

---

# Una revisión al carácter lucrativo de la donación romana clásica\*

» FRANCISCA LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA\*\*

**RESUMEN.** La civilística moderna entiende que uno de los elementos de las donaciones entre vivos es su irrevocabilidad, por cuanto el donatario adquiere en forma definitiva lo que le ha sido donado. Sin embargo, no siempre ha sido así. La donación romana clásica tenía como nota distintiva ser lucrativa, la cual se fue equiparando a su irrevocabilidad. El objetivo de nuestro estudio es revisar, tanto en la doctrina romanística como en las fuentes romanas, el sentido de estos términos.

**PALABRAS CLAVE:** donación, Derecho romano clásico, lucrativo, gratuito, donaciones perfectas, donaciones imperfectas, irrevocable.

## **A Review of the Profit-Irrevocable Character of the Classic Roman Donation**

**ABSTRACT.** Modern civilistics understands that one of the elements of inter-living donations is their irrevocability, since the donee definitively acquires what has been donated to him. However, this has not always been the case. The classic Roman donation had the distinctive note of being lucrative, which was equated to its irre-

---

\* Fecha de recepción: 21 de agosto de 2020. Fecha de aceptación: 24 de septiembre de 2021. Para citar el artículo: LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, F., “Una revisión al carácter lucrativo de la donación romana clásica”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 42, enero-junio 2022, 23-41, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n42.02>

\*\* Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile; profesora-investigadora. Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Abogada, Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, Chile. Contacto: franciscaleitao@yahoo.es. Orcid: 0000-0002-2877-9234.

vocability. The objective of our study is to review, both the doctrine and the Roman sources, the meaning of each of these terms.

KEYWORDS: donation, classic Roman law, lucrative, gratuity, perfect donations, imperfect donations, irrevocability.

SUMARIO: I. Introducción a la lucratividad. II. La donación perfecta e imperfecta-revocable o irrevocable. III. La donación perfecta-imperfecta en las donaciones *mortis causa*. Conclusiones. Referencias.

## I. Introducción a la lucratividad

En esta parte del trabajo intentaremos abordar uno de los elementos configuradores de la donación: su carácter lucrativo. Como veremos, alguna doctrina la asume como independiente de otros rasgos de la donación, por ejemplo, su gratuidad. La lucratividad consistiría en que el donatario beneficiario de la atribución patrimonial consigue lo donado de forma definitiva, esto es, cesando para el donante la posibilidad de repetir<sup>1</sup>. Ahora: distinto es hablar del carácter gratuito del negocio donatorio. Este dice relación con que el donatario no está sujeto a realizar ninguna contraprestación al donante, por tanto, es éste el que debe soportar el gravamen.

A continuación revisaremos la postura de los autores relevantes en materia de donación, acerca del elemento lucrativo de ella. La cuestión es si la han tratado o no, y de qué manera.

### A. La lucratividad en Savigny

Para Savigny la lucratividad es un elemento esencial de la donación, entendido como el beneficio obtenido<sup>2</sup> por el donatario; sin embargo, no profundiza en esto. Luego, añade que lo lucrativo puede denominarse “lucrativa causa”, y para se constituya, requiere que la adquisición, sea de un crédito, o bien de la propiedad de una cosa, se efectúe gratuitamente. En cambio, las adquisiciones no gratuitas son las que los juristas llaman “causa onerosa”.

- 
- 1 Entre los autores, LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, F., “La gratuidad en la donación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 2, 2014, 589-607; ‘La ‘liberalitas’ en la donación”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n.º 34, 2012, 91-102; “La terminología de los juristas romanos sobre la donación”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. 26, n.º 26, 2014, 101-128; “El enriquecimiento del donatario y el empobrecimiento del donante”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad de Valparaíso, n.º 52, 2014, 225-248.
  - 2 SAVIGNY, F-K., *Sistema del derecho romano actual*, Jacinto Mesías y Manuel Poley (trads.), III, Madrid, Editorial de Góngora, 1945, 13-14.

