyecta en la persona del donatario y que consiste en que no tiene que realizar prestación alguna en reciprocidad de la recibida; y aquella, como ya se explicó, es un elemento de carácter subjetivo que se fundamenta en el ánimo de beneficiar a un tercero.

1.2.3. Producción de efectos jurídicos entre vivos y por causa de muerte.

²⁰ Se refiere, naturalmente, al Código Civil Español que en su artículo 618, vigente a la fecha de la realización de su “Compendio de Derecho Civil Español”, preceptuaba: “la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra que la acepta”.

Este tema se tratará exhaustivamente en un subtema independiente del presente capítulo (ver *infra* efectos jurídicos de la donación entre cónyuges); pero por de pronto, se hace necesaria la siguiente aclaración puntual: como corolario de lo dispuesto por el artículo 1165 del Código Civil, las donaciones entre cónyuges, al ser revocables, no sirven de título suficiente para que opere el modo de la tradición, sino son títulos traslaticios (artículo 718 Código Civil) que sirven de causa para que opere la circulación del dominio de las cosas por el modo de la sucesión por causa de muerte. No obstante, el cónyuge donante puede entregar la cosa donada a su cónyuge, activando la circunstancia jurídica del primer inciso del artículo 1167 del Código Civil que dice: “Por la donación revocable, seguida de la tradición de la cosas donadas, adquiere el donatario los derechos y contrae las obligaciones de usufructuario...”; es decir, una persona adquiere el derecho real de usufructo sobre bienes de su cónyuge, si éste celebra donación y tradición del objeto donado a su favor; ahora, lo que se quiere decir es que, por la celebración de las donaciones entre cónyuges (declaración de voluntad) se crean, como mínimo, una consecuencia jurídica principal y otra secundaria²¹; toda vez que es atribuible a la circulación del dominio por causa de muerte la calidad de principal, puesto que trata del derecho real más completo y extenso, y complementariamente es atribuible la calidad de secundaria a la consecuencia jurídica de cumplimiento de uno de los dos requisitos que le ley prescribe para que el cónyuge donante adquiriera la calidad de usufructuario. No obstante, esta clasificación se justifica únicamente desde la perspectiva que considera a los derechos reales, que no sean el de dominio, como derechos limitados. Ahora bien, en lo relativo a la caracterización del negocio sub examen, los referidos efectos jurídicos son de igual mérito, pues tanto la ordenación sucesoria,

²¹ Larrea Holguín, Juan, Derecho Civil del Ecuador, tomo IX, cuarta edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007, pág. 351.

cuanto la calidad de requisito para la constitución de usufructo legal a favor del cónyuge, constituyen su contenido mínimo necesario.

1.2.4. La revocabilidad que opera en virtud de la ley.

De este tema nos ocuparemos *infra* (revocabilidad de las donaciones entre cónyuges), aunque la idea principal ha quedado manifestada oportunamente al examinar el artículo 1165 del Código Civil *supra* (naturaleza y concepto).

1.3. Elementos de la Donación entre Cónyuges

Para que se produzcan los efectos propios de la donación entre cónyuges, se requiere que se cumplan requisitos de distinto carácter; unos se refieren al sujeto y otros al objeto del negocio jurídico. Así, la voluntad libre de vicios y la causa lícita son relativas al sujeto, y el objeto lícito y posible es relativo a la materia de las donaciones. Además, el negocio jurídico debe cumplir con formalidades previstas por el legislador por motivos de publicidad, por vía de prueba, habilidad y como formas en que se exterioriza la voluntad.

1.3.1. Voluntad y Consentimiento.

Según la Real Academia de la Lengua Española, voluntad, en su primera acepción, es la “facultad de decidir y ordenar la propia conducta”. Esta definición ayuda a ilustrar el sentido por el que se decanta el legislador al consignarla en las normas del derecho positivo; y es que cuando hacemos uso de esta facultad, impulsamos un mecanismo cognitivo que, en términos generales, se configura por momentos subjetivos que acaecen en orden prelativo; ellos son: conocer, desear, deliberar (no en todos los casos) y elegir. Es así que la voluntad se traduce en intención con la que se dice o hace algo; pero para que esta

voluntad adquiera trascendencia en el campo de lo jurídico, no basta con que exista en nuestro fuero interior, sino que se requiere su manifestación, es decir, exteriorizarla. Ahora, esta declaración, en palabras de De Castro y Bravo, “supone expresión, manifestación y comunicación”²²; se entiende, en el caso de la donación entre cónyuges, que para que la declaración sea tomada por tal, es necesario que haya sido emitida y dirigida, con el designio de manifestar la voluntad de beneficiar a través de la entrega gratuita de un bien, de manera que el propósito negocial pueda ser percibido por el cónyuge donatario, por cualquier proceder que socialmente tenga tal significado²³; así, el legislador prevé 2 tipos de formas negociales que pueden revestir este negocio jurídico: los testamentos y las donaciones *inter vivos*. Esta declaración de voluntad no necesariamente debe ser consentida por la parte beneficiaria porque, como ya se manifestó, la donación entre cónyuges es un negocio jurídico unilateral que no requiere de aceptación por parte del cónyuge donatario; sin embargo, esto no obsta para que dicha aceptación exista; ya que, por lo dispuesto en el artículo 1164 del Código Civil, se puede otorgar por acto entre vivos²⁴, es decir, a manera de contrato (las más de la veces será así). Con todo, esta aceptación, aun si es exteriorizada bajo la solemnidad de escritura pública, de nada sirve; puesto que, una vez acaecida la muerte del cónyuge donante, es decir, abierta la sucesión, en virtud de lo dispuesto por el inciso primero del artículo 1249 del Código Civil²⁵ y por efecto de la delación²⁶, el cónyuge donatario sobreviviente se encuentra en la necesidad de aceptar la asignación, o lo que es lo

²² De Castro y Bravo, Federico, *El Negocio Jurídico*, EDITORIAL CIVITAS, S.A., Madrid, 1985, pág. 56.

²³ De Castro y Bravo, Federico, *El Negocio Jurídico*, EDITORIAL CIVITAS, S.A., Madrid, 1985, págs. 56-67.

²⁴ Para mayor abundamiento del tema, véase *infra* (Formalidades de las donaciones entre cónyuges).

²⁵ Artículo 1249 del Código Civil: “No se puede aceptar asignación alguna, sino después que se ha deferido...”

²⁶ Según el artículo Art. 998 del Código Civil, la delación de una asignación “es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla.”

mismo (en concordancia con el apotegma jurídico que dice “Nadie puede recibir un beneficio en contra de su voluntad”), declarar la confirmación de la adquisición del legado o el beneplácito de la calidad de heredero; haciendo así, de la oferta contenida en el deferimiento, un negocio irrevocable, el mismo que se podrá anotar exclusivamente por las causales que prevé la ley, y no por la sola voluntad del aceptante o de los herederos del causante; o a su vez, de repudiarla, es decir, abdicar del llamamiento que hace la ley y consecuentemente resolver la delación *ex testamento* a fin de que opere, una vez más, el sistema dinámico del Derecho Sucesorio y se produzca la delación indirecta de la asignación.

1.3.1.1. Aceptación de la asignación

El cónyuge supérstite puede hacer uso de esta facultad desde que se haya deferido la asignación que, por regla general, acontece al momento de la muerte del causante, es decir, coetáneamente; sin embargo, si la asignación está sujeta a una condición suspensiva, la delación se produce al momento de cumplirse la misma, y si ésta consiste en una omisión, se deferirá al momento de la muerte pero con cargo de caucionar el cumplimiento de la condición, según lo previsto por el artículo 998 del Código Civil. Ahora bien, el término hasta el cual el cónyuge supérstite puede aceptar la asignación varía según si existe o no requerimiento por parte interesada; así, en el primer caso, conocido en la dogmática como “deliberativo”,²⁷ el plazo es de cuarenta días que si fenece sin pronunciamiento alguno, se entiende que repudia (artículo 1256 del Código Civil), a menos que por ausencia, por estar los bienes en diferentes provincias, o por motivo grave, el juez conceda prórroga que no

²⁷ Se justifica este plazo como pertinente para formar un criterio del estado de la asignación; por esta razón, durante este lapso, el asignatario podrá pedir las providencias conservativas que le conciernan e inspeccionar las cuentas y papeles de la sucesión (incisos 2 y 3 del artículo 1255 del Código Civil)

podrá ser mayor a un año; además, si el cónyuge ausente no se pronunciare aún después del año de prórroga por sí o por medio de su legítimo representante, se le nombrará curador de bienes que le represente y acepte por él con beneficio de inventario (artículo 1255 del Código Civil). En el segundo caso, es decir, cuando no hay requerimiento, hay que realizar un distingo entre herencia y legado; pues, se necesita conocer el derecho por el cual se adquieren los bienes materia de la asignación, para saber el plazo hasta el cual pueden aceptar, ya que éste (plazo) fenece por la prescripción adquisitiva de aquel (derecho); así lo dispone el artículo 2417 del Código Civil: “toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”; entonces, el heredero lo hace por el derecho real de herencia, consecuentemente, el plazo será, en caso en que el poseedor sea heredero putativo, de cinco años (prescripción ordinaria), y en caso de un falso heredero sin posesión efectiva, el plazo será de quince años (artículo 2412 del Código Civil); en cambio, el legado puede recaer, bien sea sobre derechos reales, o bien sobre derechos personales; así, el legatario que adquiere un derecho real en virtud del testamento, se hace dueño del bien asignado por la sola muerte del causante, pero no por el derecho real de herencia sino por el derecho de dominio sobre un bien hereditario, consecuentemente, el plazo será de tres o cinco años, cuando el bien adquirido por prescripción ordinaria de dominio sea mueble o inmueble, respectivamente, y de 15 años para la prescripción extraordinaria de dominio; y el legatario que adquirió un crédito por causa de muerte, sólo posee un derecho personal, cuyo cumplimiento corresponde a los herederos o a las personas a las que se ha impuesto este deber, a que le satisfagan su acreencia de manera exacta, oportuna e íntegra, inclusivamente, por vía del deber de responsabilidad inherente al deudor; es así que las acciones conducentes a hacer efectivo el crédito prescriben en tres años (acción ejecutiva), cinco años (acción cambiaria) y diez años (acción ordinaria),

entonces, su derecho se pierde por el transcurso del lapso que implica mayor tiempo: los diez años de la prescripción extintiva de la acción ordinaria.

Además de lo dicho, la aceptación de la asignación tiene ciertas características a saber: 1) debe ser unilateral; pues basta con la sola voluntad del asignatario, ya sea implícita en los actos que representan aceptación tácita o explícita en la declaración de voluntad, para que se perfeccione y surta efectos jurídicos. 2) debe ser pura y simple; toda vez que no admite modalidades, así lo dispone el artículo 1250 del Código Civil que dice: “No se puede aceptar o repudiar condicionalmente, ni hasta o desde cierto día.”. No obstante, el cónyuge heredero podrá limitar su responsabilidad en cuanto a las deudas hereditarias hasta el monto de lo que recibe a título de herencia, por el solo hecho de la facción de inventario solemne (artículo 1268 y 1270 del Código Civil). 3) es indivisible; por cuanto no se puede aceptar una parte o cuota y repudiar el resto, ni se puede repudiar la asignación gravada y aceptar las que no lo están, a menos que el derecho se defiera separadamente por otro derecho de acrecimiento, transmisión o de sustitución. (Artículos 1251 y 1252 del Código Civil). Y 4) es transmisible: el derecho de opción está incluido dentro del patrimonio del asignatario; de ahí que, al morir su titular, y no habiendo pronunciamiento alguno respecto del mismo, es transmitido según la regla del artículo 999 del Código Civil; y acaecida la transmisión, los herederos podrán aceptar o repudiar su cuota (segundo inciso del artículo 1251 del Código Civil).

La aceptación de la asignación puede ser expresa o tácita. El primer supuesto ocurre cuando el propósito negocial es revelado de forma explícita y el segundo cuando de actos o negocios jurídicos de administración (que no sean conservativos, provisorios o de

inspección), de enajenación y de actos judiciales que requieran la calidad de heredero o legatario para su legitimación, se concluye unívocamente la voluntad del asignatario; verbigracia, arrendar un bien hereditario (administración), hipotecar inmuebles de la sucesión (enajenación) e incoar acción de petición de herencia en contra del poseedor (acto judicial).

1.3.1.2. Vicios de la voluntad

Para que el cónyuge donante se obligue y el donatario confirme lo donado, su declaración de voluntad debe ser libre, ilustrada, seria y sincera; el primer supuesto hace referencia a que obre sin coacción; el segundo, a que conozca los efectos jurídicos que dimanen del negocio de donación entre cónyuges; el tercero a que este destinada (la declaración de voluntad) a producir relaciones jurídicas patrimoniales, es decir, que no sea burla; y el cuarto, a que corresponda a su proceso cognoscitivo y volitivo, de manera que sea su “genuina voluntad”.²⁸. Pues si no se cumplen estos requisitos, la voluntad adolecería de vicios tales que, o bien implicarían su ausencia, o bien darían paso a su anulabilidad por concepto de error, fuerza o dolo.

1.3.1.2.1. El Error

Es la disconformidad entre lo querido y lo declarado, es decir, entre la voluntad y su exteriorización; es la noción equivocada que se tiene de la realidad: creer verdadero lo falso y viceversa; por ejemplo, de una cosa, de la ley o de una persona. Puede ser de dos tipos: consciente, como en el caso de la reserva mental; e inconsciente, verbigracia, el error de

²⁸ Canosa Torrado, Fernando, Las Nulidades en el Derecho Civil, 2da Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2009, pág. 86.

hecho sobre la esencia de la cosa. Así, este último para que sea causal de anulabilidad es requisito *sine qua non* que sea relevante y excusable, esto es, debe ser el motivo principal del negocio jurídico y que no se haya podido evitar con regular diligencia; consecuentemente, llega a ser una suerte de mecanismo de defensa frente al supuesto de inducción al equívoco, ya sea “provocado por conducta ajena o por las circunstancias en las que se desenvuelve la relación negocial”²⁹; además, en este mismo contexto, solo beneficia (legitimación activa de la acción de rescisión por causa de error) a quien sufre esta desavenencia, sus herederos y cesionarios (artículo 1700 del Código Civil); dándoles la opción de elegir entre la disolución del negocio jurídico o la ratificación del mismo.

Para conocer si el error reúne los requisitos que con anterioridad se han expuesto, y al ser el negocio sub examen de naturaleza gratuita, se debe recurrir a consideraciones de hecho sobre la conducta que, en base a la buena fe subjetiva cualificada (exenta de culpa)³⁰, haya desplegado el cónyuge donante, además de los móviles remotos que lo indujeron a otorgar el negocio jurídico; así, por ejemplo, si el cónyuge donante, erradamente, ya sea porque el boleto era falsificado o porque no se cumplieron los requisitos establecidos para el sorteo, y de buena fe, se creyó ganador del premio de la lotería nacional, y esto fue determinante al momento de su declaración, su voluntad está viciada y, por ende, el negocio jurídico contentivo de la mima es nulo.

²⁹ De Castro y Bravo, Federico, Ob. Cit., pág. 111

³⁰ La buena fe subjetiva cualificada es la conciencia que se forma, por un comportamiento diligente, en la persona del donante, de haber adquirido de forma legítima los bienes materia de la donación (c). Así, en base a la teoría de la apariencia, damos coherencia a la aplicación del adagio: *venire contra factum proprium non valet*.

(c) Neme Villarreal, Martha, La buena fe objetiva y subjetiva, Revista de Derecho Privado Externado de Colombia, 17-2009, pp. 45 a 76

Ahora, este error inconsciente, para efectos de su estudio en la casuística, sufre una dicotomía: de hecho y de derecho.

1.3.1.2.1.1. Error de Derecho

Es el concepto equivocado que se tiene de las disposiciones legales; acaece cuando la declaración de voluntad se determina por la ignorancia de las normas de derecho. Al igual que el error de hecho, y desde el punto de vista psicológico, vicia la voluntad, mas esto es relativo cuando el asunto concierne al derecho, pues, difiere de legislación en legislación: en algunos Estados se le concede el carácter de vicio de la voluntad cuando es la causa única o principal del negocio jurídico, por ejemplo en legislaciones como la de México (artículo 1813 del Código Civil), del tenor siguiente:

“Artículo 1813.- El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.”

En otros Estados se lo excluye, atribuyendo exclusivamente tal carácter al error de hecho, verbigracia, el artículo 923 del Código Civil argentino, que reza:

“Artículo 923.- La ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos.”

El Legislador ecuatoriano se decanta por la segunda opción; toda vez que en el artículo 1468 del Código Civil preceptúa: “El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”. Es claro que no cabe alegar el error de derecho como causal de rescisión del negocio jurídico de donación entre cónyuges.

1.3.1.2.1.2. Error de Hecho

Se presenta en 3 formas:

1.-Error esencial u obstativo (Artículo 1469 del Código Civil): ocurre cuando no existe univocidad acerca de la naturaleza del negocio jurídico o acerca de la identidad de la cosa de que se trata.

2.- Error sustancial (Artículo 1470 del Código Civil): se produce cuando el error versa sobre la sustancia o calidad esencial del objeto de la relación negocial; es decir, se sabe con certeza el objeto pero no la materia de la que está compuesto o tampoco los atributos inherentes al mismo, que permiten juzgar su valor. El jurista colombiano Jesús Vallejo Mejía, a propósito de esta especie de error y a manera de ejemplo dice: “Un candelabro puede ser de bronce y tal es su sustancia; pero además es posible tratarlo como antigüedad y en tal caso ésta será una calidad esencial del mismo.” (Vallejo)

3.- Error en la persona (Artículo 1471 del Código Civil): Por regla general, esta clase de error no vicia el consentimiento; no obstante, vicia la voluntad cuando los negocios jurídicos se celebran o ejecutan en consideración a la persona, siendo ésta su causa principal y determinante; es decir, en los llamados *intuitio personae*, que son aquellos en que el instituyente unilateral no los habría otorgado, si sus efectos se hubieran radicado en otra persona. Pues bien, las donaciones entre cónyuges son negocios de tales características, por esto, el error en la persona vicia la voluntad. Pero cabe recalcar que el beneficiario de buena fe tendrá derecho a solicitar que se le indemnicen los perjuicios a los que ha sido afecto por causa de la nulidad.

Debido a que, como ya se dijo, las donaciones entre cónyuges son negocios jurídicos de ordenación sucesoria, se aplica en todos los casos (a pesar de la forma) la regla del artículo 1085 que dice: “el error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona”. Es decir, existe error cuando el cónyuge donante tiene una inexacta noción del conjunto de rasgos propios del asignatario que lo caracterizan frente a los demás. Estos rasgos son exclusivos de la personalidad y no son más que los atributos individuales que hacen que las personas piensen, sientan y actúen de manera característica.

1.3.1.2.2. Fuerza

El hecho de violentar el ánimo del otorgante del negocio jurídico puede observarse desde dos puntos: uno objetivo y otro subjetivo; el primero consiste en la acción violenta de inducir a la declaración de voluntad; y, el segundo, que es el de relevancia para el derecho civil, reside en el justo temor que la persona soporta a causa de la violencia, cuyo resultado es el empecimiento de la libertad de la declaración de voluntad. Lo que se quiere decir es que lo configurativo del vicio es el efecto de la violencia y no su producción; pues, lo que busca el derecho de los negocios jurídicos no es sancionar al que ha cometido el acto ilícito violento, sino darle la posibilidad al que lo ha sufrido, como en todos los supuestos en los que se vicia el consentimiento, de redimir la capacidad de decisión³¹, que se verifica, como ya se dijo al tratar el error de hecho, con la rescisión del negocio jurídico o la ratificación del mismo. Sentado esto, atenderemos a lo preceptuado por la ley; así, el artículo 1472 del Código Civil reza:

³¹ Canosa Torrado, Fernando, Ob. Cit., pág. 169.

“La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.”

La norma jurídica anteriormente consignada trae consigo una definición de fuerza relativa a los vicios del consentimiento, caracterizada por el elemento subjetivo que determina su configuración, que se hace ostensible del tenor literal siguiente “todo acto que infunde a una persona justo temor”; lo que ratifica lo expuesto con anterioridad. También, se desprenden de esta norma jurídica las condiciones para que la fuerza vicie el consentimiento; estas son: 1) Gravedad: Se da este supuesto cuando la fuerza produce “una impresión fuerte en una persona de sano juicio”, tomando en cuenta la forma en que se ha realizado tal proceder; es decir, el temor que infunde la violencia no vicia el consentimiento sino cuando constriñe a aceptar la voluntad ajena: cuando vence y oprime la voluntad del otorgante de repeler el hecho violento; así, de ordinario, se entiende que no todo acto violento (abstracto y objetivo) va a doblegar la voluntad sino en consideración de la “edad, sexo, y condición” del ofendido; en efecto, el grado de violencia es un problema de orden “cuantitativo”³² que será materia de resolución judicial cuando los órganos de la justicia ordinaria conozcan del anulación del contrato de donación entre cónyuges por vicio de fuerza. 2) Ilegitimidad: debe ser contrario al Derecho; es decir, debe consistir en hechos que, aunque no se hallen sancionados por las leyes, sean injustos. Consecuentemente, el que por medio de mecanismos jurídicos constriña la voluntad del otorgante no vicia su

³² Canosa Torrado, Fernando, Ob. Cit., pág. 170.

voluntad; verbigracia, acciones civiles, penales, administrativas, etc.; Ahora bien, los mecanismos jurídicos deben respetar el uso regular que, en base a la buena fe, legitima su amparo por parte del Estado; así, si se obra en sentido contrario, esto es, pretendiendo ventajas indebidas, o lo que es lo mismo, haciendo fraude de las leyes, aunque aparentemente se tenga derecho a ello, se muta el interés sustancial a la sentencia de fondo³³ y se cae en lo que en dogmática se conoce como abuso del derecho y, por tanto, se vicia la voluntad. 3) Actualidad y Causalidad: la violencia debe ejecutarse al momento de la celebración del negocio jurídico, con la intención de coaccionar la voluntad para que se consienta en el mismo y además debe ser su causa principal; es decir, que no haya otorgado el beneficio a favor del cónyuge sino por el influjo abrumador de la violencia injusta y grave; esto último la diferencia del estado de necesidad. A efectos de ilustrar lo dicho y conscientes que el negocio jurídico que envuelve es distinto al examinado en el presente trabajo, traemos a colación un ejemplo de Puffendorf, al que Pothier hace referencia:

“es el caso en que yo haya prometido a alguien alguna cosa con tal que venga a mi socorro y me liberte de la violencia que otro ejerza sobre mí. Por ejemplo, si al ser atacado por una partida de ladrones, apercibo a Fulano a quien prometo una suma si viene a sacarme de sus manos, esta obligación, aunque contratada por la impresión del miedo o temor de la muerte, será válida” (Pothier)

Se desprende del ejemplo que el supuesto no cumple con los requisitos antes mentados; debido a que las personas que ocasionan el temor no tienen la intención de vulnerar el ánimo del afectado para que otorgue la suma de dinero a la persona que lo libere. Su motivo (que genera la violencia) es extraño al negocio jurídico por el que se recompensa el acto

³³ Para el tratadista Hernando Devis Echandía, el interés en la pretensión “hace referencia a la causa *privada y subjetiva* que tiene el demandante para instaurar la demanda” (c)

(d) Devis Echandía, Hernando, Teoría General del Proceso, 3ra. Edición, Editorial universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 244.

heroico. Si bien la atribución patrimonial será causada por un estado de necesidad (lo cual implica dependencia y merma de libertad), no determina una relación de causalidad; pues, el temor genera tal estado, y éste, a su vez, es la causa del negocio jurídico posterior; consecuentemente, la obligación es válida en este supuesto.

La violencia ejercida en contra del cónyuge, ascendientes o descendientes, vicia el consentimiento, según prevé el artículo que se analiza. Incluso podría aplicarse extensivamente, ya que parece ilógico no hacerlo. De hecho, el temor infundido hacia un hermano produce el mismo efecto. Y es que, racionalmente considerada, la norma que se analiza reconoce su razón de ser en una previsión que implica supuestos que abarcan generalmente a otros diferentes de los señalados. La norma referida puede y debe interpretarse extensivamente, de tal manera que sancione con el mismo efecto a todo acto o contrato viciado por fuerza ejercida en contra de cualquier persona a la que se tenga afecto intenso por pertenecer a un ente social determinado que propicie tales sentimientos. En este sentido Canosa explica: “el peligro puede amenazar bien al propio contratante, bien a sus bienes o a sus allegados o parientes”³⁴.

1.3.1.2.3. Dolo

La ley define al dolo en los siguientes términos: “artículo 92.- (...) El dolo consiste en la intensión positiva de irrogar injurias a la persona o propiedad de otro”. Se puede encontrar, ora en la celebración de los negocios jurídicos, ora en la fase de cumplimiento de las obligaciones, ora en delito civil. Es así que, en el primero de estos ámbitos, se traduce en toda estratagema, ardid o argucia, de índole insidiosa, maliciosa o fraudulenta que se

³⁴ Canosa Torrado, Fernando, Ob. Cit., pág.210.

emplea para obtener una declaración de voluntad, que reporta perjuicio para quien la sufre y, a su vez, provecho para quien la fragua o para un tercero.

1.3.1.2.3.1. Elementos del dolo

Dos son los elementos que constituyen este vicio de la voluntad; el primero, que es objetivo o material, son los mecanismos que se usan para producirlo; así, los hechos generadores pueden ser positivos o negativos, según si son ocasionados por acción u omisión; por ejemplo, la captación de voluntad originada por falacias, o la reticencia sobre la calidad de la cosa cuando, en base a la buena fe objetiva que rige la celebración de los negocios jurídicos, se está obligado a hablar, respectivamente; el segundo, subjetivo o psicológico, es la “intención” con la que se realiza la maquinación insidiosa, maliciosa o fraudulenta, esto es, transgredir la voluntad del otorgante.

1.3.1.2.3.2. Modalidades del dolo

El dolo civil puede presentarse en sus dos facetas claramente opuestas; estas son: el dolo bueno y el dolo malo.

1.3.1.2.3.2.1. Dolo bueno

Es la sagacidad con que se ponderan los atributos de las personas o cosas que son causa remota de la donación entre cónyuges; pero que no llega a consistir en subterfugios maliciosos; puesto que, como dice Alessandri “sólo lo constituyen (refiriéndose al dolo positivo) aquellas maquinaciones burdas, que no son frecuentes en la vida de los

negocios.”³⁵. De ordinario, a efectos de que se otorgue la donación, el cónyuge beneficiario o terceros interesados, pueden colmar de halagos al donante y exaltar, con exceso, sus virtudes, además de exagerar, casi irrisoriamente la “precaria” situación de su estado patrimonial, con tal que incentiven el ánimo liberal del cónyuge donante. Estos actos son considerados por los tribunales de justicia con discreción indulgente; pues, no son contrarios a la probidad y lealtad que deben regir en las relaciones negociales; razón por cual, se consideran propios de la formación del negocio y no como vicios de la voluntad.

1.3.1.2.3.2.2. Dolo malo

Es el que vicia la voluntad; así lo reconoce la ley, cuando en su artículo 1474 preceptúa:

“Artículo 1474: El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo.”

Ahora bien, para que este tipo de dolo, excepcionalmente, sea causal de nulidad relativa, debe ser principal, esto es, “obra de una de las partes” y además el motivo determinante del negocio jurídico. Pero analicemos con detenimiento como se entienden estos requisitos en el negocio sub examen: si bien es necesario que sea obra de una de las partes, esto es ininteligible en los negocios unilaterales; por cuanto, no hay sino una sola persona que manifiesta su voluntad para perfeccionarlo; así, debe interpretarse la disposición jurídica, sustituyendo la referencia a las partes contratantes por la referencia a la persona

³⁵ Alessandri, Arturo, Derecho Civil, De los contratos, Editorial Zamorano y Caperán, Santiago de Chile, 1976, pág. 28.

beneficiaria del negocio jurídico unilateral; es decir, se debe leer, si es que acaso se admitiría abusar de los recursos epistémicos, “el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de la persona beneficiaria del negocio jurídico unilateral-”; pues, solo así, se aporta lucidez a la norma y se alcanza un sentido acorde con la recta razón. En sentido contrario, si el dolo no cumple con los requisitos señalados, es decir, cuando acontece que le falta uno de ellos, o ambos; o sea, cuando el dolo no ha sido la causa principal del negocio y/o el fraguador no es la persona del cónyuge beneficiario, degenera en un estado incidental que solo permite reclamar daños y perjuicios “contra las personas o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él”, atento a las reglas antes explicitadas y que contiene el artículo sometido a análisis.

1.3.2. Capacidad

Para satisfacer los requisitos de validez de los negocios jurídicos, no basta con exteriorizar la voluntad contentiva del propósito negocial de forma exenta de vicios, sino que se debe escudriñar, de entre el ordenamiento jurídico, la aptitud para dar vida a la relación negocial. Así, como punto de partida para efectuar este proceso de pesquisa, el legislador ha previsto en el artículo 1462 del Código Civil que “toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”; entonces, se colige que, como la regla general es la capacidad, que se presume *iuris tantum*, quien alega la incapacidad de otra persona debe probar tal circunstancia, inquiriendo ineludiblemente, los supuestos en que el legislador, en base a la edad y salud mental o moralidad y conveniencia de orden público, limita la aptitud general para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Para el análisis particular de estos supuestos, debemos hacer un distinguo entre donante y donatario; pues el legislador ha regulado en forma distinta la capacidad para donar revocablemente, de la capacidad para recibir donaciones por causa de muerte.

1.3.2.1. Capacidad del cónyuge donante

Pues bien, con Somarriva y Rodríguez³⁶, creemos que, a efectos de procurar sencillez y coherencia, reconociendo que la incapacidad para donar (artículo 1404 del Código Civil) colma con creces la incapacidad para testar (artículo 1043), y que además, en conformidad con el elemento gramatical de interpretación, las conjunciones “o”³⁷ utilizadas en el precepto legal del artículo 1165 del Código Civil son disyuntivas que indican alternancia exclusiva, no cabe aceptar la aparente dualidad simultánea de reglas sobre la capacidad para donar entre cónyuges; puesto que lo que se pretende es hacer referencia a dos situaciones distintas que evocan la disposición del artículo 1164 del Código Civil; esto es, la posibilidad que tiene el cónyuge donante de optar por la forma contractual o entre vivos, o por la forma testamentaria o por causa de muerte. Se entiende entonces que las reglas sobre la incapacidad serán relativas a la forma por la que éste se decante. Es así que trataremos en líneas siguientes este tema desde estos dos supuestos.

1.3.2.1.1. Incapacidad para otorgar donaciones entre cónyuges en la forma de testamento.

³⁶ Somarriva, Manuel, Derecho Sucesorio, Ob. Cit., pág., 303 – 304. En el mismo sentido, Rodríguez Grez, Pablo, Instituciones de Derecho sucesorio, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1994, t. II, p. 203 y ss.

³⁷ Sin perjuicio que en el capítulo sobre la naturaleza de la donación entre cónyuges se encuentre explicitado el artículo 1165, cabe recalcarlo por motivos pedagógicos: “Artículo 1165: Son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos. Son nulas asimismo las donaciones entre personas que no pueden recibir una de otra, asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos...” (las cursivas y negrillas son mías).

La disposición que regula las inhabilidades en torno a la capacidad para testar es la contenida en el artículo 1043 del Código Civil, que enumera los casos en que, según el legislador, las personas no pueden manifestar su voluntad; bien porque aspectos fisiológicos, habituales o accidentales, impiden manifestarla o bien porque, en base a presunciones, se determina que no corresponde a su legítimo querer, consecuentemente, se reputa inane su manifestación; y digo esto porque, a mi parecer, y como ha optado el legislador argentino, la solución práctica para regular la incapacidad para testar debería ser: “Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento.”³⁸. Pero, en todo caso, nuestra legislación prohíbe otorgar testamento: 1) al menor de dieciocho años; 2) al que se hallare en interdicción por causa de demencia; 3) al que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa; y 4) al que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente.

1.3.2.1.1.1. Menor de dieciocho años.

A diferencia de otras legislaciones³⁹, en la ecuatoriana se prohíbe absolutamente testar al menor de dieciocho años; lo dicho, a pesar de lo dispuesto por el artículo 65 del Código de la Niñez y la Adolescencia: “La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niños, niñas y adolescentes se estará a lo previsto en el Código Civil; a excepción de los siguientes casos: 1) Los actos y contratos de los adolescentes que no han cumplido quince años, son relativamente nulos sin perjuicio de la validez que la ley confiera para la celebración de determinados actos...” y 1463 del Código Civil (incapacidad relativa del menor adulto); pues si bien es cierto que el Código primeramente citado tiene índole

³⁸ Artículo 3306 del Código Civil Argentino.

³⁹ En Chile, el menor púber puede testar libremente. (artículo 206 del Código Civil chileno)

especial, y las normas que regulan la incapacidad son de orden público y por tal razón prevalecen sobre otras del ordenamiento jurídico, el testamento es un negocio jurídico personalísimo, en el cual no cabe la representación jurídica⁴⁰. Es así que una persona menor de edad no podrá optar por la forma testamentaria para celebrar una donación a favor de su cónyuge.

1.3.2.1.1.2. Personas privadas actualmente de su cabal juicio.

Precisa señalar que el término “actualmente” sugiere aparentemente que la falta de razón debe ser tomada en cuenta al momento del otorgamiento del testamento⁴¹; de ser así, sería de las pruebas más difíciles de formular para el abogado en ejercicio profesional, pues demostrar en un proceso judicial que, por un instante de demencia, se vició un negocio jurídico es inverosímil, aún si se intenta acreditar con base en estudios de experticia. Es así que, el adverbio que se analiza indica un lapso entre un momento anterior y otro posterior al de la celebración del negocio y en el cual la persona otorgante estuvo en un estado habitual de privación de su cabal juicio. A pesar de esto, y por precaución, el legislador obliga al notario a expresar la circunstancia de hallarse el otorgante en su sano juicio en caso de autorizar un testamento (artículo 1061 del Código Civil). Pero no hay que confundir la naturaleza de esta obligación legal, pues, su contravención o cumplimiento, no obsta ni garantiza, respectivamente, la validez del testamento; desde que, al ser el testamento otorgado bajo las formas que prevé la ley un instrumento auténtico, se presume (*iuris tantum*) verídico y válido; por tanto, la persona del testador se reputa en “perfecta lucidez mental” mientras no se “compruebe por modo evidente la perturbación de sus

⁴⁰ Somarriva, Manuel, Ob. Cit., pág.176. En el mismo sentido, Larrea Holguín, Juan, Ob. Cit., pág. 160.

⁴¹ Somarriva, Manuel, Derecho Sucesorio, Ob. Cit., pág.180.

facultades al tiempo de otorgar su testamento”⁴². Ahora bien, la ausencia de capacidad de discurrir puede deberse a un estado de ebriedad u otra causa, lo que implica la expansión del espectro de aplicación de la norma, ya que, todo aquello que limite el raciocinio incapacita al testador a otorgar una disposición contentiva de una donación a favor de su cónyuge.

1.3.2.1.1.3. Interdicción por causa de demencia.

Si bien la demencia queda establecida como causal de incapacidad para testar por la parte del precepto normativo que se analizó anteriormente (Personas privadas actualmente de su cabal juicio), se justifica su explicitación en un numeral específico, por un cuestión procesal de carga de la prueba; puesto que, si el demente, con antelación a la celebración de donación ha sido declarado judicialmente en interdicción, no es necesario probar en juicio su incapacidad para anular el testamento, ya que el primer inciso del artículo 486 del Código Civil preceptúa: “Los actos y contratos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción, serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido.”. Es así que, en base a esta presunción que no admite prueba en contrario (*iure et de iure*), se disuelve la relación jurídica causada por el testamento viciado de nulidad, porque una vez probado el estado habitual de demencia y declarado por sentencia que surte efecto *erga omnes*, sería incoherente tratar de probar el estado de perturbación cognitiva. Por el contrario, si no hubiese sentencia declarativa de interdicción, se deberá probar fehacientemente el estado de demencia, según lo previsto por el inciso segundo del

⁴² Fallo de la Sala Civil y Comercial, de fecha 31 de octubre de 1995, juicio que por nulidad de testamento interpuso Gabriela Rossova en contra de Fundación Amigos del Ecuador. En Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 4. Pág. 893.

mentado artículo del Código Civil del tenor siguiente: “los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente”; es decir, al ser una presunción legal (*iuris tantum*), la contenida en esta disposición jurídica, admite prueba en contrario; prueba que corresponde a quien impugna la validez del testamento.

Lo dicho se aplica indistintamente a las reglas sobre la incapacidad de testar y de ejecutar negocios entre vivos.

1.3.2.1.1.4. Persona que no puede expresar su voluntad claramente.

La manifestación de voluntad de beneficiar al cónyuge, en la forma de testamento, debe ser absolutamente clara; o que es lo mismo, es menester usar el lenguaje, de tal manera que, a más de procurar expresión simple de voluntad, se procure locuacidad tal, que las palabras construyan ideas que, unívocamente, convenzan a quien dé lectura del testamento, de que sus disposiciones y declaraciones son fiel reflejo de la voluntad espontánea del otorgante; precisamente, el legislador procura lo dicho al establecer en el artículo 1088 del Código Civil que “no vale disposición alguna testamentaria que el testador no haya dado a conocer de otro modo que por sí o no, o por una señal de afirmación o negación, contestando a una pregunta.”. Ahora bien, la problemática de la presente incapacidad radica en el uso del lenguaje; pues solo distingue su utilización de manera hablada y escrita; pero nada dice con respecto a las señas que, al ser signos con significado determinado y por sus estructuras gramaticales perfectamente definidas, tiene carácter de lenguaje formal, que bien serviría eficazmente para que, con el apoyo de un intérprete, se exteriorice la voluntad; máxime, si la Constitución de la República del Ecuador preceptúa en el numeral quinto del

artículo 76 que: “(...) En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones (como la incapacidad), se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.”; además, al no permitir que el sordomudo se manifieste a través de este tipo de lenguaje, se está incurriendo en un acto contrario al sistema de inclusión y equidad social, que a su vez forma parte del régimen del buen vivir, y por el cual el “Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad.”. Creemos pues, que los tribunales de justicia, notarios y registradores de la propiedad deberían, de manera uniforme y con criterio unívoco, sin perjuicio del carácter personalísimo del testamento, y a pesar de lo dispuesto en el artículo 1062 del Código Civil⁴³, admitir la validez del negocio jurídico de donación entre cónyuges, en la forma de testamento, celebrado por personas que se pueden darse a entender claramente, a través de un intérprete, por el lenguaje de señas; pero con la salvedad que, por la naturaleza de la incapacidad, prevé el artículo 1060 ibídem, es decir, sólo en la forma de testamento abierto; sobre todo, por la garantía que brinda el notariado: certeza y seguridad jurídica de los negocios que autorizan, y asesoramiento relativo a la legalidad de las disposiciones testamentarias.

⁴³ Art. 1062.- Cuando el testador no pudiese entender o ser entendido de viva voz, sólo podrá otorgar testamento cerrado.

1.3.2.1.2. Incapacidad para celebrar donaciones entre cónyuges en la forma de donaciones entre vivos.

Las normas previstas en los artículos 1403 y 1404 del Código Civil regulan la capacidad para donar entre vivos; y en términos generales, se contraen a las reglas comunes a todos los contratos.

Estas reglas determinan que la incapacidad, en razón de las personas sobre las que recae, se clasifica en generales y especiales. Las primeras son aplicables generalmente a los casos que de manera taxativa ha previsto el legislador; y según la posibilidad de ratificarlas, se las subdivide en absolutas y relativas. Las segundas, también llamadas inhabilidades, están dirigidas a ciertas personas para prohibirles la ejecución de ciertos negocios jurídicos específicos; de este segundo tipo, nada ha previsto el legislador en lo referente a las donaciones entre cónyuges. Razón por cual, examinaremos solo las incapacidades generales y su dicotomía antes mentada.

1.3.2.1.2.1. Nulidad Absoluta

Los absolutamente incapaces carecen de voluntad, de suficiente raciocinio o discernimiento; por tanto, y a consecuencia de su “estado biológico”⁴⁴, el legislador, como medida a favor de éstos, ha dispuesto que los negocios jurídicos en los que hayan intervenido por sí mismos adolecen, absolutamente, de invalidez: no producen ni siquiera obligaciones naturales, no admiten ratificación, y tampoco son susceptibles de novación y caución (artículos 1463, 1646, 1698 y 1699 del Código Civil). Ellos son, de acuerdo con lo

⁴⁴ Canosa Torrado, Fernando, Ob. Cit. Pág. 286.

preceptuado en el artículo 1463 del Código Civil, el demente, el impúber y el sordomudo que no puede darse a entender por escrito.

1.3.2.1.2.1.1. Incapacidad del demente.

El uso que el legislador hace de la palabra “demente” en nuestra legislación civil debe interpretarse a la luz de lo dispuesto en el numeral 2 y 3 del artículo 18 del Código de la materia; así, cuando se usan “palabras técnicas”, excepcionalmente, se entenderán en sentido diverso al que les dan los que profesan la ciencia a la que incumba; por esto, conociendo que el sentido correcto es el “natural y obvio”, es decir, *cuasi* vulgar, por decirlo de alguna manera, y como ha sostenido la Corte Suprema, ahora Corte Nacional de Justicia, debe entenderse por demente a “aquella persona adulta que adolece de un grave trastorno de la mente, en virtud del cual habitualmente no puede cuidar de sí misma en forma adecuada, y que además es incapaz de administrar sus bienes con diligencia ordinaria o mediana.”⁴⁵ y no solamente al tipo patológico de esa denominación. Consecuentemente, como dice Canosa: “Para acreditar que una persona es incapaz por demencia (...) es menester demostrar que sufre enfermedad neuropsiquiatría o psicológica grave que le impide comprender el mundo que la circunda, por causa de un grave defecto en el juicio y en sus facultades mentales”; En resumidas cuentas, la persona que sufre un deterioro sustancial de sus facultades cognitivas debido a una patología cualquiera, es considerada privada de razón y por consiguiente, incapaz absoluto de ejecutar el negocios jurídicos de donación a favor su cónyuge .

⁴⁵ Fallo de la Sala Civil y Mercantil, de fecha 29 de marzo de 1999, juicio que por nulidad de compraventa interpuso Carmen Alicia Cadena de Navarrete, en calidad de curadora de su madre Carlota Teodomira Cadena Santillán en contra de Luis Alberto Jaramillo Mena. En Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 15. Pág. 4226.

1.3.2.1.2.1.2. Incapacidad del impúber.

Es de toda evidencia ordinario entender que el menor impúber no puede celebrar contrato de matrimonio; pues, si bien la ley no especifica la edad límite desde la cual se es capaz para adquirir este estado civil, el sentido común y los principios que reglan la institución del matrimonio, particularmente lo dispuesto en el artículo 81 del Código Civil, demuestran que la *conditio iure* es ser púber; ya que, si el fin que busca esta institución es la convivencia, el auxilio mutuo y la procreación, sería absurdo interpelar al menor a cumplir la obligación legal contenida en la mentada norma y que se trasunta en otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Además, si se considera al matrimonio como contrato, se requiere al menos la capacidad que posee el menor púber, a más del consentimiento de la persona que ejerza su patria potestad. Por lo dicho, resultaría nimio cualquier análisis de este clase de incapacidad con respecto al tema que se trata en el presente estudio investigativo.

1.3.2.1.2.1.3. Incapacidad del sordomudo que no puede darse a entender por escrito.

Esta incapacidad reconoce su fundamento en la imposibilidad de conocer, de manera cierta, la voluntad de la persona; por esto, precisa señalar que únicamente aquellas personas que, por ser afectas de limitaciones auditivas, no han aprendido el lenguaje convencional y, consecuentemente, son analfabetas, devienen en incapaces de ejercer el derecho a la libre contratación; criterio que sirve de sustento para protegerlas, sancionando con nulidad absoluta los negocios jurídicos que otorgan sin el ministerio de otra persona (curador o tutor); pues podrían ser víctimas, las más de las veces, de personas inescrupulosas que,

aprovechándose de su situación, les podrían inferir daño grave a causa de negocios ilícitos. Siguiendo con el análisis, cabe señalar que el legislador hace una distinción, que a mi parecer resulta violatoria de derechos consagrados en la Constitución de la República, ya que determina, a manera de *conditio iure* con sesgo discriminatorio, al alfabetismo como requisito para acceder a la capacidad legal o de ejercicio; este yerro legislativo se hace presente en todos los sistemas de derecho civil que tomaron como referencia el Código de Bello, pues para la época en que el ilustre profesor lo redactó, no existían los instrumentos científicos necesarios para entender, en su correcta medida, el fenómeno de la discapacidad por limitación auditiva; es así que, gracias a la dinámica del Derecho Positivo, que se verifica mediante la creación de normas o resoluciones que efectivicen su interpretación y aplicación por parte de los actores jurídicos, Cortes Constitucionales como la de Colombia han declarado su inexecutableidad:

“Debe retirarse del ordenamiento jurídico el vocablo “por escrito” contenido en dichos artículos por ser contrario a la Carta, al apartar del mundo jurídico a los limitados auditivos y en lenguaje articulado que no puedan expresarse por escrito. La lengua no puede ser un factor para restringir o limitar el goce de los derechos o para que se establezcan tratos distintos, por lo cual, una regulación que diferencie a las personas por su lengua es potencialmente discriminatoria (...) En mérito a las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, resuelve: RESUELVE: Primero.- Declarar EXEQUIBLE la palabra “sordomudo” contenida en los artículos 62, 432 y 1504 del Código Civil, e INEXEQUIBLE la expresión “por escrito” contenida en los artículos 62, 432, 560 y 1504 del mismo Código.”⁴⁶

Asimismo, legislaturas como la chilena han optado por su reforma:

“Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Civil:
1.- En los artículos 342, 355 y 1.447, inciso primero, agrégase la expresión "sordos o" antes del vocablo "sordomudos", y sustitúyese la expresión "por escrito" por el adverbio "claramente"...”⁴⁷

⁴⁶ Sentencia C-983/02 de la Corte Constitucional de Colombia

⁴⁷ Ley número 19.904 de 3 de octubre de 2003

A más de lo expuesto, cabe decir que las reglas de presunción que se han explicitado en relación con la incapacidad por demencia, no se aplican al sordomudo sino relativamente; pues, si dentro de los efectos de la declaración de interdicción ha aprendido a comunicarse por vía de un lenguaje formal, es decir, se puede conocer con certeza su voluntad, los negocios jurídicos que ejecute no se presumen sino legalmente (*iuris tantum*) nulos.