Antes de continuar, observe el lector que Savigny deja ver que la causa es lucrativa, siempre y cuando sea gratuita, es decir, como rasgos propios de la donación serían equivalentes, esto es, significan lo mismo.

Siguiendo el discurso del autor, indica que hay otros actos que sin ser donación también tienen una “causa lucrativa”, cuales son: los fideicomisos, los legados y la sucesión, tanto testada como intestada. El rasgo que se repite en todos ellos es un acto liberal gratuito.

Así mismo, indica otros casos cuya causa es lucrativa, como las figuras propias del modo de adquirir de la ocupación, tales como la caza, la adquisición de *res hostiles*, el descubrimiento de un tesoro y la apropiación de una cosa sin dueño.

Más adelante dirá que en los actos jurídicos pueden estar presentes otros dos componentes: “la liberalidad y la adquisición gratuita”<sup>3</sup>.

A modo de conclusión, sostenemos que Savigny no perfila ni precisa el elemento lucrativo de la donación, ya que no lo distingue de la gratuidad sino más bien los confunde.

## B. La lucratividad en Biondi y Archi

No podemos preterir en esta revisión a los autores Archi<sup>4</sup> (1960) y Biondi<sup>5</sup> (1960), cuyas exposiciones son significativas en materia de donación.

En lo que nos atañe, a diferencia de Savigny, no mencionan en ningún momento el carácter lucrativo de la donación; ni para definirla, ni para distinguirla de otros elementos que la caracterizan. De lo que sí tratan es de la expresión “irrevocable”, lo cual se acerca más a lo lucrativo, es decir, al beneficio obtenido definitivo, asemejándola por un lado a la *donatio perfectae*.

Por lo tanto, Biondi y Archi, sin hacer referencia a la lucratividad como tal, se ocupan de la “irrevocabilidad” como parte de la misma donación, sin hacer distinción alguna. Será otra doctrina la que contribuirá a esclarecer su significado.

## C. La lucratividad en Jaques Michel

Entre los romanistas, Jaques Michel es el principal exponente de la dogmática-jurídica sobre la gratuidad, en su obra *Gratuité en droit Romain*<sup>6</sup>. Allí, materializa temas como: la evolución del concepto gratuito en las diferentes fuentes correspondientes

3 *Ibid.*,15.

4 ARCHI, G.G., *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1960, 188 y ss.

5 BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*. Trad.cast., Barcelona, Editorial Bosch, 1960, 655-662.

6 MICHEL, J., *Gratuité en droit romain. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles, Université libre de Bruxelles, 1962. El capítulo 10 se titula ‘La Gratuité lucrative’.

a las épocas, arcaica, clásica y postclásica; un estudio exhaustivo de los actos o negocios gratuitos; entre otros tópicos.

A diferencia de Savigny, Michel afirma que para la jurisprudencia clásica la gratuidad no es equiparable a la lucratividad<sup>7</sup>. Sostiene que la gratuidad puede ser entendida bajo dos sentidos: (1) una maquinal e intuitiva tomada de la vida cotidiana como una ganancia o provecho; y (2) como una noción técnica-jurídica, que consiste en beneficiar o incrementar un patrimonio sin que exista una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer.

En cambio, el concepto técnico-jurídico *lucrum* es una ganancia inesperada, conseguida sin el esfuerzo o trabajo humano, la cual aparece en las fuentes opuesta a *questus* (carga), donde la ganancia o retribución se adquiere por medio de un oficio o profesión y en cualquier campo de las actividades del hombre<sup>8</sup>.

Prestamente, Michel agrega que desde Gayo en adelante los términos gratuito y lucrativo dejaron de distinguirse en las *Instituciones Justinianeas*, idea que encontró eco en la doctrina francesa y finalmente llegada a la codificada. Afirma que la jurisprudencia de la época clásica define la gratuidad sin confundirla con la lucratividad, correspondiente a una ganancia inesperada, conseguida sin el esfuerzo o trabajo humano. En cambio, lo propio de la gratuidad es hacer una atribución patrimonial sin que exista una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer algo.