1.3.2.1.2.2. Nulidad Relativa

Ahora, los relativamente incapaces, siendo personas con plenas facultades volitivas, en razón de su edad (que limita su experiencia en el ámbito de los negocios) y manera en que administran su peculio, no pueden obligarse sino por el ministerio de otra persona. Ellos son: 1) el menor adulto; 2) las personas que se hallen en interdicción de administrar sus bienes; y, 3) las personas jurídicas (que no serán objeto de análisis por obvias razones).

1.3.2.1.2.2.1. Menor adulto

Normalmente, los menores están sometidos a la potestad del padre y la madre (quienes ejercen la potestad parental, que incide en la persona del menor, y la patria potestad, que incide en los bienes del menor), o a la curaduría o tutela, según sean púberes o impúberes. No obstante, por virtud del matrimonio, adquieren legalmente su emancipación (artículo 310 del Código Civil), y por tanto, habilidad para contratar y obligarse, con excepción de determinados actos; ahora, la donación entre cónyuges es uno de estos casos excepcionales, pues el artículo 279 del Código Civil manda obtener autorización judicial, que será admitida y otorgada en caso de absoluta necesidad o ventaja para el menor.

1.3.2.1.2.2. Personas en interdicción de administrar sus bienes.

Una vez que la sentencia declarativa del estado de interdicción, proferida por juez competente, produzca efectos *erga omnes*, el disipador, toxicómano, ebrio consuetudinario, insolvente o condenado a penas de reclusión mayor extraordinaria y ordinaria y menor extraordinaria, no podrá donar sus bienes sino a través de su curador legítimo, testamentario o dativo, según sea el caso; caso contrario, la donación, que a favor de su cónyuge otorgue el interdicto, adolecerá de nulidad relativa.

1.3.2.2. Capacidad del cónyuge donatario

A diferencia de la situación del cónyuge donante en la que las reglas sobre la capacidad se requieren al momento del otorgamiento, se debe recurrir a las disposiciones del Código Civil que regulan la capacidad del cónyuge donatario en dos momentos diferentes; en primer lugar, y debido a que el artículo 1165 del Código Civil así lo preceptúa, se deben inquirir estas reglas cuando se perfecciona el negocio jurídico, pues es nula la donación revocable entre personas que no pueden recibir unas de otras, asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos. Y en segundo lugar, recordando que esta clase de donaciones surte efectos obligacionales *post mortem*, en el momento de la consumación de su contenido, pues si la delación de la asignación fuese ineficaz, la efectiva realización de la relación negocial se vería obstruida, y por tanto, el propósito económico que persigue, si bien podría alcanzarse por vía de prescripción adquisitiva, resultaría fútil: el modo de adquirir el dominio mutaría y, consecuentemente, el título que es su causa suficiente devendría en despropósito.

Entendido lo anterior, cabe decir que para la aplicación de las reglas en el primer momento referido (perfeccionamiento del negocio jurídico) no hace falta hacer el distingo entre las formas negociales que admite la donación entre cónyuges; pues el legislador confunde las reglas sobre la capacidad para suceder con las reglas relativas a la capacidad para recibir donaciones, atento lo dispuesto en el artículo 1407 del Código Civil; entonces, el cónyuge donatario es capaz para recibir donaciones entre vivos y asignaciones testamentarias si no se encuentra incurso en las incapacidades previstas en los artículos 1007 y 1089 del Código Civil que se analizarán *infra* (capacidad para suceder), y que dicho sea de paso, creemos que pueden entenderse como pertinentes al caso, pues existen otras causas de incapacidad pero que no guardan lógica con la noción “cónyuge”, y por ende se vuelven inaplicables. Ahora bien, el profesor Corral Talciani asevera que el cónyuge donatario requiere de mérito para suceder⁴⁸ al momento del otorgamiento de la donación entre cónyuges, o lo que es lo mismo, debe ser digno de recibir asignaciones testamentarias. Creemos pues que esta apreciación no se ajusta del todo a la técnica jurídica: se aparta por completo de los efectos propios de esta sanción civil; toda vez que al intentar incorporar a la indignidad como causa de incapacidad para recibir, se estaría equiparando a ésta con la incapacidad para suceder, y se omitiría considerar que la forma en que surten efectos jurídicos es distinta. La indignidad no es óbice para que el asignatario reciba su parte del caudal relicto, ya que opera *ipso iudice*, y una vez declarada en sentencia constitutiva, pone a éste en la necesidad de restituir el o los bienes entregados, según prevé el artículo 1016 del Código Civil; en cambio, la incapacidad sí que lo es, óbice decimos, pues impide que el asignatario reciba lo que le corresponde en la sucesión, ya que opera *ipso iure*; consecuentemente, el tribunal que la conozca deberá proferir sentencia declarativa, retro trayendo sus efectos al momento en que

⁴⁸ Corral Talciani, Hernán, Ob. Cit., pág. 15.

se defirió la asignación. Cabe acotar que si la donación es posterior al auto judicial por el que se declara probada la causal de indignidad, opera lo dispuesto en el artículo 1015 del Código civil, esto es, el perdón que deja sin efecto la indignidad.

Además de lo dicho, existe un tipo de inhabilidad que hay que tomar en cuenta: si la persona beneficiaria de la donación tiene a su cargo la curaduría de su cónyuge, y si no ha presentado las cuentas de su curaduría, y pagado el sado si lo hubiere en su contra, no será capaz de recibir donaciones (artículo 1048 del Código Civil).

Para el segundo momento referido (consumación de la relación negocial) debemos analizar los presupuestos subjetivos para la eficacia de la atribución dominical; o sea, la capacidad y, ahora sí, la dignidad para suceder.

1.3.2.2.1. Capacidad para suceder.

Toda persona es capaz de adquirir derechos; pues esta condición forma parte de su personalidad. La capacidad para suceder no es la excepción; así, el artículo 1004 del Código Civil, en conformidad con el numeral 2 del artículo 69 de la Constitución de la República del Ecuador⁴⁹, dispone: “Será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigna.”.

Ahora bien, las incapacidades que de manera taxativa constan en el Código que regula la materia Civil, relativas a la aptitud para suceder, tienen ciertas características que las

⁴⁹ “Artículo 69 (...) 2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. **Se garantizará el derecho de testar y de heredar.**” (las negrillas son más)

diferencian de las indignidades, a saber: miran el interés de la sociedad en general y no el particular del testador, o sea, son de orden público; consecuentemente, no admiten interpretación analógica; no son susceptibles de ratificación, ni renuncia por parte del testador, tampoco de perdón; y los incapaces no adquieren la herencia o legado aunque no exista declaración judicial de incapacidad.

En la legislación ecuatoriana, las incapacidades para suceder son cinco: 1) no existir al momento de la apertura de la sucesión; 2) falta de personalidad jurídica, 3) ser notario beneficiario de disposiciones y autorizante del testamento contentivo de ellas; 4) ser eclesiástico confesor durante los dos últimos años de enfermedad del testador; y 5) haber sido judicialmente compelido a reconocimiento de paternidad. De todas estas, la primera (necesidad de existir), segunda (falta de personería jurídica) y quinta (reconocimiento paternal forzado) han de ser excluidas del análisis particular que a continuación se realiza, debido a la prohibición del numeral 6 de artículo 95 y por cuanto la calidad de cónyuges se extiende exclusivamente a personas vivas y naturales.

1.3.2.2.1.1. Incapacidad del cónyuge adoctrinante y confesor.

A partir de la vigencia de la ley 256 del 4 de junio de 1970, por la cual, entre otras reformas, se añadió el inciso final del artículo 1007 del Código Civil, teóricamente, y en el caso de un culto religioso que permita a sus adoctrinantes, si no contraer matrimonio, convivir y procrear (unión de hecho), la persona adoctrinante será incapaz de suceder a su cónyuge si lo ha confesado durante la última enfermedad, o durante los dos últimos años anteriores a la donación. Si bien estos argumentos podrían esgrimirse para dejar sin efecto el beneficio que reporta la donación sub examen, creemos que hay razones de diferente

índole que conducen a la idea de que esta causa de incapacidad es inoperante. La primera es de orden ético: consideramos que es muy poco probable que una persona pueda y deba confesar a alguien con la que mantenga un vínculo sentimental. Y la segunda y tercera son de índole jurídica: si opera esta causal de incapacidad, en el hipotético caso de un cónyuge que reúna la *conditio iure*, por efecto de la sanción de incapacidad a los deudos hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y debido a que la incapacidad “no recaerá sobre la porción de bienes que el eclesiástico o sus deudos habrían heredado abintestato, si no hubiese habido testamento”, se excluiría, de manera incoherente (contrariando todo principio del Derecho Sucesorio), a hijos, nietos y bisnietos (legitimarios) de la posibilidad de ser beneficiarios de asignaciones imputables a la libre disposición; quedando, como consecuencia lógica de esta antinomia, enervado el alcance de la incapacidad. Además, la *ratio legis* de la disposición jurídica que se analiza, responde a la protección que el legislador procura para el testador por la intensión torcida de ciertas persona con predominio moral que eventualmente captarían su voluntad; con todo, los móviles que inducen a otorgar el beneficio patrimonial a favor de un cónyuge son por demás trascendentes a la captación antedicha⁵⁰; razón por la cual, la libertad con la que deontológicamente se deben causar las asignaciones *mortis causa* no sufre alteración significativa como para viciarlas.

1.3.2.2.1.2. Capacidad del cónyuge notario que autoriza el testamento

Conforme a las razones de índole jurídica expuestas a propósito del tema inmediatamente anterior, y al ser esta incapacidad símil de la otra, tanto en su razón de ser, cuanto en sus

⁵⁰ Véase *infra* (Causa de la donación entre cónyuges) y (Beneficios de la donación entre cónyuges para la práctica del Derecho Civil)

efectos, sin perjuicio del diferente tratamiento de las personas que accesoriamente se ven afectadas por la sanción, podemos decir que tampoco cabe la incapacidad del notario, sus ascendientes y descendientes en lo relativo al negocio que se trata.

1.3.2.2.2. Indignidades

La sanción civil de indignidad debe su causa a la falta de mérito para suceder⁵¹. Al igual que la incapacidad es requisito de eficacia para la delación testamentaria; pero a diferencia de aquella, mira únicamente el interés particular del testador; consecuentemente: la persona de cuya sucesión se trata puede, en vida, perdonar la indignidad; la sanción civil se purga por el transcurso de cinco años de posesión; la indignidad se transmite a los herederos del agente del hecho ilícito o ingrato; y la indignidad no pasa a terceros de buena fe. También, la indignidad no empece la adquisición de la asignación, sino que, a petición de parte interesada, el juez competente puede privar del beneficio que reporta la asignación al heredero o legatario indigno, previa prueba fehaciente de la causal invocada. Sumando a lo anterior, el hecho de que no incurre en indignidad, a pesar de cumplir fácticamente con la condición jurídica de la norma que sanciona el comportamiento no meritorio, la persona a la que, por efecto de la ley o de una decisión judicial, se exime de culpabilidad o responsabilidad; por ejemplo: la legítima defensa, la carencia de voluntad y conciencia, la prescripción de la acción penal, etc.

1.3.2.2.2.1. Causas de Indignidad

Son muchas las causas de indignidad que contempla la legislación ecuatoriana, pero de todas ellas, sólo las siguientes afectan al cónyuge sobreviviente:

⁵¹ Somarriva, Manuel, Ob. Cit, pág. 117

1.3.2.2.1.1. Homicidio en la persona del difunto

El numeral 1 del artículo 1010 del Código Civil establece que será indigno “El que ha cometido el delito de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en este delito por obra o consejo,...”. Analicemos esto detenidamente:

Si recurrimos a lo preceptuado por el artículo 42 del Código Penal, en su parte pertinente reza:

“Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera **directa e inmediata** (autor material), sea **aconsejando** o instigando (autor intelectual) a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito;...”(negrillas e interpolaciones son mías)

Podemos aseverar que el legislador sanciona, sin distinción tipológica, la conducta del autor del delito de homicidio; ahora bien, si se sanciona al autor, se debería sancionar al cómplice y al encubridor, ya porque la lógica nos conmina a entender el precepto normativo de esta manera, y no porque seamos fieles a los principios dogmáticos del Derecho que mandan aplicar las sanciones estrictamente, sin posibilidad de aplicar reglas de hermenéutica por analogía o interpretación extensiva; además, por lo preceptuado en el artículo 41 *Ibíd.*, los cómplices y encubridores son responsables de las infracciones y como es consabido, el hecho de cooperar a la ejecución del acto punible y procurar la impunidad del delincuente, desmerecen el don derivado de la asignación, que por demás está decir, es la razón que motiva al legislador a introducir la indignidad en el ordenamiento jurídico.

Dicho lo anterior, es preciso aclarar que se distinguen los conceptos de homicidio y asesinato en nuestra legislación penal, por ser el asesinato un homicidio con elementos característicos que denotan perversidad y vacuidad del delincuente; es así que, se entiende *a fortiori*, que la persona que cometa asesinato en la persona del causante será también indigna de suceder.

En conclusión: el cónyuge será indigno si es responsable del delito de homicidio o asesinato, en calidad de autor, cómplice o encubridor.

1.3.2.2.2.1.2. El atentar contra la vida, honor o bienes del causante

Atentar evoca inmediatamente una ilicitud; por consiguiente, todo aquel comportamiento sancionado por la ley, por precaver la lesión del derecho a la vida, al honor y al patrimonio, es causal de indignidad; verbigracia: la tentativa de asesinato, las injurias, el fraude, etc.; inclusive si son reguladas por leyes de índole diferente a la penal (es el caso del cónyuge culpable del divorcio). Todo esto, con tal que los atentados se prueben por sentencias judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada. (Numeral 2do del artículo 1010 del Código Civil).

1.3.2.2.2.1.3. El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria, o le impidió testar

Como indica Zannoni, esta causal reconoce su fundamento en el fin perseguido por el legislador con respecto a la declaración de última voluntad, esto es, que se profiera con

íntegra libertad⁵². El análisis de lo que se entiende por dolo y fuerza queda expuesto *supra* (*Vicios de la voluntad*).

Me parece oportuno recoger las palabras de Juan Larrea Holguín en el sentido de dar extensión a la aplicación de esta indignidad a supuestos de títulos nulos; así, el ilustre jurista ecuatoriano, de accidental natalicio bonaerense, enseña: “También debe considerarse como causal de indignidad el dolo o la fuerza ejercidos sobre quien ha hecho un testamento nulo, ya que no se mira tanto a la eficacia de la acción ilícita, cuanto al agravio que se ha hecho al causante y por el cual la ley sanciona con la indignidad.”. Téngase en cuenta que señalamos, generalmente, a títulos nulos y no delimitamos el sentido solamente a testamentos que adolezcan de esta sanción civil; por cuanto, como se ha venido insistiendo en temas anteriores, la donación entre cónyuges admite la forma de contrato entre vivos y de testamento.

1.3.2.2.2.1.4. El que ha detenido u ocultado, de forma dolosa, el testamento

El numeral quinto del artículo 1010 establece la indignidad para suceder de la persona que ha ocultado o detenido el testamento; presumiéndose dolo por el solo hecho de ocultar o detener. Al igual que la causal inmediatamente anterior, se prevé por el legislador en razón de la primacía, y su consecuente protección, de la voluntad íntegra del testador.

Para algunos tratadistas, esta causal de indignidad debe ser apreciada equitativamente por el Juez, atribuyendo relevancia únicamente a los ocultamientos o detenciones que pretendan

⁵² Zannoni, Eduardo, Manual de derecho de las sucesiones, 4ta. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999. pág. 86

impedir la eficacia del testamento. Entendemos, *a contrario sensu*, que poco importa la relevancia o gravedad del ocultamiento o detención porque se presume dolo “por el mero hecho”; además, la presunción ínsita en el numeral que se examina, es legal. Por tanto, el asignatario, que obviando la obligación de actuar diligentemente con respecto a hacer sabedores a los beneficiarios de las disposiciones y declaraciones de última voluntad del testador, degenera en indigno de suceder; pero conserva la facultad de desvirtuar la presunción mediante prueba en contrario.

1.3.2.2.2.1.5. No denunciar el homicidio cometido en la persona del causante

El artículo 1011 establece:

“Es también indigno de suceder el que, siendo mayor de edad, no hubiere denunciado o acusado ante la justicia el homicidio cometido en la persona del difunto, tan presto como le hubiere sido posible.

Cesará esta indignidad si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso.

Pero esta causa de indignidad no podrá alegarse contra el heredero o legatario que fuere eclesiástico, cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del autor o cómplice del homicidio.”

Pues bien, no hay mucho que aclarar con respecto a esta causal. Podemos suponer que el fundamento subyacente de la misma es que la falta de diligente persecución a los responsables del delito hacen del mayor de edad indigno porque denota indubitable ingratitud.

1.3.2.2.2.1.6. Causa ilegítima de excusa

El artículo 1013 del Código Civil⁵³ sanciona el comportamiento demeritorio del curador, tutor o albacea que siendo designados *ex testamento* se excusaren ilegítimamente. Así, el curador o tutor únicamente puede excusarse si reúne los presupuestos contemplados en el artículo 531 del Código Civil, pues al ser las curadorías y tutelas “cargos impuestos”, el legislador considera que los motivos de excusa son taxativos. En cambio, los albaceas no están obligados a aceptar el cargo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1298 del Código Civil; entonces, la cuestión de la excusa del cargo queda exclusivamente a discreción cualitativa del juez que conozca de la prueba del inconveniente grave para desempeñarlo.

Ahora bien, esta causa de indignidad no afecta a la asignación forzosa; consecuentemente, no priva al cónyuge, indigno por excusa ilegítima, de las donaciones hechas a su favor imputables a la porción conyugal.

1.3.2.2.2.1.7. Promesa de pasar los bienes del causante a un incapaz para suceder

Es la causal consagrada en el artículo 1014 del Código Civil⁵⁴. Para el grueso de la dogmática, adolece de un contrasentido que la hace inaplicable: si su fundamento es precaver el efecto jurídico de la sanción de incapacidad, y evitar el vicio a la libertad para testar, fácilmente podría ser burlada en virtud del perdón de la indignidad previsto por el

⁵³ Art. 1013.- Son además indignos de suceder el tutor o curador que, nombrado por el testador, se excusare sin causa legítima; y,

El albacea que, nombrado por el testador, se excusare sin probar inconveniente grave.

No se extenderá esta indignidad a los asignatarios forzosos, en la cuantía que lo son, ni a los que, desechada por el juez la excusa, entren a servir el cargo.

⁵⁴ Art. 1014.- Finalmente, es indigno de suceder el que, a sabiendas de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquiera forma, a una persona incapaz. Esta indignidad no podrá alegarse contra ninguna persona de las que, por temor reverencial, hubieren podido ser inducidas a hacer la promesa al difunto; a menos que hayan procedido a la ejecución de la promesa.

artículo 1015 del Código Civil⁵⁵. Por esto, se sugiere que, para evitar su derogación por haber perdido su razón de ser, se la considere como causa de incapacidad.

A más de las causales anteriormente explicitadas y explicadas, el legislador ha considerado indigno de suceder al albacea removido por dolo⁵⁶

1.3.3. Objeto de las donaciones entre cónyuges.

Ciertamente, quienes hemos involucrado nuestro esfuerzo intelectual en generar un conocimiento acertado del negocio jurídico, hemos sido constreñidos a entender nociones que podrían fácilmente calificarse de tortuosas. Un ejemplo claro de esto se hace presente en la conceptualización del objeto del negocio jurídico (o acto jurídico); pues, entre otras cosas, suele confundirse con la causa (teoría anticausalista) o se entiende, en derecho estricto, y de acuerdo a la concepción que el acto jurídico es la manifestación de voluntad dirigida a crear, modificar, y extinguir derechos subjetivos, que es el conjunto de derechos y obligaciones que el acto (o negocio jurídico) crea, modifica o extingue⁵⁷. Así las cosas, parece axiológicamente imperativo acudir a la disposición, tantas veces malmirada, del artículo 1476⁵⁸; ya que si obráramos en sentido contrario: violentando el aspecto externo de la experiencia y procurando la pulcritud estética de la ciencia, no hacemos sino mutilar la praxis de la teoría. Entonces, no obstante la diferencia dogmática entre objeto del negocio

⁵⁵ Art. 1015.- Las indignidades mencionadas en los artículos precedentes no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que las producen, aún cuando se ofreciere probar que el difunto no tuvo conocimiento de esos hechos al tiempo de testar ni después.

⁵⁶ Art. 1321.- Será removido por culpa grave o dolo, a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente. En caso de dolo se hará indigno de tener parte alguna en la sucesión y además de indemnizar de cualquier perjuicio a los interesados, restituirá todo lo que haya recibido a título de retribución.

⁵⁷ Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 155.

⁵⁸ Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.

jurídico y objeto de la obligación⁵⁹, a efectos de esta tesis de grado se expondrán las cosas a que se aplican los derechos y obligaciones que dimanar de las donaciones entre cónyuges, pues los efectos jurídicos, que constituyen, a ciencia cierta, el objeto del negocio jurídico, se explicitan y explican en capítulos diversos que complementan lo que a continuación se analiza.

En lo relativo a la donación entre cónyuges, precisa aclarar que lo que pretende conseguir el cónyuge donante, entre otras cosas, ejercitando la autonomía de la voluntad, es favorecer al cónyuge donatario, librando el escollo constituido por las normas que prohíben a los mismos celebrar negocios jurídicos entre sí, por medio de la constitución del usufructo legal a favor de su cónyuge (efecto *inter vivos* que caracteriza al tipo de negocio jurídico). Como consecuencia de que el legislador no ha consagrado norma prohibitiva al respecto, este propósito se consigue, en cuanto a la aptitud de las cosas, en una amplia dimensión: cabe constituir usufructo sobre universalidades (herencia) o una cuota de ellas, sobre cuerpos ciertos o una cuota de ellos, sobre muebles o inmuebles, sobre cosas fungibles o no fungibles, y también, sobre derechos personales⁶⁰; pero huelga decir que, a efectos de su admisibilidad como objeto de la donación entre cónyuges, estos no pueden ser consumibles, o lo que es lo mismo, no pueden ser bienes muebles tales que se destruyan por su primer uso, ora civil, ora naturalmente; pues, el usufructuario (donatario) se hace dueño de los mismos (cuasiusufructo): la entrega del bien por parte del donante para que su consorte los disfrute produciría efectos jurídicos dominicales *inter vivos*; violentando así, lo preceptuado

⁵⁹ En derecho estricto, el objeto de la obligación es la prestación o abstención a que el deudor está obligado; en cambio, el objeto del negocio jurídico es, como ya se ha manifestado, lo querido por el autor o las partes del negocio jurídico.

⁶⁰ Peñailillo, Daniel, *Los Bienes: La Propiedad y otros de Derechos Reales*, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Santiago 2006, Pág. 202.

en el artículo 1165 del Código Civil, que permite exclusivamente la donación entre cónyuges de carácter revocable.

Además, el objeto debe reunir los siguientes requisitos previstos en el artículo 1477 del Código Civil: 1) debe ser real; o lo que es lo mismo, debe existir o al menos se debe tener una expectativa real de su existencia futura; por consiguiente, puede aseverarse que la donación entre cónyuges de bienes futuros vale, pero dependerá su eficacia del cumplimiento de la condición suspensiva consistente en que llegue a existir el bien. Ahora bien, las donaciones entre cónyuges, sujetas a esta modalidad, pierden la causa que las caracteriza⁶¹, pues el cónyuge donante no podrá efectuar la tradición del derecho real de usufructo a favor del cónyuge donatario mientras no se cumpla la condición suspensiva mentada; consecuentemente, el negocio jurídico adolece de un vicio tal que el complejo de sus efectos jurídicos se reduce a uno solo: surte efectos como acto de asignación testamentaria a título singular o a título universal, según sea el caso, ya que el error de derecho en que incurren las partes hace que el propósito económico que persiguen no sea el típico de la donación entre cónyuges sino el del legado o el de la institución de heredero. Lo dicho se entiende a partir de lo preceptuado en el artículo 1460 del Código Civil acerca de las cosas que son esencia de los contratos. 2) debe estar determinado: significa que debe especificarse la cosa de tal manera que las partes sepan con certeza cuál es el objeto de la obligación; es decir, el donante debe conocer qué debe y el donatario debe saber qué exigir; pues al encontrarnos frente a una indeterminación total del objeto: “si se pudiera entregar o exigir cualquier cosa o en cualquier momento”⁶², sería inexistente el negocio jurídico. Pero,

⁶¹ ver *infra* (La causa de las donaciones entre cónyuges)

⁶² Canosa Torrado, Fernando, Ob. Cit. Pág. 416.

en orden a analizar este tópico, se requiere hacerlo a partir de los efectos sucesorios que conlleva la celebración de la donación entre cónyuges; es así que, si se lega un cuerpo cierto, la determinación debe ser suficiente como para no confundirlo con otro de su género; si se lega una cosa de cierto género sin especificar su especie, la determinación debe realizársela a partir de su cantidad, esto es, en razón de su número, peso o medida; y si se asigna parte del patrimonio, la determinación se la efectúa ya no sobre cosas corporales, sino sobre cuotas partes ideales en que se divide el derecho de dominio sobre la universalidad patrimonial. Y 3) debe ser comerciable y lícito: las cosas objeto de la donación entre cónyuges deben ser susceptibles de dominio y posesión privada; además, su enajenación, *lato sensu*, no debe estar prohibida por las leyes.

Una vez expuesto lo anterior, y para terminar con el análisis del objeto de la donación entre cónyuges, se tratará de dilucidar el siguiente cuestionamiento: ¿es válida la donación entre cónyuges de bienes ajenos?

En último término, todo análisis sobre la legitimidad y licitud en este tópico queda supeditado a la aplicación irrestricta del poder de libre contratación y su consecuente autodeterminación de contenido; ya que para nuestro sistema de normas, los negocios jurídicos son meramente obligacionales⁶³. Es así que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141 del Código Civil, es válida la donación entre cónyuges que tienen por objeto cosas de propiedad exclusiva del donante; así como también, y en estricto Derecho, es válida la que tiene por objeto cosas que no lo son, es decir, que pertenecen a patrimonios en

⁶³ Téngase presente que se excluyen de esta regla general los negocios jurídicos de cumplimiento, verbigracia, la tradición.

que los bienes del donante están confundidos con otros o, ya de hecho, son ajenos; máxime, si el artículo 174 del Código Civil consagra la capacidad de los consortes para disponer, por causa de muerte, de bienes sociales, y el artículo 1135 faculta al testador para disponer de cosas ajenas. Ahora bien, la cuestión se enturbia si pensamos que la relación jurídica debe consumarse, y no solamente quedar en la etérea figura de título válido traslativo de derechos reales, es decir, la donación entre cónyuges debe surtir todos los efectos a que esta llamada: tanto entre vivos (constitución del derecho real de usufructo a favor del cónyuge donatario), cuanto por causa de muerte (sucesión en el derecho real de dominio); ya que nadie puede transferir o transmitir más derechos que los que posee. Entonces, al poner en perspectiva el tema, se intentará dilucidar la problemática que suscita, analizando la copropiedad y los bienes ajenos.

Debemos comenzar diciendo que la asignación de un bien en copropiedad se conoce en dogmática como legado de cuota, y que para analizar la situación de los efectos jurídicos *post mortem* de la donación entre cónyuges, se debe realizar un distingo frente a la pertenencia patrimonial del bien legado a una comunidad singular o a una comunidad universal, y en ambos casos, asimismo, precisa distinguir si al fallecimiento del donante subsiste o no la indivisión; pues, vistas así las cosas, se producen sendos efectos jurídicos. Entonces, si subsiste la indivisión y recae sobre una comunidad singular, se transmiten al cónyuge donatario los derechos en la cuota parte ideal que al donante corresponde en la copropiedad; consecuentemente, y por efecto de la adquisición del derecho real de dominio por la sola muerte del causante (cónyuge donante), podrá solicitar la partición, sin respecto del tratamiento de los bienes sucesorios y aún sin la anuencia de los herederos. Ahora bien, en el mismo supuesto de la comunidad singular pero acaecida la partición en vida del

cónyuge donante, y adjudicada la especie a un tercero (no comunero), la donación se revoca tácitamente; ya que la voluntad de transferir la propiedad (no la nuda propiedad) a una tercera persona implica tácitamente la de revocar la pretérita donación, según prevé el artículo 1162 del Código Civil. Luego, en el caso de la adjudicación de la especie materia de la donación entre cónyuges a otro comunero, y por el efecto declarativo de la partición, el legado de especie, contenido en la donación, tendría por objeto una cosa ajena; por consiguiente, se observará lo dispuesto en el artículo 1135 del Código Civil, que en su parte pertinente manda aplicar la segunda regla del artículo 1134 del Código Civil que dice: “...dicho asignatario (refiriéndose a la persona que está obligada a pagar el legado) estará sólo obligado a dar en dinero el justo precio de la especie”, consecuentemente, el cónyuge donatario asumiría, por efecto de la ley, la calidad de legatario de género, en razón del crédito compensatorio que genera la imposibilidad del pago del legado (esta regla se aplica en todos los casos en que el objeto de la donación entre cónyuges no pertenece al donante). Y si el bien es adjudicado en su totalidad al cónyuge donante, habrá de interpretarse judicialmente el negocio jurídico para conocer su alcance y sentido: se procurará determinar si la voluntad del donante fue asignar la totalidad de la especie o la cuota que le correspondía en la indivisión; para conseguir tal cometido se debe considerar la presunción legal contenida en el artículo 1138 del Código Civil: “Si el testador no ha tenido en la cosa legada más que una parte, cuota o derecho, se presumirá que no ha querido legar más que esa parte, cuota o derecho...”. Caso contrario: si el bien pertenece a una comunidad universal, los efectos del legado de cuota difieren de los que genera la donación de un bien en comunidad singular cuando subsiste la división; pues el donante no tiene sino derechos abstractos sobre la universalidad y no sobre bienes determinados, por consiguiente, los derechos del cónyuge donatario quedarán a merced de las resultas de la partición

hereditaria; así, si el bien es adjudicado a los herederos del cónyuge donante, habrá de aplicarse lo dicho con respecto al artículo 1138 del Código Civil; en cambio, si el bien es adjudicado a un tercero, habrá de aplicarse lo dicho con respecto al legado de cosa ajena.⁶⁴

En lo relativo a la sociedad conyugal, que es un sistema comunitario de carácter sui géneris, la disposición arbitraria y por causas de muerte de bienes contenidos en ella es plenamente válida, ya que el artículo 174 del Código Civil, como excepción de la regla contenida en el artículo 1138, manda depender los efectos del acto *mortis causa* de la división de gananciales; así, será factible perseguir la cosa, a través de las acciones correspondientes, si ha sido adjudicada al donante; pues de no ser así (si es adjudicada al donatario), el donatario tendrá derecho a perseguir su precio en la sucesión del donante.

Sentada la factibilidad en materia de copropiedad de los efectos *mortis causa* de la donación entre cónyuges, nos toca analizar sus efectos entre vivos; así, cabe acotar que el legislador, en el artículo 698 del Código Civil, prevé como requisito para la validez de la tradición, que el tradente sea dueño de la cosa que se entrega, so pena de transferir únicamente los derechos que posee sobre la cosa entregada. Consecuentemente, el cónyuge donante debe ser dueño de la cosa donada para efectuar su tradición o al menos usufructuario. Pero sucede que, en la copropiedad, le corresponden al comunero los frutos indivisos de las cosas sobre las que tiene derecho de cuota; en este sentido, y de manera incorrecta, podría argumentarse que el donante puede transferir la cuota parte ideal sobre el usufructo del bien; pero, cabe decir que, mientras subsiste la indivisión, los

⁶⁴ SOMARRIVA, MANUEL, *Indivisión y Partición*, 5 edic., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002

frutos que genera el bien, no se dividen de pleno derecho, según lo consagrado por legislador en el artículo 2210 del Código Civil; consecuentemente, los comuneros no pueden gozar de su cuota, y los frutos antedichos acrecen el caudal indiviso. Entonces, no es válida (tutelado por el Derecho) la entrega de bienes sociales sin el consentimiento unánime de los comuneros a efectos del cambio institucional “usufructo legal”.

Lo mismo puede aplicarse a la sociedad conyugal; pues el artículo 182 del Código Civil dispone: “El marido y la mujer son respecto de terceros, dueños de los bienes sociales...”. Ahora, no cabe duda que considerar, en este supuesto, a la donación entre cónyuge como negocio consigo mismo es imposible; toda vez que no reúne los requisitos para su configuración, esto es, la contraprestación y el conflicto de intereses.

Además, cabe decir, que la comunidad de ganancias, que rige como régimen supletorio en nuestro caso, nace coetánea a la celebración del matrimonio; y no es que los cónyuges sean propietarios con respecto a tercero, sino lo son *erga omnes*; en este sentido, el jurista Larrea Holguín dice lo siguiente:

“Desde luego, aquí se ve la deficiencia de no hacer una reforma integral de la Ley, incluso el texto, desde luego, del Art. 182, no modificado, desgraciadamente, es simplemente, me atrevo a decirlo, ridículo, porque fíjense si no es ridículo hablar de que el marido y la mujer son, respecto a terceros, dueños; el que se dijera que el marido era, respecto a terceras personas, dueño de los bienes, era porque se hacía una ficción, una ficción que se alejaba de la realidad, pero si ambos son dueños, entonces no es frente a terceros, sino simple y llanamente son dueños, y nada más, sino frente a quiénes, no van a ser dueños frente a todo pero no entre sí, recíprocamente, entonces, ni el uno es dueño, ni el otro es dueño; he aquí cómo, cuando se quiere hacer una reforma simplemente superficial, en la que se busca la

igualdad terminológica, que no se diga que sólo el marido es dueño, también la mujer es dueña, el marido y la mujer son dueños, he allí una cosa absurda...”⁶⁵

1.3.4. La causa de la donación entre cónyuges

Nuestro Código Civil admite la distinción entre causa de la obligación y causa del contrato. Así, puede decirse que aquella tiene carácter meramente objetivo e indica lo que la doctrina tradicional llama causa final, esto es, el fin inmediato e idéntico del negocio jurídico, que se traduce, en el caso de las donaciones, cualquiera sea su tipo, en la mera liberalidad; y ésta, en calidad de antípoda, es reconocida en la doctrina moderna como causa ocasional, esto es, el fin subjetivamente mediato y variable del negocio jurídico, que comporta un móvil principal y determinante en relación con la voluntad del donante. Entiéndase entonces que la admisión de un criterio no excluye el otro por ser entidades distintas. Por esto, el artículo 1483 preceptúa: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente (causa final). Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato (causa ocasional);...”. Empero, vale decir que se atiende a la causa de la obligación como mecanismo para la protección del consentimiento frente a la poder discrecional del juez para determinar la licitud y moralidad del negocio jurídico; en cambio, se atiende a la causa del contrato como mecanismo de salvaguarda del orden público frente a una eventual ilegalidad o inmoralidad en los motivos que principalmente determinan la declaración de voluntad, o frente a la incoherencia contractual (desproporción entre las prestaciones). Ahora bien, creemos que la noción de

⁶⁵ Larrea, Holguín, Últimas reformas al Código Civil: Comentarios a la Ley 18 proferidos en una conferencia dictada en el auditorio del Banco Continental por invitación de la Superintendencia de Compañías que fueron recogidos y transcritos por la revista jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. El artículo puede consultarse en:

http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=category§ionid=4&id=41&Itemid=63.

causa negocial no se agota en estos términos; pues hay que dotarla de valor extrajudicial: como sostiene la doctrina alemana e italiana, “la causa caracteriza al negocio”; pues, entre otras cosas, responde a la función económica social que persigue el tipo negocial; en otras palabras: la voluntad persigue un interés económico social que puede ser satisfecho mediante la celebración de un tipo negocial tutelado por el Derecho; por consiguiente, la causa determina el mínimo esencial de los efectos jurídicos del negocio, o lo que es lo mismo, sus elementos esenciales.⁶⁶

Sentado lo anterior, decimos que el propósito que persigue el cónyuge donatario, al celebrar este negocio típico, es el enriquecimiento de parte de su cónyuge; huelga recordar que la donación entre cónyuge es siempre una donación revocable; es así que, se entiende como enriquecimiento tanto la constitución del dominio útil (usufructo) a favor del donatario, cuanto la transmisión de la propiedad *post mortem*, según lo establecen los artículos 1169 y 1170 del Código Civil que en lo principal prevén que el legado o la institución de heredero que derive en entrega *inter vivos* de su objeto será donación revocable. Por esto, si un negocio jurídico, a pesar de su denominación, no es causa suficiente del complejo de efectos jurídicos que le son propios a la donación entre cónyuges, no puede calificarse de tal y su tratamiento jurídico se inscribiría en un tipo negocial distinto o bien devendría en nulo por no cumplir con los requisitos de existencia o validez comunes a todos los actos jurídicos.

⁶⁶ De Castro y Bravo, Federico, Ob. Cit., págs. 163 - 199. El mismo sentido: Betti, Emilio, *Teoría General del Negocio jurídico*, 14 edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/a.

1.3.5. Formalidades de la donación entre cónyuges

Ocurre, las más de las veces, que la donación entre cónyuges debe cumplir con exigencias legales, relativas a su aspecto externo, de muy variada índole; máxime, si se puede otorgar en la forma de negocios por causa de muerte que son esencialmente formales; pero como veremos, cabe también la posibilidad de efectuarlas verbalmente. De hecho, la regla general es que la donación entre cónyuges es un negocio jurídico solemne, y que excepcionalmente puede celebrarse consensualmente.

En cierta medida, la complejidad inherente a la noción de la donación entre cónyuges radica en su heterogeneidad de formas. Esta característica la configura como un tipo o especie dentro del género de las donaciones revocables. Es más, debido al imperativo legal por el cual es revocable, creemos que, de entre el género referido, es la única que reporta provecho para la práctica del Derecho Civil; pues como ya se dijo, toda donación revocable, a excepción de la donación entre cónyuges, puede ser reemplazada, bien por la donación entre vivos, o bien por el testamento.

Es así que, atendiendo el distingo del artículo 1038 del Código Civil, se procederá a analizar las formalidades que requiere según si se celebra como donación entre vivos o testamento.

1.3.5.1. Donaciones entre vivos.

Las formalidades que el legislador prevé para la validez de esta clase de donaciones son: Instrumento privado o público, insinuación judicial, inscripción, inventario, y aceptación del donatario y su notificación al donante⁶⁷.

1.3.5.1.1. Instrumento Público o Privado

La naturaleza del objeto de la donación entre cónyuges determina el requisito del instrumento como formalidad; es decir, si corresponde, en uno u otro caso, la verificación del instrumento privado o del instrumento público.

Así, el negocio jurídico sub examen, cuando recae sobre bienes muebles no requiere para su validez instrumento público alguno; tampoco se exige instrumento privado sino como medio de prueba para poder exigir su cumplimiento y siempre que su valor sea mayor a ochenta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (artículo 1726 del Código Civil). Se entiende pues, *a contrario sensu*, y a manera de excepción a la regla general de que la donación entre cónyuges es un negocio formal, que en el caso en que no supere este valor, es meramente consensual. La omisión de este requisito no tiene más consecuencias que la imposibilidad de probar la obligación por medio de testigos, según lo previsto en el artículo 1725 del Código Civil.

Ahora bien, el artículo 1416 del Código Civil manda celebrar donaciones entre vivos, cuyo objeto sean bienes inmuebles, por escritura pública. Asimismo, se requiere esta solemnidad siempre que la causa que impulsa la liberalidad sea onerosa: como cuando se dona un bien para que una persona abrace un estado o profesión, según dice el artículo 1420 del Código

⁶⁷ Larrea Holguín, Juan, Ob. Cit., pág. 390.

Civil. Esta forma de manifestar la voluntad se encuentra definida en el 26 de la Ley notarial que reza: “Es el instrumento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que este autoriza e incorpora a su protocolo”. La omisión de esta solemnidad acarrea la invalidez; toda vez que es nulo, de nulidad absoluta, el negocio jurídico que se celebra inobservando las solemnidades requeridas taxativamente por el legislador en consideración de su naturaleza (artículo 1698 del Código Civil); sin embargo, cuando se requiere la referida solemnidad, debido a la causa onerosa, la omisión no invalida el negocio sino que se considera a la modalidad como no escrita, y a la donación entre cónyuges, como gratuita⁶⁸.

1.3.5.1.2. Insinuación Judicial

Nos encontramos frente a una interrogante: ¿La donación entre cónyuges precisa de autorización judicial? Creemos que previamente hay que dilucidar la razón de ser de esta formalidad para posteriormente contrastarla con la esencia revocable de la donación entre cónyuges, y así responder a la pregunta.

El artículo 1417 del Código Civil establece que la insinuación es “la autorización del juez competente, solicitada por el donante o el donatario”, asimismo, dispone que se otorgará dicha autorización si la donación no contraviene “a ninguna disposición legal”; lo que quiere decir que el alcance de la formalidad importa: la indemnidad del peculio del donante, de sus relaciones jurídicas patrimoniales con terceros y de la legalidad del negocio

⁶⁸ Creemos que el término “gratuita”, que trae el artículo 1420 del Código Civil, no se halla felizmente consignado en la consecuencia jurídica de la norma; pues, como ya se explicó, los gravámenes pecuniarios o modalidades, no cambian la esencia del negocio jurídico, convirtiéndolo en oneroso; toda vez que la omisión del requisito de Escritura Pública debe entenderse como presunción de derecho consistente en la inexistencia de la modalidad.

per se, que se procura por intermedio de una valoración judicial; o lo que es lo mismo, el interés del legislador en precaver el orden público se hace presente, en lo relativo a las donaciones, en la forma de la autorización judicial. Pero desde hace algunos años atrás, la Corte Suprema, hoy Corte Nacional, ha interpretado este requisito como una formalidad prevista en consideración al estado o calidad de las personas, ya que, según el criterio del más alto Tribunal de Justicia, se verifica con la intención de proteger el interés del donante y sus legitimarios para que “no quede reducido a la miseria” y “para que no sean privados de lo que por ley les correspondería a su fallecimiento”⁶⁹, respectivamente. Lo cierto es que lo que ha quedado reducido es la legitimidad de tan importante solemnidad; pues actualmente queda cumplida en virtud de una simple declaración juramentada, rendida por el donante ante notario público, en el sentido de su suficiencia patrimonial, según lo permite el artículo 18 de la Ley Notarial.

Ahora bien, las donaciones revocables no requieren autorización judicial, pues el legislador no manda observar esta formalidad sino en el supuesto de celebrar donaciones irrevocables, cuyo objeto sean bienes que superen el valor de ochocientos dólares⁷⁰; y según el grueso de

⁶⁹ *Fallo de la 1ra Sala de lo Civil y Mercantil, de fecha 31 de enero de 2001, juicio María Herlinda Aucapiña Campoverde (Procuradora Común de Narcisca de Jesús Aucapiña; Rebeca de Jesús Ticsi Guiracochoa, Juan Aucapiña Vásquez, Luis Alberto Ticsi Pizarro, Alfonso Gonzalo Pizarro Campoverde, Manuel Humberto Quintuña Amendaño, Jorge Emiliano Pizarro Ticsi, Zoila Matilde Gualpa Orellana, Gloria de los Ángeles Peña, María Delfina Gualpa Orellana, Alfredo Rogelio Gualpa, Octavio Desiderio Campoverde Gualpa, Líder Manuel Gualpa Orellana, Carmen Herlinda Cárdenas, María Verónica Pizarro Ticsi, Luis Emiliano Ticsi Campoverde, Alberto Aucapiña Vásquez, María de Jesús Campoverde Campoverde, Ana Celia Cárdenas Gualpa, Lastenia Purificación Londa Morales y Juana Aucapiña Aucapiña) contra el Ministro de Educación y Cultura y de los cónyuges José Salvador Chacho Tepán y María Florinda Gualpa Vivar. En Expediente 41, Registro Oficial 289, 21 de marzo de 2001.*

⁷⁰ Las formalidades son de Derecho estricto, y en este caso en particular, el legislador distingue, de entre la dicotomía en que se clasifica a las donaciones según la facultad de revocación arbitraria que ostenta el donante, que exclusivamente “La donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de ochocientos dólares de los Estados Unidos de América, y será nula en el exceso.” (artículo 1417 del Código Civil).

la dogmática, porque la transferencia de dominio entre vivos puede dar paso, a más de conductas ilegales, a relaciones jurídicas injustas⁷¹; y como ya se ha explicado, la donación revocable no produce este efecto jurídico. Entonces, de acuerdo con lo dicho, la formalidad de insinuación judicial no sería aplicable a las donaciones entre cónyuges, por cuanto surte efectos dominicales *post mortem*. Sin embargo, si atendemos a la ratio legis de la insinuación judicial, y en el caso de una donación entre cónyuge otorgada en la forma de contrato entre vivos, cabe preguntarse: si acaso, debido a su inherente complejidad, ¿sería laudable la valoración judicial de legalidad implícita en formalidad que se analiza? Pues bien, para todos quienes valoramos a la práctica forense como la razón de ser de todo aquello que, perteneciendo al Derecho, le atañe extramuros, y en razón de que nada obsta el cumplimiento de formalidades de naturaleza convencional, la respuesta es afirmativa; ya que, a pesar de la tendencia actual de relajación de las formas, la autorización judicial serviría de instrumento de persuasión a favor de la validez del negocio sub examen, mientras no se eliminen, definitivamente, los criterios plurívocos existentes en sede notarial.