Finalmente, indica que es Justiniano en sus *Instituciones* quien igualará los términos *gratuito* y *lucrativo*, pasando así hasta la actualidad y especialmente vista en materia de donación.

## D. La lucratividad según la escuela de D'Ors

Una corriente de autores, que siguen la doctrina de Álvaro D'Ors<sup>9</sup>, realiza una primorosa distinción entre los actos lucrativos de los gratuitos; considera que los primeros suponen una adquisición definitiva, como dice Gayo en D. 50, 17, 51 (Gai., 15 *ed. prov.*) “Non videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alii restituere”<sup>10</sup>. Según Guzmán Brito la lucratividad es “[...] el fenómeno consistente en que el destinatario de la atribución patrimonial consiga el objeto de ésta sin correlativamente quedar sujeto a restituirlo con posterioridad, de modo de poder retenerlo [...]”<sup>11</sup>, es decir, lo donado no se adquiere en forma provisional sino definitiva. Por tanto, un

7 *Ibid.*, 395.

8 *Ibid.*

9 D'ORS, A., *Derecho privado romano*. 10.<sup>a</sup> ed., Pamplona, Eunsa, 2004, 383.

10 Junto al texto de Gayo hallamos los siguientes fragmentos: (i) Ulpiano D. 43, 26, 1, 2 “*qui donat, sic dat, ne recipiat*” (“el que dona da de suerte que no se recobre”); (ii) Juliano D. 39, 5, 1, pr, (17 dig.): “*Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti*” (Da alguno con la mente de querer que algo se haga inmediatamente del que recibe, y en ningún caso vuelva a él”).

11 GUZMÁN BRITO, A., *De las donaciones entre vivos, conceptos y tipos*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, 49.

efecto de lo anterior es que la irrevocabilidad queda subsumida a la donación entre vivos, pero esto lo abordaremos en la segunda parte del trabajo.

Por el contrario, “los actos gratuitos se refieren a aquellos en que no existe una contraprestación, es decir, en los que no se pide nada a cambio”<sup>12</sup>. Es así como lo gratuito no mira a que haya un aumento patrimonial efectivo en la parte que se beneficia con la donación, sino que no se pague nada por lo recibido. Por ende, lo opuesto a la gratuidad es lo oneroso. Como dijimos más arriba, la lucratividad es el aumento patrimonial de manera definitiva para la parte beneficiada. A diferencia de los actos puramente gratuitos en los que no hay una atribución definitiva —como pueden ser, por ejemplo, los préstamos o el depósito—, no tienen una causa de donación debido a que no existe en ellos la lucratividad. Justamente este carácter comprende, a la luz de la doctrina, la exigencia del enriquecimiento (*locupletatio*) del donatario<sup>13</sup>. La explicación a lo anterior la da Valiño, exponente de la Escuela de D’Ors, textualmente dice que “es una tentación confundir lo gratuito con lo lucrativo, debido que es más bien una ventaja económica que un aumento efectivo en el patrimonio de una persona puede estar determinado por el ahorro del gasto”<sup>14</sup>. Afirma que “la donación es [...] una causa lucrativa, generalmente irrevocable”.

Concluyendo, la doctrina orsiana coincide con la de Michel, al perfilar el concepto de *gratuidad*. Sin embargo, la noción lucrativa ha sido formulada de manera feliz, por la escuela de D’Ors, como una adquisición irreversible, o, mejor expresado, definitiva.

## II. La donación perfecta e imperfecta-revocable o irrevocable

El efecto irrevocable de la donación entre vivos es una derivación de su carácter lucrativo, pero no necesariamente son lo mismo, es decir, es un efecto de la causa lucrativa. Esto se puede apreciar, por ejemplo, en el mutuo, donde el mutuuario adquiere irrevocablemente la cantidad mutuada, pero no es lucrativo porque deberá restituirlo. Sin embargo, se han confundido ambos términos, lo cual se podrá apreciar en el tratamiento que abordaremos a continuación. Además, se han distinguido en el Derecho romano las llamadas donaciones perfectas e imperfectas, las cuales guardan una relación estrecha con la irrevocabilidad o no de la donación entre vivos.