1.3.5.1.3. Inscripción

El artículo 1416 del Código Civil, luego de prever la formalidad de Escritura Pública para la celebración de donaciones entre vivos de bienes inmuebles, manda inscribir los mentados instrumentos públicos en los correspondientes registros, so pena de nulidad. Ahora bien, ¿a qué tipo de inscripción se refiere el legislador? Suele discutirse, con respecto a la donación entre vivos, si la inscripción es requisito de validez o tradición. Ciertamente, significa las

⁷¹Rodríguez Grez, Pablo, Instituciones de Derecho Sucesorio, 3ra. Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 201.

dos posturas: es tanto lo uno como lo otro. Así, en relación con el negocio jurídico, es solemnidad cuya omisión se sanciona con nulidad absoluta; y en lo relativo al cumplimiento de la obligación unilateral que genera su celebración, es acto jurídico de cumplimiento (tradicción).

Entendida la inscripción como solemnidad, cabe decir que tiene como propósito lo consagrado en el artículo 2 de la Ley de Registro, esto es: 1) dar publicidad al negocios jurídico, ya que traslada el dominio a favor del donatario; y, 2) garantizar la autenticidad y seguridad del título. Es así que, debemos interpretar este requisito como formalidad relativa a la naturaleza del negocio que procura la publicidad, autenticidad y seguridad del instrumento que contiene la donación entre vivos; instituida por el legislador con motivo del tratamiento especialísimo que caracteriza a los negocios gratuitos.

En lo relativo a la donación entre cónyuges, a más de lo expuesto anteriormente, se requiere esta solemnidad, una vez producida la entrega de su objeto para que el donatario adquiriera la calidad de usufructuario, como medio de publicidad de la limitación al dominio que ejerce el donante sobre la coas donada, y como prueba de la atribución del usufructo a favor de cónyuge donatario, cuando el objeto de la donación es un bien inmueble, según prevé el literal d del artículo 25 de la Ley de Registro.

1.3.5.1.4. Aceptación del donatario y su notificación al donante

Ha quedado expuesto ya, que la aceptación *inter vivos* que el cónyuge donatario puede hacer del beneficio que reporta la asignación *mortis causa* resulta inane⁷²; consecuentemente, su respectiva notificación es inútil. Sin embargo, el cónyuge donatario, en el título de la donación entre cónyuges, puede declarar su conformidad o aceptación con respecto de la tradición del objeto donado. Esto último, efectivamente, produce efectos jurídicos *inter vivos*; y se requiere además para formar el consentimiento en el acto jurídico de la tradición⁷³.

1.3.5.1.5. Inventario

Siempre que la donación entre vivos comprenda la totalidad o una cuota del patrimonio del donante, requiere de un inventario solemne en el que se especifiquen dichos bienes; de manera que, a pesar de que se considere a la donación como universal, su objeto será, exclusivamente, el conjunto de bienes que consten del mentado inventario; por consiguiente, todos aquellos bienes excluidos no están afectos al vínculo obligacional; en pocas palabras: no se dona la universalidad sino cada uno de los bienes en un solo negocio jurídico; así por ejemplo, si un bien de estos se encuentra embargado, la nulidad del negocio es parcial; es decir, solo se produce en relación del bien que no es comerciable. Todo esto porque es inconcebible la transferencia del patrimonio de una persona, entendido como atributo de su calidad de sujeto de derechos u obligaciones, porque sin él no podría procurarse dignidad. Sin embargo, en lo relativo a la donación entre cónyuges, la facción del inventario como solemnidad prevista en razón de la naturaleza del negocio jurídico pierde todo sentido; toda vez que acaecido el óbito del cónyuge donante se pierden los

⁷² Véase *supra* (La voluntad)

⁷³ Para mayor abundamiento del tema véase *infra* (efectos de la donación entre cónyuges)

atributos de su personalidad, y quedando vacante la titularidad del derecho de propiedad sobre los bienes que conforman su patrimonio, la ordenación sucesoria puede referirse a la totalidad o una parte del patrimonio del donante.

Sentado lo anterior, podemos aseverar que todas aquellas formalidades que se prevén para la validez del negocio de donación entre vivos, en consideración a la transferencia del dominio, son inoperantes en relación con la donación entre cónyuges; no obstante, creemos también que el análisis anterior es pertinente como argumentación jurídica en sede judicial y doctrinal; pero en tanto son criterios refutables, la ética profesional manda estarse más al interés del cliente y cumplir con todas ellas; máxime si en derecho de contratos rige el principio *utile per inutile non vitiatur*.

1.3.5.2. Testamento

Primeramente, huelga decir que, debido al requisito de inscripción de la donación entre cónyuges como título suficiente para la tradición del derecho real de usufructo, el testamento nuncupativo es la forma idónea para la donación entre cónyuges; por consiguiente, y dada la falta de usanza de los testamentos privilegiados, se analizarán las formalidades de los testamentos abiertos y solemnes.

En este último tiempo, en lo referente a las formalidades propias de los testamentos solemnes, se ha venido distinguiendo entre las solemnidades de su materialidad y las formalidades coetáneas su otorgamiento. En pocas palabras, se diferencian unas de otras en que las primeras deben constar en el documento mismo del testamento, y las segundas, sin embargo de su cumplimiento, no precisan ser ostensibles del documento referido. Es así

que son formalidades de la materialidad del testamento: la escrituración; la individualización del testador, testigos y funcionario si lo hubiere; el lugar y fecha del otorgamiento; y, las firmas del testador, testigos y funcionario si lo hubiere. Y son formalidades coetáneas al otorgamiento del testamento: la presencia de testigos hábiles; la continuidad y unidad de acto; y, la lectura. Ahora bien, existe otra formalidad que se cumple posteriormente, y que su omisión no está sancionada con nulidad, esta es: la protocolización del testamento en caso de ser otorgado en hoja suelta⁷⁴.

1.3.5.2.1. Formalidades de la materialidad del testamento

1.3.5.2.1.1. Escrituración

Todo testamento solemne debe constar por escrito, según lo previsto en el artículo 1049 del Código Civil. No importa quién y cuándo efectuó la escrituración, pero deberá constar al menos la firma del testador al final del documento; esto se puede colegir fácilmente de lo dispuesto en el artículo 1055 del Código Civil.

La omisión de esta solemnidad produce la inexistencia jurídica del testamento; sin embargo, la donación entre cónyuges contenida en un testamento que adolece de falta de escrituración vale como donación consensual. Al parecer, carece de aplicación práctica lo dicho, pero no es así: si en una contienda judicial se quiere hacer valer una donación entre cónyuges de bienes muebles que conste de un testamento roto, raido, con borriones o testaduras que no se hubieren salvado oportunamente, deberá hacérselo recurriendo a la consideración plurivalente e híbrida de la naturaleza de la misma, es decir, como donación

⁷⁴ Elorriaga de Bonis, Fabian, Derecho Sucesorio, 2da. Edición, Editorial Abeledo Perrot, 2010, pág. 193.

que, en cuanto fuere de derecho, se hace perfecta sin necesidad de forma (consensual); toda vez que su escrituración no hace prueba en juicio.

1.3.5.2.1.2. Individualización del testador, testigos y funcionario

Este requisito lo prevé el legislador en el artículo 1054 del Código Civil que manda expresar en el testamento: “el nombre, apellido y nacionalidad del testador; el lugar de su nacimiento; su domicilio; su edad; la circunstancia de hallarse en su entero juicio; los nombres de las personas con quienes hubiese contraído matrimonio, de los hijos habidos en cada matrimonio, de los hijos del testador, con distinción de vivos y muertos;...”

La norma mentada en relación con la individualización del testador manda, además, que conste en el documento del testamento “el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos”.

Cuando el testamento abierto se otorga ante funcionario público, deberá constar el nombre y apellido del notario público o Juez de lo Civil, según sea el caso, de acuerdo con lo previsto en el inciso final del artículo 1054 del Código Civil.

1.3.5.2.1.3. Lugar, fecha y hora del otorgamiento

El inciso final del artículo 1054 manda expresar en el testamento “el lugar, día, mes y año del otorgamiento”. Esta solemnidad tiene relevante incidencia: se conoce pues, con la consignación de estos datos, la ley vigente para las formalidades y, en caso de existir pluralidad de testamentos, el orden cronológico de su celebración a efectos de la revocabilidad.

1.3.5.2.1.4. Las firmas del testador, testigos y funcionario

El artículo 1056 del Código Civil manda terminar el acto de la celebración del testamento con las firmas del testador, los testigos y del funcionario si lo hubiere; ya que esta solemnidad sirve para generar certidumbre respecto de la identidad del individuo que manifiesta su voluntad, de las personas que dan fe de la celebración y del funcionario que autoriza el negocio jurídico. Ahora bien, en caso de no poder firmar el testador, deberá constar esta circunstancia, expresando el motivo que la provoca. Y en caso en que la imposibilidad referida la padezca uno de los testigos, otro de ellos firmará a ruego de éste, expresando, asimismo, tal circunstancia.

La omisión de los requisitos o formalidades de la materialidad de testamento, con excepción de la escrituración, producen, en primer término, la nulidad absoluta del negocio jurídico; consecuentemente, todas y cada una de las disposiciones y declaraciones contenidas en el mismo son nulas, de igual tipo de nulidad. Salvo lo dispuesto en artículo 1064 del Código Civil: la omisión referida no produce la invalidez del testamento si se conoce con certeza la identidad personal del testador, testigos y funcionario.

1.3.5.2.2. Formalidades coetáneas al otorgamiento del testamento

1.3.5.2.2.1. Presencia de testigos

Para el otorgamiento de todo testamento solemne se requiere la concurrencia de un número variable de testigos, que dependerá de la existencia o no del funcionario autorizante; es así que, cuando se otorga testamento abierto ante notario público o ante Juez de lo Civil, el

número requerido es de tres testigos, y cuando se lo hace sin la intervención de funcionario público, el número requerido es de cinco testigos; estas personas (testigos), que justifican su presencia por la necesidad de asegurar la existencia y certeza del contenido del testamento y la libertad con la que procede el testador, deben ser hábiles; esto es, no deben estar incurso en la prohibición legal del artículo 1050 del Código Civil, que excluye de la posibilidad de tener tal calidad, al menor de dieciocho años, a las personas que se hallen en interdicción por causa de demencia, a todos los que en el momento del otorgamiento del testamento se hallen privados de razón, a los ciegos, sordos y mudos, a los que estén cumpliendo penas por delitos cuya gravedad determine una sanción igual o mayor a cuatro años de reclusión, a los dependientes del notario que autorice el testamento, a los extranjeros no domiciliados en el Ecuador, y a los que no entiendan el idioma del testador. Además, al menos dos de los testigos deben estar domiciliados en el cantón donde se otorgue el testamento, y uno o dos de los testigos deben saber leer y escribir, según si se otorga el testamento abierto ante funcionario público o ante cinco testigos, respectivamente.

La omisión del requisito de concurrencia de uno o más de los testigos causa la nulidad absoluta del testamento; ahora, según lo preceptuado en el artículo 1051 del Código Civil, si concurriendo la totalidad del número requerido de testigos para la validez del testamento, uno de ellos es inhábil, y por no encontrarse tal circunstancia manifiestamente exteriorizada, la opinión dominante de la población del lugar donde se otorga el testamento era la contraria, esto es, que el testigo es hábil, el testamento es válido. Caso contrario, si la inhabilidad recae sobre dos o más de los testigos, el testamento adolece de nulidad absoluta. Esta norma jurídica contenida en el artículo mentado se justifica como aplicación de la teoría de la apariencia.

De igual forma, la omisión del requisito del domicilio y alfabetización se sanciona con nulidad absoluta.

1.3.5.2.2.2. Continuidad y unidad de acto

El fundamento de esta formalidad estriba en procurar la indemnidad de la voluntad del testador, es decir, evitar la influencia de terceros frente a la deontológica espontaneidad con que se manifiesta la última voluntad. Es así que el legislador, de acuerdo con lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 1053 y 1055 del Código Civil, manda conservar una suerte de unidad de acto al establecer que los testamentos abiertos deberán ser presenciados, en todas sus partes, por el testador, un mismo notario o juez si lo hubiere, y por unos mismos testigos; y, al prever que el testador, en el cumplimiento de la formalidad de la lectura, debe mantenerse a la vista de las personas que tienen que oír el tenor de sus disposiciones, respectivamente. Sin embargo, la escrituración del testamento se la puede realizar previo al otorgamiento y en uno o más actos, según lo preceptuado en el inciso primero y segundo del artículo referido

La omisión de esta formalidad acarrea la nulidad absoluta del testamento; toda vez que está prevista en relación con la naturaleza del negocio jurídico.

1.3.5.2.2.3. Lectura

La lectura del testamento abierto es cosa de su esencia; puesto que, según el artículo 1046, lo que lo diferencia de su antípoda (testamento cerrado) es el conocimiento que de sus disposiciones y declaraciones tienen los testigos que concurren a su celebración. Así, se

verifica esta formalidad mediante la lectura del testamento, de manera íntegra y en alta voz, por parte del funcionario público competente. Y en caso de ser otorgado ante cinco testigos, la lectura la efectuará uno de estos que sea designado por el testador. Ahora, se requiere asimismo esta formalidad, toda vez que permite la constatación de la forma definitiva de la expresión de la última voluntad del causante⁷⁵. Su omisión acarrea la nulidad absoluta del testamento.

1.3.5.2.2.4. Protocolización

De acuerdo con lo previsto en el artículo 1058 del Código Civil, los testamentos abiertos que no se otorgan ante notario público deben ser protocolizados; esto es, insertados, como documentos privados, en los libros notariales a efectos de que valgan como instrumentos públicos. Al ser una formalidad por vía de prueba, su omisión acarrea la imposibilidad de probar el negocio jurídico a través de testigos.

1.3.6. Efectos jurídicos de la Donación entre cónyuges

Ciertamente, a efectos de sacar del limbo jurídico al que las desafortunadas aporías sobre su estructura la han arrastrado, debe entenderse a la donación entre cónyuges como un negocio jurídico complejo; pues como enseña Castro y Bravo, “El negocio jurídico no se confunde ya hoy con la declaración de voluntad, y se reconoce por todos que el supuesto de hecho negocial será generalmente una situación compleja. Afirmación que puede matizarse añadiendo, que si la declaración de voluntad sola no lo constituye, es ella el elemento indispensable o esencial del negocio jurídico.”⁷⁶ En este sentido el jurista español da una

⁷⁵ Larrea Holguín, Ob Cit., pág. 214.

⁷⁶ De Castro y Bravo, Federico, Ob. Cit., pág. 25.

definición de negocio jurídico: “la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”⁷⁷. Es pues esto que lo que ocurre en el caso del negocio que se estudia: la declaración de voluntad por sí sola no la configura, sino que se debe atender a una consecuencia jurídica “*vi legis*”, esto es, a la constitución del usufructo a favor del cónyuge donatario sobre los bienes entregados, que como veremos, es un acto relativamente extraño a la declaración de voluntad, para completar y determinar el contenido de la relación negocial.

En consecuencia, se procederá a estudiar a continuación tanto las asignaciones por causa de muerte que contiene la declaración de voluntad, cuanto el usufructo a que tiene derecho el cónyuge donatario por habersele entregado el objeto de la donación.

1.3.6.1. Asignaciones por causa de muerte

Debemos entender primeramente qué tipo de asignación de última voluntad adquiere el cónyuge donatario para luego conocer qué derechos tiene sobre los bienes relictos. Es así que, para diferenciar al legado de la institución de heredero, cabe hacer una distinción, somera pero válida, y pragmática, entre asignaciones a título singular y a título universal. Para el efecto, convengamos que existe sucesión, *strictu sensu*, en lo relativo a legados, según lo prevé el legislador en el artículo 993 del Código Civil. Entonces, piénsese en un conjunto (objeto en sí mismo pero que contiene otros objetos denominados elementos) que para poder ser entendido como unidad, requiere de una ficción llamada “universalidad jurídica”, puesto que sus elementos poseen carácter heterogéneo; estos elementos,

⁷⁷ De Castro y Bravo, Federico, Ob. Cit., pág. 30.

tipológicamente considerados, pueden ser bienes, derechos y obligaciones, pero consisten en cosas corporales e incorporeales determinadas. Ahora bien, ocurre que el titular de esta universalidad jurídica, llamada patrimonio, puede disponer por causa de muerte, ya del conjunto entendido como objeto en sí mismo⁷⁸, ya del conjunto en relación a la tipología antes mentada⁷⁹, ya de las cosas corporales e incorporeales contenidas en el conjunto⁸⁰.

En este orden de ideas, y por lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 993 que reza: “El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.”, podemos aseverar que habrá asignación a título universal exclusivamente en el caso 1; y habrá legado o asignación a título singular en los demás (2 y 3). En otras palabras: se concibe al legado, por oposición a la herencia, como aquella asignación en que no se transmite el patrimonio entendido como un todo en sí mismo.

1.3.6.1.1. Legado preferente

Entendido lo anterior, debemos decir que la atribución patrimonial que supone el legado puede consistir en: 1) Un efecto real que se traduce en la transmisión del dominio de una cosa corporal; bien en la transmisión de la titularidad de un derecho preconstituido, bien en la transmisión de un derecho constituido en virtud del legado sobre cosa del testador (donante), o bien de la transmisión de un crédito preexistente. 2) Un efecto obligacional que implica una nueva prestación o abstención a cargo de un asignatario y a favor de una persona que tiene derecho al cumplimiento compulsivo de la misma mediante la acción del

⁷⁸ Verbigracia: asigno la cuarta parte de mi patrimonio a Eolo

⁷⁹ Verbigracia: asigno a Momo la totalidad de mis bienes

⁸⁰ Verbigracia: asigno a Carlos un caballo árabe de los que se hallan en mi finca denominada “Parambas”

testamento. 3) de efecto liberatorio consistente en la remisión o condonación de deudas. Y 4) de efecto extintivo de derechos reales transmisibles y renunciables, verbigracia, la renuncia de servidumbres⁸¹. Ahora bien, el legado que nace contenido en la donación entre cónyuges produce exclusivamente los efectos que se detallan en el numeral 1; puesto que, como ya se explicó, la relación negocial que origina supone un efecto real que recae sobre un objeto susceptible de usufructo pero con las salvedades expuestas *supra* (objeto de la donación entre cónyuges).

De acuerdo a su objeto, la asignación a título singular de efecto real puede ser de especie o cuerpo cierto, o de género. La diferencia entre una y otra radica en la mayor o menor determinación o singularización que el testador hace de la cosa que asigna. Así, cuando la cosa es individualizada de tal manera que no cabe confusión con otra de su género, decimos que la asignación es de especie; y cuando la cosa es determinada exclusivamente en razón de la clase a la que pertenece y por su cantidad, pudiendo ser ésta cualquier especie o individuo, la asignación es de género.

De tal manera que, deferida y aceptada la delación, y en el caso del legado de especie, el cónyuge sobreviviente adquiere por casusa de muerte el derecho de dominio sobre la cosa legada; y en el caso del legado de género, adquiere *ipso jure* un crédito, por cuya virtud, las personas obligadas a la prestación, transfieren a su favor la cosa legada mediante el modo de la tradición.

⁸¹ GUZMAN BRITO, Alejandro. EL CONCEPTO DE LEGADO EN EL DERECHO CIVIL CHILENO. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2008, vol.21, n.2 [citado 2012-06-11], pp. 53-84. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. doi: 10.4067/S0718-09502008000200003.

Los derechos antes señalados tienen el carácter de preferentes frente a otros legados; puesto que el inciso tercero del artículo 1168 manda:

“Las donaciones revocables, incluso los legados en el caso del inciso precedente, preferirán a los legados de que no se ha dado el goce a los legatarios en vida del testador, cuando los bienes que éste deja a su muerte no alcanzan a pagarlos todos.”

La condición *sine qua non* para la aplicación del precepto anterior refiere el hecho de que los bienes de la sucesión no alcancen a pagar todos los legados; situación que debe interpretarse a la luz del pago de las asignaciones testamentarias para poder entender correctamente el privilegio que ostenta la donación revocable frente a los demás legados. Es así que se parte de la idea de que los legados se pagan de la cuarta de libre disposición una vez se hayan satisfecho las deudas hereditarias y las asignaciones forzosas, computando inclusivamente los valores imputados por el testador a éstas últimas, y el pago del exceso de lo dado en razón de legítimas y mejoras; es decir, se requiere formar el acervo partible, y pagar íntegramente las legítimas (rigurosas o efectivas según sea el caso) y las mejoras de haber descendientes, para posteriormente pagar los legados. Cabe recalcar que existe, a su vez, prelación para el pago de legados; pero antes que legalmente taxativa, ésta ha sido producto del constante discurrir de los doctrinadores, y cuya ordenación es la siguiente: 1) el pago del exceso de lo dado en razón de legítimas y mejoras; 2) las donaciones revocables; 3) los legados estrictamente alimenticios; 4) los legados destinados a beneficencia; 5) los legados expresamente exonerados por el testador de contribución para

el pago de las deudas hereditarias; y 6) los legados comunes o faltos de privilegio.⁸² Ahora bien, ocurre que las sucesiones pueden parecer excesivamente gravadas o carecer de bienes suficientes como para poder pagar las deudas hereditarias y las asignaciones forzosas; entonces, se hacen efectivos los mecanismos legales conducentes a efectivizar la responsabilidad *intra vires legatis* (reducción de legados, contribución al pago de las deudas hereditarias y reforma de testamento); es justamente en esta situación en la que el privilegio adquiere relevancia; pues, en primer lugar, si la sucesión no se encuentra gravada considerablemente el pago de los legados puede realizarse inmediatamente (en relación con la apertura de la sucesión), previa caución para el caso de contribución antes mentado, según lo prevé el inciso segundo del artículo 1390 del Código Civil; y en segundo lugar, porque los legatarios privilegiados pueden invocar su prerrogativa a efectos de procurar la intangibilidad e indemnidad de su derecho sucesorio, en perjuicio de los derechos de legatarios de menor jerarquía, según el orden prelativo aludido: lo que el legislador llama “tercera oposición”.

1.3.6.1.2. Institución de Heredero

El cónyuge sobreviviente sucede al causante en calidad de heredero siempre que el objeto de la donación representa la totalidad o una cuota del patrimonio de éste⁸³; es decir, lo que determina tal calidad es un elemento objetivo de la relación jurídica que nace de la voluntad del cónyuge donante; esto es, el objeto de la donación que se transmite por causa de muerte; el mismo que contendrá, inescindiblemente, bienes, derechos y obligaciones. Por el contrario, no es relevante la denominación que se use para llamar a su sucesor. Es así que el

⁸² Elorriaga de Bonis, Fabián, Ob. Cit., pág. 635.

⁸³ El caudal relicto está conformado por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles.

segundo inciso del artículo 993 del Código Civil manifiesta: “El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.”; asimismo, el primer inciso del artículo 1225 manda: “Los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos y representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.”

Así pues, si el cónyuge sucede en la totalidad del patrimonio relicto será heredero universal, y si sucede en una cuota determinada por el cónyuge donante será heredero de cuota. La diferencia entre uno y otro estriba en que el derecho de acrecimiento solo opera a favor de los primeros, excepto en el caso en que la propia cuota está asignada a varios herederos.

Producida la apertura de la sucesión, y aceptada la herencia, el cónyuge donatario sobreviviente adquiere un derecho subjetivo en relación a los bienes relictos, que difiere según si concurre sólo, o con otros herederos, a la sucesión. Así, en el primer supuesto, cuando el cónyuge donatario sobreviviente es el único heredero del causante, adquiere el derecho de dominio sobre todos y cada uno de los bienes del *as* sucesorio. Y en caso contrario: si el cónyuge donatario sobreviviente es llamado simultáneamente con otros herederos a la sucesión, el derecho subjetivo ya no se ejerce sobre cada uno de los bienes relictos, sino sobre todos los bienes en conjunto y en relación con los demás comuneros : posee el derecho real de herencia sobre los bienes de la sucesión; en otras palabras: la comunidad hereditaria tiene derecho de herencia sobre la universalidad jurídica (patrimonio), a usar, gozar y disponer de consuno de los bienes hereditarios; no obstante, el derecho a la fracción de la universalidad patrimonial que le corresponde a cada comunero

(al cónyuge inclusive) puede ser ejercido individualmente y de manera absoluta; consecuentemente, el cónyuge donatario sobreviviente puede enajenar, en sentido lato, el derecho subjetivo, abstracto y mueble que constituye su cuota parte; pero este derecho de herencia tiene vida efímera; toda vez que, por la partición de la indivisión hereditaria muta en derecho de dominio sobre bienes determinados.

1.3.6.2. Usufructo

El Art. 1167 del Código Civil establece lo siguiente:

“Por la donación revocable, seguida de la tradición de las cosas donadas, adquiere el donatario los derechos y contrae las obligaciones de usufructuario.

Sin embargo, no estará sujeto a rendir la caución de conservación y restitución a que están obligados los usufructuarios, a no ser que lo exija el donante.”

Pues bien, dos actos jurídicos (*lato sensu*) se requieren para que se constituya usufructo a favor del cónyuge donatario: la donación entre cónyuges (declaración de voluntad) y la tradición o entrega *inter vivos* del objeto de la donación a favor del cónyuge donatario.

Hemos analizado *supra* la estructura del primero de los requisitos (donación revocable o entre cónyuges); cabe analizar entonces el segundo de estos: si bien el legislador usa el término “traición”, y la forma en que se debe llevarse a efecto se ajusta a las reglas pertinentes del Título IV del libro Segundo del Código Civil, nos parece apropiado aclarar que se debe entender a este segundo requisito como un caso *sui generis* de tradición sin causa, como entrega de solo efectos de mera tenencia; ya que la tradición del objeto para que el adquirente se constituya en usufructuario, no se entiende como negocio jurídico de cumplimiento, pues la donación entre cónyuges (declaración de voluntad) no genera

obligaciones entre vivos; en otras palabras: se verifica la entrega sin respecto de una obligación preexistente de dar, o lo que es lo mismo, sin que el cónyuge donante se encuentre en la necesidad de entrega. Como consecuencia, este simple hecho (entrega) constituye un estado de mera tenencia sin título, a ciencia y paciencia del cónyuge dueño del bien, o lo que es lo mismo, un precario, según lo prevé el inciso segundo del artículo 2098 del Código Civil; pero este *factum tradendi* precedido del negocio jurídico de donación revocable⁸⁴, otorga al adquirente los derechos y obligaciones de usufructuario sobre los bienes entregados. Lo que significa que el usufructo referido reconoce un germen legal: se constituye *ipso jure* por la verificación de los dos actos señalados en la norma que se analiza. Entonces, la entrega o tradición del objeto de la donación es meramente opcional, o si se quiere, contingente; y la teoría del título y el modo no cabe para explicar su constitución; por ello, es un error afirmar que la tradición en este caso tiene por objeto el derecho real de usufructo.

Entendido lo anterior, precisa señalar que necesariamente debe existir entre los actos jurídicos de donación entre cónyuges (declaración de voluntad) y el de tradición, como regla general, identidad de objetos y sujetos (legado anticipado o donación revocable); así lo da a entender el tenor literal del artículo 1167 del Código Civil; sin embargo, la asignación *mortis causa* puede recaer sobre una universalidad, y al no haber determinación sino en cuanto al porcentaje que le corresponde al donatario en la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones, la tradición debe versar sobre bienes singularizados que, a ciencia

⁸⁴ El adverbio de tiempo “seguida” así lo da a entender, ya que significa “inmediatamente después en el tiempo”; en otras palabras: el legislador contempla a efecto de la constitución de usufructo a favor del donatario revocable, un orden para la celebración de los negocios jurídicos requeridos legalmente: primero en orden cronológico la donación revocable y posteriormente la entrega del objeto donado.

cierta, no constituyen el objeto mismo de la donación revocable; pero cabe decir que estas cosas entregadas deben formar parte del patrimonio (universalidad jurídica) propio del cónyuge donante, como hemos señalado al analizar el objeto de la donación entre cónyuges. Ahora bien, esto no obsta para que el cónyuge donante entregue a favor del cónyuge donatario el o los bienes que crea conveniente, produciendo los mismos efectos jurídicos: el cónyuge donatario adquiere los derechos de usufructo sobre cada uno de los bienes entregados, según lo prevé el artículo 1169 del Código Civil. Esta peculiar característica matiza levemente la definición del negocio jurídico de donación entre cónyuges que consignamos *supra* (Naturaleza y Definición); pero no alcanza, en cuanto a su trascendencia en lo dogmático, como para alterarla.

Una vez verificados los actos que se han venido mencionando, y acaecida la atribución patrimonial que supone la constitución del usufructo, el cónyuge donatario adquiere el derecho a usar la cosa, a disponer de los frutos naturales y civiles que la cosa produce periódicamente y de sus productos permitidos por la ley (artículos 797 y 798 del Código Civil), y a administrar la cosa fructuaria. Para el ejercicio de este derecho real, no hace falta que el cónyuge beneficiario rinda caución *salva rerum substantia*, pues el legislador lo exime de esta responsabilidad.

El presente usufructo legal se extingue por el anadamiento de la donación; es decir, por su nulidad, caducidad o revocación; toda vez que, disuelta la disposición mortis causa, la entrega sola de la cosa no es suficiente para que el donatario siga gozando de el o los bienes entregados en calidad de usufructuario legal; no obstante, lo podrá seguir haciendo en calidad de precarista. Además, se extingue por la muerte del donante, pues a partir de ese

suceso (muerte), los frutos de las cosas entregadas pasan a formar parte del acervo partible, para que las personas capaces y legitimadas para hacerlo, efectúen la solución de la asignación por causa de muerte (consumación de la relación negocial).

1.3.7. Disolución de la Donación entre Cónyuges

1.3.7.1. Caducidad

Para Somarriva y Rodríguez, la caducidad es la extinción, que opera *ipso jure*, de la facultad de ejercer un derecho o celebrar un acto, por no haberlo hecho en un plazo perentorio que la ley establece⁸⁵. En este orden de ideas, podemos decir que la donación entre cónyuges, como asignación testamentaria que es, caduca por haber premuerto el donatario en relación con el donante; siguiendo así, la misma regla que rige para todas las asignaciones testamentarias; empero, puede el donante estipular representación a favor de otro asignatario o bien derecho de sustitución de cualquier índole; pues no existe obstáculo alguno para que esta declaración ocurra y tenga efectos jurídicos de ser el caso.

1.3.7.2. Revocación

Como se ha dicho con oportunidad de la interpretación hecha del artículo 1165 del Código Civil, la revocabilidad de la donación entre cónyuges opera *ipso jure*; toda vez que el legislador, procurando armonía en las relaciones económicas que los cónyuges tienen entre sí, y de éstos con terceros, optó por dar tutela al negocio sub examen siempre que sus efectos obligacionales y, específicamente, dominicales, se produzcan por causa de muerte;

⁸⁵ ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO Y SOMARRIA UNDURRAGA, MANUEL. "Curso de Derecho Civil". Redactado por Antonio Vodanovic H. Tomo III. Editorial Nascimento. Chile 1942. Pág. 457.

inclusive, si la voluntad de los cónyuges está orientada y manifestada con propósito diferente: la donación entre cónyuges no se invalida por haberse celebrado como donación entre vivos, pues en este caso, se convierte *ipso jure* en donación revocable.

Ahora bien, esta potestad personalísima y absoluta de revocación⁸⁶, se entiende en virtud de que la donación que se trata no crea vínculo jurídico sustancial alguno en vida del donante; quien, de considerar conveniente, puede disolverla de manera unilateral y arbitraria. Es así que el ejercicio efectivo del poder antedicho opera en dos modalidades:

1.3.7.2.1. Revocación expresa

Es aquella revocación que se manifiesta de manera explícita y formal. Suele afirmarse que la única forma de efectuarla es por medio de un testamento revocatorio; se entiende por tal, el negocio jurídico que cumple con la forma testamentaria y por cuya virtud se deja sin efecto, de manera categórica, bien disposiciones contenidas en testamentos anteriores, bien el negocio formal del testamento en sí, pudiendo, su autor, vincularse expresamente a disposiciones testamentarias otorgadas con antelación.

Creemos que las donaciones entre cónyuges celebradas bajo la forma de contrato entre vivos pueden ser revocadas por vía de Escritura Pública contentiva de un acto jurídico cuyo objeto persiga el mismo propósito que el testamento revocatorio, ya que el artículo 1236 del Código Civil no es aplicable sino para el caso de los testamentos solemnes; motivo por el cual, la máxima jurídica de que “las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen”

⁸⁶ Estas características significan que el poder de revocación es intransmisible y que su ejercicio no puede dar lugar a un abuso del Derecho.

se aplica coyunturalmente; es decir, para el caso de una donación entre cónyuges cuya forma es el testamento, se usará, asimismo, un testamento contentivo de una declaración revocatoria, y en el supuesto en que la donación entre cónyuges se otorgue bajo la forma de contrato entre vivos, se utilizará Escritura Pública que contenga un acto jurídico cuyo objeto sea la revocación de la donación.

1.3.7.2.2. Revocación tácita

En oposición a la revocación expresa, se entiende por revocación tácita al efecto producido como resultado de una relación de disconformidad entre una disposición *mortis causa* pretérita pero vigente y otra disposición posterior, ya sea *mortis causa* o entre vivos. La relación de disconformidad se constituye siempre que el objeto de las disposiciones (pretérita y posterior) sea idéntico.

Asimismo, el legislador ha previsto que para el caso en que la cosa legada se destruya o enajene o cuando se altera su sustancia si es mueble (art. 1162 del Código Civil), o cuando la edificación construida en ella tenga un valor superior y no admita división (art. 1147 del Código Civil), se revoque tácitamente la asignación.

Capítulo II

2. Trabas que entorpecen la celebración de las donaciones entre cónyuges

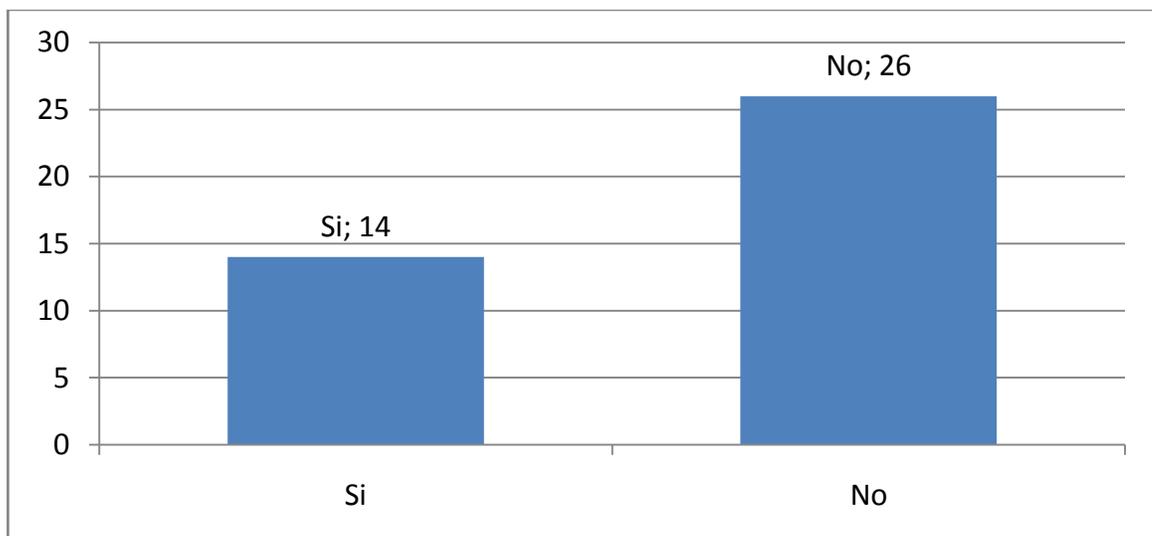
2.1. Cuestionarios efectuados en las personas de los notarios públicos del Cantón de Quito

Se ha realizado una encuesta a los cuarenta notarios públicos de Quito y al Registrador de la Propiedad del mismo Cantón para levantar datos que permitan conocer cuáles son las trabas u obstáculos que entorpecen la celebración del negocio jurídico de donación entre cónyuges. La encuesta se ha realizado de improviso; ya que la exposición a la crítica que lleva implícita este instrumento de investigación así lo ordenaba; y es que no se concibe la obtención de datos con significado material sino a través de un proceder de tal naturaleza; tanto más cuanto los notarios y el registrador de la propiedad ejercen sus respectivas competencias en razón de sus méritos y de ordinario se entiende que cuidan su imagen a toda costa (de la búsqueda del conocimiento inclusive). Debe aclararse además que, con el propósito de que los notarios accedan a responder a las preguntas, se ha garantizado la confidencialidad de sus declaraciones; por tanto, no se reportarán datos individuales. Por las circunstancias expuestas, no se ha podido sellar documento alguno que certifique la realización de las entrevistas, ni se ha podido grabarlas. No obstante conseguimos levantar las opiniones acerca de la validez de las donaciones entre cónyuges de los cuarenta notarios públicos del cantón Quito. Para tal efecto se les efectuó a todos la siguiente pregunta: ¿autoriza usted donaciones entre cónyuges? Si la respuesta era positiva terminábamos con la entrevista; ya que entendíamos que por conocer la legislación y su respectiva interpretación los notarios autorizaban el negocio, circunstancia que no interesaba a efectos del presente estudio. Si por el contrario, los notarios respondían negativamente, se procedía

a realizarles una segunda pregunta de tipo cerrada del tenor siguiente: De entre las siguientes respuestas, ¿cuál considera que es la causa de su denegación? Las respuestas de opción múltiple fueron recogidas de un cuestionario piloto que realizamos previamente; y se reducen a las siguientes: 1) prohibición del artículo 218 del Código Civil (objeto ilícito); 2) renuencia de parte del registrador de la propiedad a inscribir este negocio jurídico; y 3) los efectos de la donación entre cónyuges pueden ser reemplazados por la renuncia de gananciales. Por otra parte, al Registrador de la Propiedad se le pregunto: ¿inscribe usted donaciones entre cónyuges? Luego, efectuada la primera pregunta, se procedía como en el caso de notariado. Así, entendida la metodología, se explicitan a continuación los datos obtenidos:

2.1.1. Gráfica 1: Número de notarios que autorizan o no donaciones entre cónyuges.

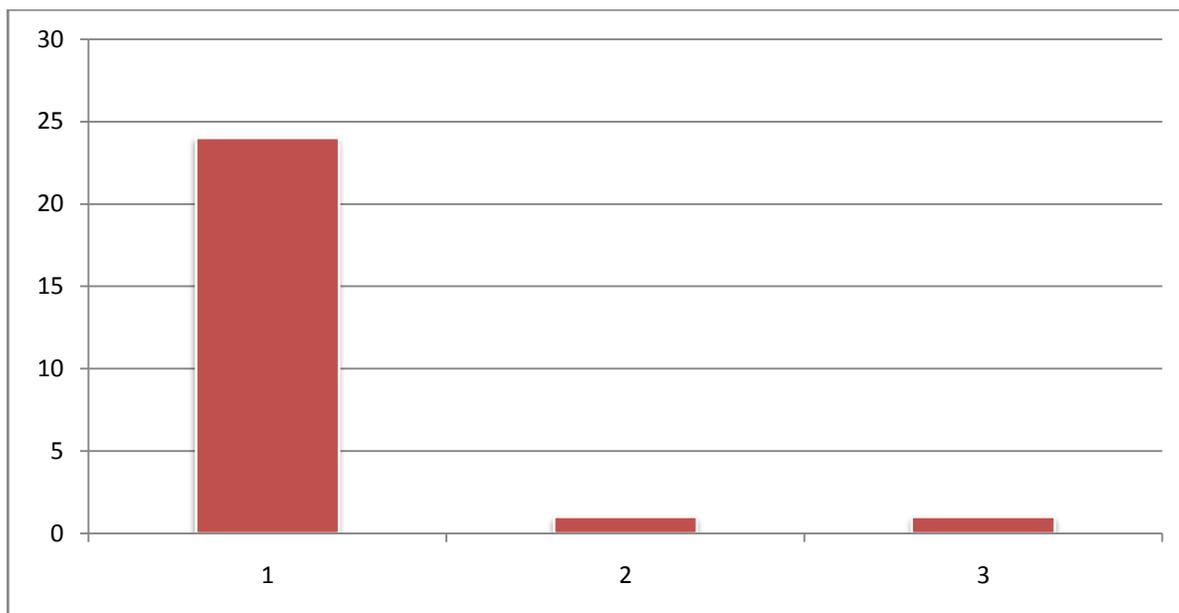
Pregunta 1: ¿autoriza usted donaciones entre cónyuges?



2.1.2. Gráfica 2: Causas del error conceptual acerca de la donación entre cónyuges

Pregunta 2: De entre las siguientes respuestas, ¿cuál considera que es la causa de su denegación?

MATRIZ DE DATOS	
Prohibición del artículo 218 del Código Civil (objeto ilícito)	1
Renuncia de parte del Registrador de la Propiedad a inscribir este negocio jurídico	2
Sus efectos jurídicos pueden ser reemplazados por la renuncia de gananciales	3



2.2. Análisis de los datos obtenidos:

Se desprende de estos datos que, de entre los cuarenta notarios públicos del cantón de Quito, solamente catorce de ellos autorizan el negocio jurídico de donación entre cónyuges

porque ciertamente conocen su estructura y funcionalidad; que, al contrario, veintiséis niegan, categóricamente, su autorización; y que, de entre estos veintiséis renuentes, veinticuatro justifican su comportamiento aduciendo que el negocio es nulo por adolecer de objeto ilícito, según dicen, porque el artículo 218 del Código Civil prohíbe la contratación entre cónyuges sobre contratos que no sean los de mandato, administración de la sociedad conyugal y capitulaciones matrimoniales. Es justamente aquí donde la causa del error acerca de las donaciones entre cónyuges queda meridionalmente evidenciada: la gran mayoría del notariado cree que sus efectos jurídicos no se hallan amparados por el sistema ecuatoriano de normas civiles; circunstancia que preocupa sobremanera, por cuanto indica que estos funcionarios públicos, de manera arbitraria e impropia, impiden la celebración de este negocio jurídico clave para las relaciones económicas y sociales entre cónyuges; este entender y proceder desafortunados, por llamarlos de alguna manera, inciden negativamente en el derecho que tienen los cónyuges para autodeterminar su conducta, que se halla consagrado en el numeral 16 del artículo 66 de la Constitución de la República . Es pues esta la mayor traba que soporta la celebración de las donaciones entre cónyuges, que se da por un entendimiento asistemático e ilógico del ordenamiento jurídico civil, y cuyo lamentable corolario es la enervación de la funcionalidad del negocio sub examen.

Hay que acotar también que dos de los notarios encuestados, si bien comparten el criterio generalizado de renuencia frente a la celebración de las donaciones entre cónyuges, aducen argumentos distintos: uno de ellos cree que si se pretende conseguir una atribución patrimonial gratuita a favor de un cónyuge (donación), se debe celebrar el acto de renuncia de gananciales. El otro afirma que es renuente debido a que el señor Registrador de la

Propiedad del Distrito Metropolitano de Quito no permite la inscripción de la donación entre cónyuges.

Se procederá, en líneas posteriores, a desvirtuar estos argumentos que, desde ya, podemos afirmar son falsos; además de analizar, por mor del quehacer jurídico, la diferencia insalvable entre la estructura de la donación entre cónyuges y las capitulaciones matrimoniales, a propósito del artículo 150 del Código Civil.