Por esto, nos proponemos en este acápite el estudio según el siguiente esquema: (1) la donación perfecta-imperfecta respecto a la *lex Cincia*<sup>15</sup> antes y después

12 D’ORS, ÁLVARO, cit., 384.

13 En este sentido LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, F., “El enriquecimiento del donatario...”, cit., 239.

14 VALIÑO, E., *Instituciones de derecho privado romano*, Valencia, 1977, 422.

15 La *lex Cincia de donis et muneribus* del año 204 a. C., fue un plebiscito atribuido al Tribuno Lucio Cincio Alimento. Gonzalez, A., “The possible motivation of the *lex Cincia de donis et muneribus*”, *RIDA*, vol. 34, 1987, 163: “The title of the *lex*, which in fact was a plebiscite approved upon of the plebian tribune Cincius Alimentus as one knows, as from *lex Hortensia*, of 286., B.C., plebiscites had a general binding force [...]”; en el mismo sentido: RECORDER DE CASSO, E., *La ley Cincia en sus*

del emperador Caracalla; (2) la *donatio perfecta-imperfecta mortis causa*, antes y después de la muerte del donante; y (3) finalmente, la *donatio non mortis causa perfecta-imperfecta* en cuanto a la existencia y validez (o no), las que se pueden dividir entre las donaciones a personas extrañas y las donaciones entre marido y mujer (*donatio inter virum et uxorem*).

### A. La donación perfecta-imperfecta respecto a la *lex Cincia*: antes y después del emperador Caracalla

La donación entendida como un complejo de causa y acto operativo es irrevocable. Pero lo dicho no es una nota propia de la donación, sino de otros actos gratuitos u onerosos en que la mayoría de estos son irrevocables, salvo el mandato o el comodato sin plazo de finalidad.

La donación *non mortis causa* puede ser tanto revocable como irrevocable, según se trate de la distinción entre *donatio perfecta* e imperfecta. La interrogante que surge es si el tema guarda o no relación con la *lex Cincia*. Al respecto la doctrina mayoritaria, entre los que se encuentran Archi, Biondi y Casavola, suelen reseñar que las donaciones perfectas e imperfectas son el propósito de aquella ley y además sostienen que las primeras son aquellas que no se encuentran prohibidas por la *lex Cincia*<sup>16</sup>, en contraposición a las segundas, que sí lo son.

---

*circunstancias históricas*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2005, 101-106; y MELILLO, G., “Arnobio e l’ultima vicenda della lex Cincia”, en *Labeo: Rassegna di diritto romano*, vol. 8, 1962, 62; SAVIGNY F-K., cit., 2, 11, expresa: “En cuanto a las restricciones y formas de la donación, habían sido tan cuidadosamente reguladas por la *lex Cincia* que no podía hacerse sentir mucho la necesidad de un desenvolvimiento científico”. Se pueden consultar: SEGRÉ, G., “Sui formulari di vendita e mancipatio, di permuta e di donazione nei documenti longobardi piacentini”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano Vitorio Scialoja*, Milano, Giuffrè, vol. 48, 1941, 15; TALAMANCA, M., *Elementi di diritto privato romano*, Milano, Giuffrè, 2001, 391-392; TALAMANCA, M., “Donazione possessoria e donazione traslativa”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano Vitorio Scialoja*, Milano, Giuffrè, vol. 64, 1961, 249-283.