2.2.1. Objeto Ilícito.

Esta diatriba en contra de la validez de las donaciones entre cónyuges consigna la idea errada de considerarla incurso en la prohibición legal del artículo 218 del Código Civil; así como también, y en consecuencia, de entenderla como nula absolutamente por adolecer de objeto ilícito, atento lo dispuesto en el artículo 9 y 1477 del Código Civil. Ha quedado expuesto y explicado ya que consideramos válido al negocio de la donación entre cónyuges; empero, se nos ocurre que podemos analizar más a fondo el tema valiéndonos de los enunciados de la lógica jurídica, para demostrar el aserto que fundamenta nuestro criterio al respecto; para tal cometido, utilizaremos (lo más precisamente: sin que nuestro interés prístino devenga en óbice) algunas máximas que el profesor español Jesús Delgado Echeverría entrega como definiciones acerca de la validez de una norma jurídica en el “sistema de referencia”, constantes de su “Concepto sobre la validez de los actos jurídicos en el Derecho Privado”. Para proceder al análisis jurídico que tiene como propósito solver la interrogante que se plantea sobre la validez o invalidez de la donación entre cónyuges, es imperativo explicitar algunas definiciones y conceptos previamente:

- 1) Se entiende por norma jurídica el significado de las disposiciones legales obtenido por virtud del proceso de interpretación.
- 2) El axioma “Si se da el estado de cosas X, y Z realiza la acción Y, entonces se produce el resultado institucional (o cambio normativo) R”⁸⁷ define a las norma de competencia.
- 3) Son normas de incompetencia las que excluyen a determinadas cosas de la posibilidad de ser objeto de un acto jurídico; son también las niegan relevancia jurídica a determinados actos por ser instituciones no reconocidas; y además, son las que privan a determinadas personas del poder para realizar determinados actos jurídicos.
- 4) En el Derecho privado rige la regla de clausura del tenor siguiente: “todo lo que no está prohibido está permitido”; es decir, los sujetos tienen el poder o competencia para realizar los actos que no son inválidos según las normas de incompetencia.
- 5) “Siempre que una disposición del legislador se interprete como norma que establece una prohibición, debe interpretarse simultáneamente como norma que priva de competencia al sujeto al que la prohibición va dirigida para realizar actos jurídicos con los que conseguiría el resultado prohibido”.
- 6) En los casos en que un acto es nulo por haberse incurrido en una prohibición legal, debe entenderse que la nulidad es una consecuencia adicional a la invalidez, que se produce de manera contingente; toda vez que como dispone el artículo 9 del Código Civil: “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto

⁸⁷ Jesús Delgado Echeverría, «EL CONCEPTO DE VALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS DE DERECHO PRIVADO, NUL, 2005, pág. fecha de consulta: 05 de abril de 2012, disponible en: <http://www.codigo-civil.org/nulidad/lodel/document.php?id=79#tocto13>.

designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.”.

De suerte que no siempre que un sujeto realice un acto prohibido por la ley civil, la consecuencia jurídica de la invalidez va a ser la nulidad; existe pues una relación circunstancial entre prohibición y nulidad que se determina a partir de la observación de las normas sobre la prohibición que corresponden a cada caso en concreto.

Entendido lo anterior, usaremos la siguiente definición como lineamiento rector:

“Def. 4. Un acto A_i es inválido en el sistema $S_k = df.$ En el sistema S_k hay por lo menos una norma N_j tal que A_i es inválido respecto a N_j .”

Ahora bien, ubiquemos el problema en nuestro sistema de normas civiles:

Para conocer si un sujeto tiene el poder para autodeterminar su conducta de tal manera que quede tipificada como donación entre cónyuges, se debe acudir, como ya hemos visto, a las disposiciones jurídicas a las que hace referencia o se remite el artículo 1156 del Código Civil; esto es, a sendas reglas sobre la capacidad que se determinan según la forma negocial por la que se decante el donante (testamento o contrato entre vivos). Estas formas negociales, a su vez, generan una bifurcación de consecuencias jurídicas: si se opta por un testamento, el negocio no requerirá acuerdo de voluntades, es decir, será acto jurídico; en sentido contrario, si se opta por la donación entre vivos, el negocio tendrá naturaleza contractual. Esa así que, cuando la donación entre cónyuges se otorga bajo la forma de testamento surtirá efectos dominicales *post mortem* por el simple hecho de estar contenida

dentro de un negocio *mortis causa*; dicho en otras palabras: si la donación entre cónyuges reviste la forma de testamento, el propósito negocial que persigue el donante será siempre un resultado institucional con efectos que se extienden por causa de muerte; en consecuencia, no le es aplicable o concerniente la disposición última del artículo mencionado: “Sin embargo, las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables”, pues sería redundante; ni le es relativa la norma de incompetencia del artículo 218 del Código Civil : “Los cónyuges no podrán celebrar entre sí, otros contratos que los de mandato, los de administración de la sociedad conyugal en los términos que consta en el Art. 142 de este Código, y capitulaciones matrimoniales; ...”, ya que prohíbe los contratos que los cónyuges celebren entre si y no los actos jurídicos que uno de ellos celebre a favor de otro. Por tanto, la duda acerca de la validez de la donación entre cónyuges debería presentarse cuando el negocio reviste la forma de contrato; o lo que es lo mismo, cuando el propósito negocial persigue un resultado institucional (negocio jurídico) que despliegue sus efectos entre vivos; pues, la autonomía de la voluntad del cónyuge donante colisiona con la norma de incompetencia constante del artículo 218 del Código Civil. Ahora bien, para dilucidar esta aparente antinomia debemos analizar la naturaleza de disposición jurídica últimamente mencionada; cabe decir entonces que el término “no” es completamente decidor; pues evoca el operador deóntico “prohibido”, tanto más cuanto niega a los cónyuges el poder (norma de incompetencia) de celebrar contratos entre sí que no sean los que el legislador permite (mandato, capitulaciones matrimoniales y los relativos a la administración de la sociedad de ganancias); quedando así la norma de clausura del derecho privado totalmente inútil. Entonces debe entenderse que la disposición jurídica del artículo 218 del Código Civil es norma jurídica regulativa de carácter prohibitivo que determina la incompetencia de los cónyuges para celebrar contratos entre sí; a su vez, es también norma

de competencia para los contratos permitidos; en pocas palabras: son inválidos todos los contratos que los cónyuges celebren entre sí que no sean los que taxativamente constan permitidos del artículo 218 del Código Civil; por consiguiente, la donación entre cónyuges que reviste la forma de contrato es inválida en el sistema de normas civiles ecuatoriano (cumple con la definición de invalidez); pero nótese que decimos “inválida” y no nula, pues la consecuencia de la invalidez en este caso en específico es la conversión del negocio jurídico de donación entre cónyuges otorgado bajo la forma de contrato entre vivos en un negocio jurídico por causa de muerte (donación revocable); tanto es así que el legislador ha previsto en el artículo 1164 del Código Civil que este tipo de negocio jurídico no requiere de confirmación en acto testamentario. Vale acotar que el grueso de los doctrinadores enseñan que esta mutación responde a la teoría de la conversión legal del contrato nulo; creemos pues que esta afirmación debe ser matizada: no podemos aseverar que la revocabilidad *ipso jure* de la donación entre cónyuges tiene como propósito la conservación del contrato nulo en cada caso específico (*ratio* de la conversión en estricto sentido), pues lo que intenta el legislador es disciplinar de manera distinta una relación jurídica abstracta para impregnarla de orden social y jurídico. Es así que el mecanismo de política legislativa que Bello usó para el último inciso del artículo 1165 del Código Civil tiene como fundamento formal la disposición del artículo 9 del Código Civil que da paso a la admisibilidad en nuestro sistema de normas de una consecuencia distinta de la nulidad para el caso de contravenir una norma prohibitiva; y tiene como fundamento sustancial el mecanismo conforme al cual opera la conversión del contrato nulo⁸⁸. En resumen: el negocio jurídico de donación entre cónyuges es inválido como título traslativo del dominio entre vivos en el sistema de normas civiles ecuatoriano debido a la norma de incompetencia

⁸⁸ Ver *supra* (Naturaleza y Definición)

constante del artículo 218 del Código Civil; pero adquiere validez *ipso jure* como donación revocable, atento lo dispuesto en el inciso final del artículo 1165 del Código Civil.

2.2.2. Capitulaciones matrimoniales

El artículo 150 del Código Civil dispone:

“Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos o los cónyuges antes, al momento de la celebración o durante el matrimonio, relativas a los bienes, a las donaciones y a las concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro.”

Resulta irrealizable un ejercicio explicativo eficaz de la sola lectura del tenor literal de esta norma jurídica; ya que su sintaxis no es del todo precisa. Al parecer, y en lo relativo a las donaciones, el legislador quiso decir: se conocerán con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones cuyo objeto sean las donaciones que uno de los esposos o cónyuges haga a favor del otro; puede asimismo entenderse, simple y llanamente, que las donaciones entre esposos o cónyuges admiten la forma de capitulaciones matrimoniales. Tampoco podemos saber con certeza, mediante el solo uso del elemento gramatical de interpretación, si por intermedio de esta norma jurídica el legislador intentó regular a las donaciones de manera tangencial o directa; pues al aplicarlo no obtendríamos resultados decisivos. Lo cierto es que su sentido es confuso; consecuentemente, creemos que conviene utilizar la regla de interpretación legal constante del numeral 1 del artículo 18 del Código Civil; es decir, debemos averiguar datos de la historia fidedigna del establecimiento de la norma para alcanzar su sentido exacto. Cabe decir entonces que esta disposición jurídica, tal como la conocemos actualmente, surge por la reforma al Código Civil instituida por la Ley 43 de 1989; previo a ella, el legislador entendía a las capitulaciones matrimoniales como las “convenciones que celebran los esposos antes del contraer matrimonio, o lo

cónyuges en el caso de reconciliación, después de haber producido la separación judicialmente autorizada, relativas a los bienes, donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro.”. En este sentido, la referencia a las donaciones evocaba exclusivamente la idea de donaciones por causa de matrimonio; así lo enseñaba Juan Larrea Holguín⁸⁹:

“En cuanto a las donaciones, pueden hacerse los cónyuges por cualquier cuantía sin necesidad de insinuación judicial, pero en ningún caso pueden sobrepasar la cuarta parte de los bienes que (sic) pasean al momento de las capitulaciones. Tales donaciones pueden ser de presente o de futuro, es decir, que se harán efectivas al momento del matrimonio, o después, al cumplirse cierto plazo o condición. Estas donaciones pueden verificarse solamente si son bajo condición de matrimonio - lo cual de presume-...”⁹⁰

Pero los estudios dogmáticos de esa época motivaron la reforma; pues consignaban la necesidad de que estas convenciones se puedan celebrar al momento del acto de matrimonio o durante el mismo, sin que medie declaración judicial de separación. Es así que, una vez publicada la reforma en el Registro Oficial, el legislador vio sus intenciones encomiables llevadas a cabo pero olvidó que el ordenamiento jurídico se concibe como todo armónico, y que cualquier reforma debe obedecer y mantener como lineamiento rector el análisis de las instituciones jurídicas en conjunto, impregnándolas, de ser necesario, con la racionalidad del cambio; y es que al omitir esta tarea, el legislador desquicio la institución: se debió modificar completamente la sintaxis del artículo en cuestión para no causar confusión a la hora de alcanzar su sentido y alcance, y no solamente hacer lo que

⁸⁹ En el mismo sentido, y a pesar de la reforma, el profesor Luis Parraguez Ruiz enseña: “(...) En las capitulaciones matrimoniales lo esposos pueden hacerse donaciones o concesiones de presente o de futuro. Esta posibilidad se encuentra contemplada en la misma definición del artículo 149 (hoy 150 del Código Civil) y ratificada por los artículos 216 y 217 (hoy 208 y 209 del Código Civil) que se refieren a las donaciones por causa de matrimonio y a las promesas por la misma causa, respectivamente.” (d)

(d) Parraguez Ruiz, Luis, Manual de Derecho Civil, Personas y Familia, tomo II, sexta edición, editorial Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 2004.

⁹⁰ Larrea Holguín, Juan, Ob. Cit.

luctuosamente se hizo: sobreponer palabras a un texto preexistente. Ahora bien, dado que el tenor literal del precepto jurídico que se analiza puede dar paso a interpretaciones equívocas en lo relativo a las donaciones entre cónyuges, debemos explicar las razones de índole jurídico que nos permiten afirmar que las capitulaciones matrimoniales no pueden contener donaciones entre cónyuges: 1) las donaciones entre cónyuges no son convenciones: ha quedado explicado *supra* que la donación entre cónyuges, al ser un negocio jurídico *mortis causa*, es eminentemente unilateral, pues no requiere de acuerdo de voluntades; por este mismo motivo, se pueden revocar arbitraria y unilateralmente. A *contrario sensu*, las capitulaciones matrimoniales son convenciones y requieren para su revocación la anuencia de ambos cónyuges (artículo 155 del Código Civil). 2) las donaciones entre cónyuges no guardan relación directa con los efectos patrimoniales del matrimonio: como es consabido, el instituto del matrimonio genera consecuencias jurídicas patrimoniales atinentes a las personas que lo conforman; es así que se crean regímenes que regulan las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí, y de estos con terceros; siendo la sociedad de ganancias el de carácter legal que se aplica automáticamente por la sola celebración del matrimonio, y que da lugar a la formación de tres patrimonios perfectamente identificables: los propios de cada cónyuge y el de la sociedad conyugal. Las capitulaciones matrimoniales tienen por objeto modificar este régimen o cambiarlo por otro, siempre que las convenciones que contenga se ajusten al orden público y a las buenas costumbres; es decir, el propósito de las convenciones matrimoniales dice relación exclusivamente con el patrimonio de la sociedad conyugal. Por el contrario, la atribución patrimonial causada por la donación entre cónyuges, tanto entre vivos, cuanto por causa de muerte, supone la idea de una relación que vincula únicamente los patrimonios propios de cada cónyuge; pues la consumación de la relación negocial, entendida desde la perspectiva

de su causa final, supone la intención de beneficiar al cónyuge, permitiéndole gozar del objeto de la donación, y viabilizando la efectiva sucesión por causa de muerte; este fin se alcanza solo si la tradición del objeto y la solución de la asignación se verifican por las personas capaces y legitimadas para hacerlo, y sobre las cosas que forman parte del patrimonio propio del cónyuge donante. No obstante, las capitulaciones matrimoniales pueden tener una relación tangencial con las donaciones entre cónyuges; pues en ciertos supuestos será necesario acordar una modificación al régimen de la sociedad conyugal para conseguir la consumación de la relación negocial; piénsese por ejemplo en una convención que, a efectos de la entrega material a favor del cónyuge donatario, excluya del haber social el bien objeto de la donación. Por todo esto creemos que la norma jurídica que se analiza, por no haber perdido la senda de su ratio legis, regula exclusivamente a las donaciones por causa de matrimonio.

2.2.3. Los efectos jurídicos de la donación entre cónyuges pueden ser remplazados por la renuncia de gananciales.

Desde antiguo se ha venido asignando dos efectos característicos a la renuncia de gananciales; estos son: 1) liberación de responsabilidad con respecto de las deudas de la sociedad conyugal; y 2) confusión entre el patrimonio de la sociedad conyugal y el patrimonio del cónyuge que no ha renunciado. El primero se sustenta en la disposición jurídica constante del artículo 203 del Código Civil que permite al cónyuge mayor de edad renunciar a la masa patrimonial que, por efecto de la disolución de la sociedad conyugal, le corresponde en copropiedad; entonces, habida cuenta que esta masa referida tiene un pasivo, el cónyuge renunciante se desvincula de las obligaciones contenidas en el patrimonio social. El segundo efecto es consecuencia directa del primero; puesto que, al

quedar el patrimonio de la sociedad conyugal en poder de un solo titular, los derechos y obligaciones que contiene se confunden e identifican con los del patrimonio propio de éste (cónyuge que no ha renunciado).⁹¹ De lo dicho se infiere que como en el caso de las capitulaciones matrimoniales, y a diferencia de las donaciones entre cónyuges, la renuncia de gananciales vincula a los patrimonios propios de cada cónyuge con el de la sociedad conyugal. Además, cabe acotar que en realidad la renuncia de un derecho no constituye liberalidad, a pesar de que esta favorezca indirectamente a un tercero (cónyuge que no ha renunciado); esta afirmación se alcanza por medio de una interpretación analógica del artículo 1410 del Código Civil, pues las meras expectativas de obtener beneficios pecuniarios de la masa de gananciales no constituyen derechos (regla 6ª del artículo 7 del Código Civil), y si no tienen el carácter de tales, pues no hay empobrecimiento de parte del cónyuge al renunciar (requisito previsto en el artículo 1414 del Código Civil); entonces, al no ser una liberalidad, el propósito negocial de la donación entre cónyuges no se alcanza por medio de la celebración de la renuncia de gananciales. Por lo expuesto, sin temor a equivocarnos, creemos que la proposición que da título a este subtema es absolutamente falsa.

2.2.4. Renuncia por parte del Registrador de la Propiedad del Cantón Quito a inscribir donaciones entre cónyuges.

Lo dicho: Con el intención de conocer si es posible o no inscribir donaciones entre cónyuges en el Registro de la Propiedad del cantón Quito, se realizó la encuesta mentada a la persona del señor Registrador de la Propiedad. A la primera de las preguntas: ¿inscribiría usted donaciones entre cónyuges?, respondió afirmativamente, aduciendo como

⁹¹ Parraguez Ruiz, Luis, Ob. Cit., pág., 205 – 210.

justificación la necesidad de inscribir los actos de ordenación sucesoria prevista en el literal e del artículo 25 de la Ley de Registro; añadió a lo dicho que si no se las inscribirían, el derecho del beneficiario podría ser vulnerado por medio de una disposición de dominio por parte de los herederos que desconozcan del acto testamentario. Asimismo, supo responder que, habida cuenta de la limitación de dominio que supone la constitución de usufructo a favor de cónyuge donatario por la entrega del objeto donado, se requiere la inscripción a efectos del cumplimiento de los literales b y d de los artículo 1 y 25, respectivamente, de la Ley de Registro; En conclusión: podemos afirmar que, según el criterio del señor Registrador de la Propiedad del cantón Quito, el propósito que persigue la inscripción como solemnidad de la donación entre cónyuges es la publicidad del negocio jurídico y de la limitación al dominio que supone el usufructo que origina la entrega del objeto donado. Es así que el argumento expresado por el notario encuestado es absolutamente falso.

2.3. Las acciones judiciales conducentes a conminar al notariado renuente a la autorización de donaciones entre cónyuges y el interés sustancial serio en la sentencia de fondo.

Creemos en principio que la acción judicial por la cual podría exigirse la autorización notarial, para la validez de las donaciones entre cónyuges que la requieran, es la acción constitucional de incumplimiento; ya que parecería que la inaplicación de normas jurídicas y la obligación del notariado de autorizar los negocios jurídicos a que fuere llamado (numeral 1 del artículo 18 de la Ley Notarial), a más del cumplimiento de los presupuestos procesales y materiales correspondientes, dan paso a una sentencia de fondo favorable de la Corte Constitucional; y es que resulta de suyo ordinario colegir que la razón de ser de esta garantía jurisdiccional está íntimamente aparejada con el repudio a todo acto arbitrario del

poder público; en este caso específico, a la aplicación arbitraria del artículo 1165 del Código Civil, pues el paradigma del neo constitucionalismo así lo da a entender. Por todo esto, parece, como ya dijimos, que la acción mentada es idónea contra el abuso que supone la proscripción de las donaciones entre cónyuges en el ejercicio del Derecho Notarial.

No vamos a detenernos en un análisis de la acción constitucional referida; pues entendemos que existe un óbice que impide alcanzar una sentencia favorable. Como se sabe, uno de los requisitos para una sentencia de mérito o fondo es el interés sustancial, concreto, actual y serio en la intervención del órgano jurisdiccional⁹²; pues sin este interés, el juzgador debe abstenerse de proferir un pronunciamiento acerca de las pretensiones formuladas en la demanda. En el caso específico que se estudia, se determina objetivamente la seriedad de las pretensiones a través de un juicio de utilidad que se obtiene al comprobar si el beneficio que comporta una sentencia favorable es económicamente preferible a la opción que se tiene de acudir a otros notarios del cantón que, de hecho, autorizan este tipo de negocio; o lo que es lo mismo, el actor precisa justificar que la acción judicial es económicamente imprescindible para alcanzar la satisfacción del interés pecuniario perseguido (perfeccionamiento y consumación del negocio de donación entre cónyuges). Entonces, nos parece que cae por su propio peso la inadmisibilidad de esta acción judicial, ya que es de suyo ordinario entender que el costo de obtener el mismo servicio de otro notario del cantón es irrisoriamente menor que el inherente a un proceso judicial. Nos parece asimismo que quien piense lo contrario no hace sino adecuar la lógica a sus intereses; aún si su argumento se basa en el interés moral en la sentencia de fondo, puesto que se tutela este

⁹² Devis Echandía, Hernando, Ob. Cit., pág. 246.

interés (moral) únicamente en el caso en que la pretensión carezca de carácter pecuniario⁹³. Esta argumentación jurídica que se expone ha sido recogida en numerosos fallos de la Corte Nacional de Justicia; así por ejemplo ha quedado explicitada en el Expediente 17, Registro Oficial 114 de 1 de Septiembre de 2004, en el juicio ordinario Nro. 248-2003 que por extinción de acción de daños y perjuicios siguió Rebecca Elyse Shipping Corporation contra Ecuadorian Seafoods C. A. Por lo dicho, afirmamos categóricamente que no cabe acción judicial alguna cuya pretensión sea la autorización compulsiva del negocio de donación entre cónyuges en contra del notariado.

⁹³ Palacio Lino, Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, 17^a ed., Abeledo Perrot, Bueno Aires, 2003, pág. 105.

Capítulo III

3. Beneficios de la celebración del negocio jurídico de donación entre cónyuges para la práctica del Derecho Civil.

3.1. Carácter alimenticio y de compensación de la donación entre cónyuges.

Para satisfacer sus intereses económicos, y procurando estabilidad familiar, los cónyuges suelen acordar que uno de ellos dedique sus esfuerzos a producir el sustento económico, y el otro, los dedique a las tareas propias del hogar común. La racionalidad de este criterio es discutible, pero se advierte que es la moda en las familias ecuatorianas; moda que conlleva, lamentablemente, y a pesar del régimen patrimonial vigente en los matrimonios, el desamparo económico del cónyuge que, al verse impedido de desarrollar actividades significativamente lucrativas, queda expuesto a afectaciones lícitas de sus derechos de la personalidad. Por este motivo, el legislador procura crear institutos jurídicos conducentes a alimentar al cónyuge desamparado y a compensar el desequilibrio económico entre los patrimonios propios de cada cónyuge, tales como: la porción conyugal, el derecho a la quinta parte de los bienes del cónyuge por concepto de divorcio, los alimentos congruos, el derecho de habitación del cónyuge sobreviviente sobre el bien único del *as* sucesorio, etc.; estos mecanismos aludidos, y en general todos aquellos que prevean las leyes a efectos de armonizar las relaciones jurídico económicas entre cónyuges, se hacen efectivos mediante procesos judiciales; es así que, habida cuenta, entre otras cosas, de la acumulación irracional de causas, la falta de celeridad en la tramitación de los procesos y la torpeza con la que se administra justicia, que aparejan la imposibilidad de la tutela efectiva de derechos e intereses, la donación entre cónyuges se erige como un instrumento jurídico idóneo, que se ejerce por vía de la autonomía de la voluntad, para efectivizar la obligación de mutuo

auxilio y protección (artículos 134 y 136 del Código Civil) que, como efecto personal del matrimonio, exige la convivencia marital; y es que, su naturaleza y efectos develan una faceta propia del comportamiento humano: liberalidad en reciprocidad de cariño y lealtad. Aunque parezca excesivamente retórica esta última frase, estamos convencidos que sirve para explicar algo que ha quedado inconcluso: a pesar del grado de precariedad que supone la revocabilidad unilateral y arbitraria a que tiene derecho el cónyuge donante, estamos convencidos que la donación entre cónyuges adquiere firmeza y seriedad, o lo que es lo mismo, perdurabilidad en el tiempo, gracias a voluntad de los cónyuges orientada hacia un mismo fin: la estabilidad matrimonial, cuyos cimientos se hallan radicados en nuestro fuero interior (ética), y por tanto, no pueden ser objeto de regulación.

3.2. Derechos que le asisten al cónyuge donatario como usufructuario del objeto entregado.

Como hemos visto *supra* (efectos de la donación entre cónyuges), el cónyuge donatario detenta el derecho real de usufructo sobre los bienes que le han sido entregados a su favor; consecuentemente, puede vincularse jurídicamente con terceros para procurarse beneficios sociales y/o económicos derivados de una prestación a la que tiene derecho por obligar su propiedad sobre el uso y goce como contraprestación; es así que puede aportar su derecho al haber social de una persona colectiva (artículo 1986 del Código Civil), dar en arrendamiento el usufructo (artículo 807 del Código Civil), ceder el ejercicio de su derecho a título oneroso o gratuito (artículos 807 y 702 del Código Civil), y dar su derecho en anticresis. También, en materia de derechos reales, puede adquirir servidumbres a favor de los predios que usa y goza, consentir en otras a favor de inmuebles de terceras personas, e hipotecar los frutos a que tiene derecho. Todos estos beneficios potenciales hacen de la

donación entre cónyuges un negocio jurídico útil; recordando con acierto, que lo es en un sentido consonante con el Derecho de Familia, es decir, en un contexto en el que predomina el contenido ético sobre los criterios mercantilistas, y donde el análisis económico del Derecho, si es que cabe, se lo realiza con extrema mesura y tino.

3.3. Ordenación Sucesoria

En torno a este tema, gira inexorablemente la cuantificación de la porción conyugal y de la cuarta de libre disposición; pues todo valor que corresponde a una persona en la sucesión de su cónyuge se imputa a una porción igual a la cuarta parte del acervo líquido tentativo (pagadas las rebajas de ley) o al monto que completa la misma, y que constituye asignación forzosa a su favor (porción conyugal prevista en el artículo 1196 del Código Civil); por consiguiente, el valor del objeto de la donación entre cónyuges, sin excepción alguna, se computa para la formación de esta porción referida. Ocurre que el beneficio a favor del cónyuge sobreviviente en la ordenación sucesoria puede ser mayor: si la donación supera el valor de lo que le corresponde a una persona por concepto de porción conyugal, el exceso se imputa a la parte de que el legislador pudo disponer libremente, según prevé el artículo 1202 del Código Civil. Esta cuarta de libre disposición puede significar sendos valores según la concurrencia a la sucesión de legitimarios y mejoreros; es así que, cuando sobreviven descendientes, la libre disposición es igual a la cuarta parte del acervo líquido (pagada la porción conyugal); si no sobreviven sino legitimarios ascendientes, la libre disposición es igual a la mitad del acervo líquido; y si no se deben asignaciones forzosas, se tiene libre disposición sobre la totalidad de los bienes sucesorios. De esta inextricable significación de valores que puede llegar a tener la libre disposición, depende la eficacia de la donación entre cónyuges cuando excede el quantum de la porción conyugal; pues de

excederla, daría paso a una acción de reforma de testamento. Así pues, cabe tomar en cuenta lo dicho antes de redactar una minuta de donación entre cónyuges.

3.4. **Modelo de donación entre cónyuges**

Sin ánimo de perpetuar en el tiempo modelos de negocios jurídicos, se nos ocurre que exponer una guía escudada en la sencillez puede servir para fomentar el uso de este negocio jurídico en la práctica del derecho civil. El modelo que a continuación se redacta tiene como único objetivo ayudar al abogado a evitar errores burdos; pues la escrituración de este negocio jurídico no debe ser compleja, habida cuenta que es un negocio nominado.

En la forma de contrato entre vivos

Insinuación Judicial:

Yo, Carlos David Noboa Cajas, de 50 años de edad, de profesión abogado, con domicilio en esta ciudad de Santo Domingo de los Tsáchilas, por mis propios derechos, ante usted, respetuosamente, comparezco y digo:

Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 1165 y 1417 del Código Civil, solicito se digne concederme autorización judicial para donar a favor de mi cónyuge señora María Cristina Suarez Zárate, el lote de terreno de la superficie de cuatrocientos veinte y dos metros cuadrados, situado en la calle Río Toachi N. 555 y calle Loja, parroquia San Blas de la ciudad, provincia y cantón de Santo Domingo de los Tsáchilas; que lo adquirí por compra que a mi favor otorgaron los cónyuges Diego Fabián Mancheno Polanco y María Belén Solano Romero, mediante escritura pública celebrada el cinco de marzo de dos mil veinte, ante el Notario Primero del cantón de Santo Domingo, Dr. Juan Carlos Paredes, inscrita el 20 de abril del mismo año, dentro de los siguientes linderos: por el Norte: terreno de propiedad del señor Bolívar García; por el Sur, con propiedad de los herederos de la señora María Emilia Kaviedes Santomaro; por el Este, con la calle Río Toachi; y por el Oeste, con la calle Loja.

El avalúo comercial fijado por la Oficina competente del Ilustre Municipio de Santo Domingo asciende al valor de diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Sobre el inmueble que se pretende donar no pesa gravamen alguno, como consta del certificado del señor Registrador de la Propiedad que acompaño a este escrito.

Para que usted proceda con conocimiento de causa y conforme a derecho, dígnese señalar día y hora desde la cual se practique la recepción de las declaraciones juramentadas de los testigos señores Juan Carlos Villavicencio Cajas y David Alejandro Román Montesdeoca, al tenor del siguiente interrogatorio.

1.- Sobre edad y más generales de Ley.

2.- ¿Diga usted, como es verdad y le consta, que a más del lote de terreno N. 555 de las calles Río Toachi N. 555 y Loja, tengo otros bienes que aseguran mi congrua subsistencia, como son: un terreno situado en la parroquia Guamaní del cantón Quito, un terreno situado en la parroquia Chillogallo del Distrito Metropolitano de Quito, y derechos de cuota sobre la sucesión indivisa de mi padre, señor Carlos Alfredo Noboa Chauvin.

3.- La razón de sus dichos.

La cuantía queda fijada por el valor del lote de terreno a donarse.

Se dignará disponer que del auto en que usted se pronuncie sobre la presente insinuación, se me confiera una copia certificada.

Asimismo, sírvase disponer que, dejándose razón en autos, se desglose y se me entregue la documentación que adjunto.

Notificaciones recibiré en el casillero judicial No. 222222 del Palacio de Justicia de Santo Domingo.

Donación:

Señor Notario:

En el Registro de Escrituras Públicas a su cargo, sírvase insertar una más de donación al tenor de las siguientes cláusulas:

PRIMERA.- Comparecientes.

Comparecen a la celebración del presente instrumento público, los cónyuges señores Carlos David Noboa Cajas y María Cristina Suarez Zárate, por sus propios derechos y debidamente autorizados por el señor Juez Primero de lo Civil de Santo Domingo, según consta de la insinuación judicial que en copia se agrega. Ambos comparecientes son ecuatorianos, mayores de edad, y su domicilio lo tienen en la ciudad de Santo Domingo de los Tsáchilas.

SEGUNDA: Antecedentes.

- a) Por Escritura Pública de fecha cinco de marzo de dos mil veinte, otorgada en esta ciudad de Santo Domingo de los Tsáchilas, ante el Notario Primero, Dr. Juan Carlos

Paredes, e inscrita el 20 de abril del mismo año, los cónyuges Diego Fabián Mancheno Polanco y María Belén Solano Romero vendieron a favor del señor Carlos David Noboa Cajas un lote de terreno signado con el número 555 de las calles Río Toachi y Loja, de la ciudad de Santo Domingo de los Tsáchilas, cantón y provincia de Santo Domingo.

- b) Mediante auto de 17 de abril del año dos mil cuarenta, el señor Juez Primero de lo Civil de Santo Domingo concedió autorización al señor Carlos David Noboa Cajas para que done, por acto entre vivos, el lote antes señalado, a favor de su cónyuge señora María Cristina Suarez Zárate.

TERCERA: Donación.

Con estos antecedentes, y amparado en lo dispuesto por el artículo 1038 y 1165 del Código Civil, el señor Carlos David Noboa Cajas dona, por acto entre vivos, a favor de su cónyuge María Cristina Suarez Zárate, el lote de terreno de la superficie de cuatrocientos veinte y dos metros cuadrados, situado en la calle Río Toachi N. 555 y calle Loja, parroquia San Blas de la ciudad, provincia y cantón de Santo Domingo de los Tsáchilas; que lo adquirió por compra que a mi favor otorgaron los cónyuges Diego Fabián Mancheno Polanco y María Belén Solano Romero, mediante Escritura Pública celebrada el cinco de marzo de dos mil veinte, ante el Notario Primero del cantón de Santo Domingo, Dr. Juan Carlos Paredes, inscrita el 20 de abril del mismo año.

CUARTA: Linderos.

Los linderos del inmueble que se dona son los siguientes: por el norte, terreno de propiedad del señor Bolívar García; por el sur, con propiedad de los herederos de la señora María Emilia Cabiedes Pérez; por el este, con la calle Río Toachi; y por el oeste, con la calle Loja.

QUINTA: Valor de la donación

La donación se la hace por el valor del avalúo comercial fijado por la Oficina de Avalúos y Catastros del Ilustre Municipio de Santo Domingo de los Tsáchilas, esto es, por la cantidad de treinta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica; este valor se imputará a la porción conyugal que llegare a tener la señora María Cristina Suarez Zárate en la sucesión del señor Carlos David Noboa Cajas, y si llegase a existir un excedente entre la porción que le corresponde por la asignación forzosa antedicha y el valor de la presente donación, se imputará, dicho excedente, a la cuarta de libre disposición; asimismo, se imputará el valor de la presente donación a esta última cuarta parte del haber sucesorio, si el vínculo conyugal que existe entre los comparecientes se disuelve por divorcio.

SEPTIMA: Gastos e impuestos.

Todos los gastos e impuestos que causen esta escritura y su inscripción son de cuenta del cónyuge donante.

Usted señor Notario se dignará agregar las demás cláusulas de estilo para la plena validez del presente negocio jurídico.

Capítulo IV

4. Conclusiones y Recomendaciones

4.1. Conclusiones (lege data)

Las conclusiones que se consignan a continuación son el resultado de interpretaciones hechas a disposiciones legales relativas a la materia que se investigó; que si bien dependen de la concepción que tenemos de ciertos institutos como el negocio jurídico y su invalidez, guardan racionalidad con respecto del tenor de los textos, y pretenden, de manera pragmática, sacar del limbo a la donación entre cónyuges, dilucidando pues criterios errados y resolviendo dificultades al momento de alcanzar el sentido de las normas. Así pues es más útil entender a las donaciones entre cónyuges de acuerdo con las siguientes proposiciones:

- Nuestro ordenamiento jurídico tutela el negocio sub examen siempre que surta efectos dominicales *post mortem*
- El negocio jurídico de donación entre cónyuges es inválido como título traslativo del dominio entre vivos en el sistema de normas civiles ecuatoriano debido a la norma de incompetencia constante del artículo 218 del Código Civil; pero adquiere validez *ipso jure* como donación revocable, atento lo dispuesto en el inciso final del artículo 1165 del Código Civil.
- La exposición dogmático – sistemática de las donaciones entre cónyuges en el Código Civil Ecuatoriano responde a la naturaleza revocable de la misma; pues

cuando nace a la vida del Derecho, y a pesar de la forma en la se exteriorice la voluntad (donación irrevocable o testamento), es un negocio jurídico de ordenación sucesoria.

- La autorización judicial puede servir de instrumento de persuasión a favor de la validez del negocio sub examen, mientras no se eliminen, definitivamente, los criterios plurívocos existentes en sede notarial.
- La declaración de voluntad que contiene la ordenación sucesoria no conforma por sí sola el negocio jurídico de la donación entre cónyuges, pues debe atenderse a una consecuencia jurídica “*vi legis*”, esto es, a la constitución del usufructo a favor del cónyuge donatario sobre los bienes entregados, para determinar el contenido de la relación negocial. Es así que puede entenderse al título y a la entrega del objeto donado como actos “complementarios” cuyos efectos en conjunto caracterizan al negocio que se estudia.
- La donación entre cónyuges no puede tener por objeto bienes consumibles; pues, la entrega del bien por parte del donante para que su consorte lo disfrute produciría efectos jurídicos dominicales *inter vivos*; violentando así, lo preceptuado en el artículo 1165 del Código Civil que permite exclusivamente la donación entre cónyuges de carácter revocable.
- El legado que nace contenido en la donación entre cónyuges es de efectos reales que, pudiendo recaer sobre especies o géneros, tiene preferencia para el cobro frente

a los legados estrictamente alimenticios, los destinados a beneficencia, los exonerados por el testador de contribución para el pago de las deudas hereditarias y frente a los comunes o faltos de privilegio cuando los bienes sucesorios no alcanzan a pagarlos todos.

- Sólo si el objeto de la donación entre cónyuges recae sobre una parte alícuota del patrimonio del donante, la asignación por causa de muerte es a título universal.
- Debido a que la donación entre cónyuges no genera obligaciones entre vivos, la entrega del objeto donado para que el donante se constituya en usufructuario se verifica sin respecto de una obligación preexistente de dar, es decir, sin que el cónyuge donante se encuentre en la necesidad de entregar; como consecuencia, este simple hecho (entrega) constituye un estado de mera tenencia sin título, a ciencia y paciencia del cónyuge dueño del bien, o lo que es lo mismo, un precario, según lo prevé el inciso segundo del artículo 2098 del Código Civil; pero este *factum tradendi* precedido del negocio jurídico de donación revocable (donación entre cónyuges) otorga al adquirente los derechos y obligaciones de usufructuario sobre los bienes entregados. Se entiende en consecuencia que el usufructo que detenta el cónyuge donatario reconoce un germen legal.
- Puede definirse al negocio jurídico de la donación entre cónyuges, atendiendo a su caracterización, como el negocio jurídico unilateral por cuya virtud, una persona realiza una atribución patrimonial, de forma gratuita y con ánimo liberal, a favor de su cónyuge, consistente en la entrega en vida de una parte de sus bienes para que los

usufructúe hasta su muerte, y en la ordenación sucesoria de esa misma parte de bienes para que se le transmita su derecho de dominio; conservando *ipso iure* el poder personalísimo de revocación.

- Veintiséis de los cuarenta notarios públicos del cantón Quito consideran que la donación entre cónyuges se encuentra incurso en la prohibición legal del artículo 218 del Código Civil, así como también, y en consecuencia, la entienden como nula absolutamente por adolecer de objeto ilícito; es pues esta falacia la que causa el error conceptual acerca de su noción.
- El artículo 150 del Código Civil regula exclusivamente a las donaciones por causa de matrimonio, y no como se suele creer a las donaciones entre cónyuges, pues estas últimas no son convenciones y no guardan relación directa con los efectos patrimoniales del matrimonio.
- Los efectos jurídicos propios de la donación entre cónyuges no pueden obtenerse mediante la celebración de una renuncia de gananciales.
- El propósito que persigue la inscripción como solemnidad de la donación entre cónyuges es la publicidad del negocio jurídico y de la limitación al dominio que supone el usufructo que origina la entrega del objeto donado.

- No cabe acción judicial alguna en contra del notariado cuyo propósito sea la autorización compulsiva del negocio de donación entre cónyuges, pues adolecerían sus pretensiones de falta de interés serio en la sentencia de fondo.
- Debe considerarse a la donación entre cónyuges en sí misma como un instrumento jurídico idóneo, que se ejerce por vía de la autonomía de la voluntad, para efectivizar la obligación de mutuo auxilio y protección (artículos 134 y 136 del Código Civil) que, como efecto personal del matrimonio, exige la convivencia marital.

4.2. Recomendaciones (lege ferenda)

El sistema de normas civiles ecuatoriano otorga un tipo sui generis de validez a la donación entre cónyuges, consonante con el orden público; por tanto, creemos que no hacen falta recomendaciones acerca de los aspectos de fondo relativos a su esencia y naturaleza; en cambio, nos parece loable proponer una reforma tan solo de terminología legal que haga más sencillo alcanzar la noción de la misma.

- Puesto que no cabe la forma negocial de capitulaciones matrimoniales para revestir a la donación entre cónyuges, creemos que debe reformarse el artículo 150 del Código Civil al estado en que su tenor literal sea el siguiente: “Se conocen como capitulaciones matrimoniales la convenciones que celebran los esposos o los cónyuges antes, al momento de la celebración o durante el matrimonio, relativas a

los bienes, a las donaciones por causa de matrimonio y a las concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro.”

- A pesar de entender como correcta la exposición dogmático – sistemática de las donaciones entre cónyuges en el Código Civil, creemos que es preferible ubicar la norma de competencia constante del tercer inciso del artículo 1156 al final de la norma de incompetencia del artículo 218 del Código Civil. El artículo 218 debe consignar el tenor siguiente: “Los cónyuges no podrán otorgar entre sí otros contratos que los de mandato, los de administración de la sociedad conyugal en los términos que consta en el Art. 142 de este Código, y capitulaciones matrimoniales; no obstante, en caso de separación de bienes, podrán adquirirlos y mantenerlos en comunidad.

La donación entre cónyuges que revista la forma de contrato vale como donación revocable.”

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri Besa, Arturo, La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno, Editorial Jurídica Chilena, Santiago, 1949.
- Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarria Undurraga, Manuel. "Curso de Derecho Civil". Redactado por Antonio Vodanovic H. Tomo III. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1942.
- Alessandri, Arturo, Derecho Civil, De los contratos, Editorial Zamorano y Caperán, Santiago de Chile, 1976.
- Baquero, Jaime, Ética para políticos y juristas, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.
- Barrientos Grandón, Javier, DE LA “TRADICIÓN” Y SU DEFINICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO, Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, [online]. 2003, No.1, pág. 11-108. Fecha de consulta: 09-07-2012, disponible en:
- Bernal Fandiño, Mariana, LA TRANSFORMACIÓN DE LA CAUSA EN EL DERECHO DE CONTRATOS FRANCÉS, Universitas (en línea), 2006 (enero - junio), fecha de consulta: 1 de Julio de 2011, disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82511107>, ISSN 0041 – 9060.
- Betti, Emilio, Teoría General del Negocio jurídico, 14 edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.
- Cabanellas, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, 18va. edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2009.

- Castan Tobeñas, José, Derecho Civil español, común y foral, 14va edición, Madrid, 1987.
- Claro Solar, Luis, Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1942.
- Código Civil de la República de Colombia.
- Código Civil de la República de Chile.
- Código Civil de la República del Ecuador.
- Corral Talciani, Hernán, Donaciones entre cónyuges, una prohibición de más de veinte siglos, en Revista Chilena de Derecho, vol. 26 (2) 1999.
- De Castro y Bravo, Federico, El Negocio Jurídico, Editorial Civitas, Madrid, 1985.
- De los Mozos, José, La Conversión del Negocio Jurídico. Editorial Bosch, Barcelona, 1959.
- Delgado Echeverría, Jesús, EL CONCEPTO DE VALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS DE DERECHO PRIVADO, NUL, 2005, pág. fecha de consulta: 05 de abril de 2012, disponible en: <http://www.codigo-civil.org/nulidad/lodel/document.php?id=79#tocto13>.
- Devis Echandía, Hernando, Teoría General del Proceso, 3ra. Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004,
- Díez Picazo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. I, 2da. Edición, Madrid, 1983
- Díez Picazo, Luis, La doctrina de los propios actos, Barcelona, 1963
- Díez Soto, Carlos Manuel; y Galgano, Francesco, La conversión del contrato nulo: su configuración en el derecho comparado y su admisibilidad en el derecho español,

Repositorio Digital UPCT, 2009, fecha de consulta: 16 de Agosto de 2011, disponible en: <http://hdl.handle.net/10317/796>.

- Domínguez Águila, Ramón, Teoría general del negocio jurídico, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977.
- Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Águila, Ramón, Derecho sucesorio, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990,
- Elorriaga de Bonis, Fabian, Derecho Sucesorio, 2da. Edición, Editorial Abeledo Perrot, 2010.
- Fueyo, Fernando, Instituciones de Derecho Civil moderno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
- Goyena Copello, Héctor, Curso de Procedimiento Sucesorio, 8va. edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005.
- Guzmán Brito Alejandro. EL CONCEPTO DE LEGADO EN EL DERECHO CIVIL CHILENO. Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2008, vol.21, n.2 [citado 2012-06-11], pp. 53-84. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. doi: 10.4067/S0718-09502008000200003.
http://www.fundacionfueyo.udp.cl/revista/1_Revista_Fundacion_Fueyo.pdf.
- Klug, Ulrich, Lógica Jurídica, 6ta. edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2004.
- Larrea Holguín, Juan, Derecho Civil del Ecuador, tomo IX, cuarta edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007.

- León, Leysser, Los actos jurídicos en sentido estricto: sus bases históricas y dogmáticas, Selected Works (en línea), 2004, fecha de consulta: 08 de Julio de 2011, disponible en: http://works.bepress.com/leysser_leon/5.
- Neme Villarreal, Martha, La buena fe objetiva y subjetiva, Revista de Derecho Privado Externado de Colombia, 17-2009.
- Palacio Lino, Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, 17a ed., Abeledo Perrot, Bueno Aires, 2003.
- Papaño, Ricardo; Kiper, Claudio; Dillon, Gregorio; y Causse, Jorge, Derechos Reales, Tomo I y II, 2da. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.
- Parraguez Ruiz, Luis, Manual de Derecho Civil, Personas y Familia, tomo II, sexta edición, editorial Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 2004.
- Peñailillo, Daniel, Los Bienes, La Propiedad y otros de Derechos Reales, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Santiago 2006.
- Puig Peña, Federico, Compendio de Derecho Civil Español, Ediciones Pirámide, Madrid, 1976.
- Ríos Helling, Jorge, La práctica del Derecho Notarial, 6ta edición, Editorial McGraw-Hill Interamericana, México, 2006.
- Rodríguez Grez, Pablo, Instituciones de Derecho sucesorio, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1994.
- Somarriva, Manuel, Indivisión y Partición, 5ta. edición., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- Vial del Río, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

- Zannoni, Eduardo, Manual de derecho de las Sucesiones, 4ta. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.