- 16 La *lex Cincia* prohíbe las donaciones hechas a personas extrañas, en cuanto excedan a una determinada cantidad (la cual es desconocida), exceptuando su aplicación a personas que por causa de parentesco o potestad tengan una relación con el donante *exceptae personae*. El siguiente elenco las ilustra: i) donaciones celebradas entre parientes cognados hasta el quinto grado, y, dentro del sexto, las realizadas al hijo o a la hija del primo; ii) donaciones celebradas entre ciertos afines; iii) donaciones celebradas entre el marido y la mujer; entre esposo y esposa; iv) las del tutor al pupilo, pero no al revés; v) las del liberto al patrono y viceversa (no de la patrona al liberto); vi) la donación hecha por un cognado a favor de una cognada de cualquier grado parta que ella constituyera dote a su marido con lo donado. Acerca del año en que esta legislación fue dictada existe discusión. Asimismo, CASAVOLA, F., *lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, Jovene, 1960, 53-114; GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Derecho Privado Romano*, 2.<sup>a</sup> ed., Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing, 2013, 599; y SAVIGNY, F-K., cit., 132-134, sosteniendo que “La segunda clase de restricciones positivas a que está sometida la donación, consiste en ciertas formalidades particulares. Pero antes de exponer la naturaleza especial del derecho nuevo, en vigor sobre esta materia, se hace preciso mencionar el derecho antiguo, y principalmente el que se estableció por la *lex Cincia* (a). Podemos afirmar que antiguamente estaban las donaciones sometidas a las dos restricciones siguientes: 1. Prohibición de las donaciones que excedan de una cierta suma

Por otro lado se encuentra la posición de Levy, quien afirma que la perfección de la donación apunta a su irrevocabilidad y que sólo se produce cuando el acto mediante el cual opera efectivamente se ha realizado. Además, agrega que todos estos actos implican una tradición en algunos casos; en cambio, la donación es perfecta cuando se transfiere la propiedad<sup>17</sup>.

Otro autor que no podemos desatender es Santi Di Paola, quien explica que el problema de la revocabilidad o no en la donación se corresponde con la obligación de restituir o no lo donado<sup>18</sup>, es decir, si el donante puede entablar la *actio condictio* para exigirla: “[...] costituente il presupposto di quella azione (*condictio*) di cui il donante m.c. può servirsi per riavere quanto ha dato”; más adelante en su obra afirma que la cuestión de la revocabilidad se encuentra también conectada con la *donatio mortis causa*<sup>19</sup>.

En general, los autores confirman que el surgimiento de un especial interés por los juristas y por el pretor respecto a la *lex Cincia* tuvo que ver con la peculiaridad de ser una ley denominada imperfecta, ya que no contemplaba una sanción frente a su transgresión<sup>20</sup>, entonces difícil de aplicar. Fue esto lo que motivó la creación de mecanismos procesales como excepciones y otros recursos por el pretor. Este proceso permitió el surgimiento de la categoría de las donaciones perfectas e imperfectas en relación con el ordenamiento de la *lex Cinciae* según si existían o no recursos para oponerse a una donación que infringiera la prohibición establecida en ella, a través de la *exceptio legis Cinciae* y la *replicatio legis Cinciae*<sup>21</sup>. En este sentido,

que no conocemos. 2. Formas particulares exigidas para la validez de la donación. Estas formas se refieren naturalmente a la perfección del acto, que es la condición necesaria de toda donación eficaz (§ 155); pero aquí prescripciones particulares aumentan la dificultad de esta perfección. Las *mancipi res* sólo pueden ser válidamente donadas por medio de la *mancipatio* o de la *in iure cessio* (b), y exigen además la posesión para gozar del beneficio de los interdictos. Existían, sin embargo, un cierto número de *personae exceptae*, entre los cuales figuran principalmente los más próximos parientes del donante o de su cónyuge (c), cuyas personas favorecidas por la ley, si bien debían llenar las condiciones naturales de la donación perfecta, no estaban sometidas a las prescripciones particulares de que acabo de hablar (d)”. Otras dos prohibiciones, que generaron el interés de los juristas para configurar la institución, fueron: las donaciones realizadas entre marido y mujer (cuya prohibición sería posterior a la *lex Cincia*) y el edicto si *quid in fraudem patronus factum* en su relación con la *actio Fabiana* que sanciona las enajenaciones gratuitas (el edicto también sanciona las enajenaciones onerosas del liberto en fraude del patrono) del liberto en fraude de la *pars debita* del patrono. Las mencionadas leyes no definen lo que se entiende por donación, por tal razón los juristas, para la aplicación del régimen limitativo, contenido en ellas, intentan perfilar cuándo existe o no aquélla.

17 LÉVY, J.-P., “Essai sur la promesse de donation en droit romain”, *RIDA*, vol. 3, 1949, 105.

18 DI PAOLA, SANTI, *Donatio Mortis causa, corso di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1969, 37-61.

19 *Ibid.*, 37: “La questione della revoca, però, a sua volta è strettamente connessa con un'altra, quella della perfectio della d.m.c.”.

20 Confróntese con, RECORDER DE CASSO, E., *La ley Cincia*, cit., 173, donde comienza a explicar la problemática que ha girado en torno a la eficacia sancionatoria de la ley *Cincia* como ley imperfecta.

21 Al respecto GUARINO, A., *La condanna nei limiti del possibile. Corso di diritto romano*, Napoli, 1975, 49, frente a *exceptio legis Cinciae* afirma que “[...] Le difficoltà sorgevano (e diciamolo chiaro: non era giusto) quasi esclusivamente in ordine alle donazioni carattere obbligatorio, allorché il donante non adempisse spontaneamente gli impegni assunti e il donatario (che magari sulla

Biondi expone que las donaciones perfectas e imperfectas se distinguen si son o no susceptibles de recibir recursos para oponerse a ellas, justamente por infringir las prohibiciones contempladas en dicha ley, son para las personas no exceptuadas y siempre que superen el *modus* legal<sup>22</sup>. La definición acerca de las donaciones perfectas que sostiene Biondi requiere distinguirse entre las anteriores a la *lex Cincia* y las posteriores.

Previa la existencia del ordenamiento mencionado, la donación siempre es perfecta o definitiva; en otros términos, la atribución patrimonial es irrevocable respecto de las donaciones reales (*in dando*) sobre una *res nec mancipi*, a través de una *traditio* o una *acceptilatio*. Según la gran variedad de actos mediante los que se puede realizar una donación. Por el contrario, después de la promulgación de la ley, es decir, en su segundo momento, dicha noción sufre un cambio, siendo la *donatio perfecta* aquella que no se encuentra prohibida, de lo contrario nos hallaremos frente a una donación imperfecta. En otras palabras, la *donatio perfecta-imperfecta*, bajo este prisma, tiene más que ver con su existencia o validez que con el efecto de la revocabilidad o no de ella.

En la materia Archi afirma que la doctrina de Biondi es un tanto rigurosa, expresándolo de esta manera: “Dicevo, dunque, che non vi è dubbio che nelle fonti classiche la donazione abbia una trattazione e una sistemazione positiva. Va pure anche soggiunto che, sempre nelle fonti di questo periodo, la ricostruzione dell’istituto si impernia sul concetto di *donatio perfecta*. Il merito di aver avvertito che esiste una costruzione positiva dell’istituto e che non bisogna lasciarsi ingannare troppo dalla menzione della *exceptio legis Cinciae* dovuta al risalente divieto, spetta al Biondi, per quanto già alcuni spunti in proposito siano in un’opera di Mitteis”<sup>23</sup>. De lo cual se deduce que el efecto de una donación contraria a la *lex Cincia*, por tratarse de una *lex imperfecta*, es plenamente válido para el Derecho civil, pero que el pretor consideró que debía conferir una *exceptio legis Cinciae* en favor del donante. Este reme-

---

donazione aveva fatto calcolo, assumendo a sua volta impegni verso terzi) agisse contro di lui per la condanna. In tal caso, se il donante era un parente oppure aveva donato nei limiti del *modus legis cinciae*, dalla condanna non lo salvava nessuno. Ma il donante poteva anche aver opposto al donatario, più o meno alla disparata, l’*exceptio legis cinciae*, e allora è chiaro che bisognava attendere la sentenza del giudice per sapere se l’eccezione era fondata o no e per vedere il donante, in questa seconda ipotesi, condannato [...]”.

- 22 Aun cuando sabemos que la ley caerá en desuso, la clasificación se mantendrá como, donaciones perfectas e imperfectas durante el derecho postclásico. sin embargo, no en su contenido debido a la revocabilidad, llegando a ser las primeras irrevocables, siempre y cuando cumplieren con los requisitos formales exigidos por la reforma de Constantino. Fue con este emperador, mediante una ley del año 323, que la donación pasó a adquirir una naturaleza jurídica diferente, transformándose en un acto o negocio típico. Dicha ley impuso la exigencia de la *insinuatio*. Así, la donación debía ser otorgada por escrito ante testigos, inscrita en un registro público y hacerse la entrega de la cosa al donatario, también ante testigos. Por lo tanto, la donación quedó reducida sólo a una donación real.
- 23 ARCHI, G. G., cit.,168, agrega: “Amnesso questo, è necessario dire subito però che nella ricostruzione dogmatica fattane dal Biondi la dottrina classica non risulta illuminata nelle sue più profeonde ragioni. Non è facile riassumere in breve il pensiero de Biondi, oscurato da varie contraddizioni, che ne inficiano il rigore [...]”.

dio supone una previa acción entablada por el donatario o el donante, que se puede aplicar en los siguientes casos: (1) *mancipatio* o *in iure cessio* (*donandi causa*), en que la excepción es contra la reivindicatoria; (2) *res Mancipi* por *traditio*, la *exceptio doli*, *replicatio legis Cinciae*; (3) remisión de deuda (donación) *pactum de non petendo*, frente a la *exceptio pacti*, puede contraponer la réplica Cinciana; (4) cualquier hipótesis de donación mientras un donante que poseyó la cosa donada se encuentre en esta situación de poder recuperarla con el interdicto *utrubi*. Agrega que se encuentran legitimados para oponer la *exceptio legis Cinciae* tanto el donante como su fiador, pero no el que fue su delegado. La *exceptio legis Cinciae* hace ineficaz la donación en cuanto exceda el *modus legis*, pero no a toda ella. Esta excepción es un remedio eficaz en contra de las donaciones immoderadas, pero supone que se puede ejercer una acción y existen casos en los que no se pueden entablar. Por ejemplo, cuando se han celebrado *donandi causa* una *mancipatio* o *in iure cessio* con traspaso posesorio de la cosa donada, o una *traditio*, o cuando la donación tuvo lugar mediante *acceptilatio*. Por lo tanto, una donación puede ser atacable, esta doble condición en que una donación puede encontrarse, por un lado, válida civilmente, y por otro, atacable por derecho pretorio; esto dio origen a los conceptos de *donatio perfecta* e *imperfectae* en relación con la ley. Todo lo anterior no significa que antes de la *lex Cincia* no se aludiera a tal distinción, pero en sentido diverso; así lo observamos, por ejemplo, en Biondi y en alguna jurisprudencia que estudiaremos más adelante. Pues, si continuamos con las nociones que surgen de la *lex Cincia*, las donaciones no contrarias a ella se designan perfectas.

La cuestión que se presenta es si las donaciones se relacionan solamente con la validez de estas o en que sean irrevocables por el donante. Para esto quizás es importante mencionar que en general la irrevocabilidad tiene sus particularidades, ya que es diversa a otros actos jurídicos, porque se deja sin efecto en forma unilateral un acto válido y eficaz, tanto por el derecho civil como por el pretorio. Ahora bien: en las donaciones imperfectas su irrevocabilidad deriva de adolecer de un vicio que es la transgresión de la ley.

A partir de todo lo anterior, se tiene que distinguir entre la perfectibilidad o no de la donación; tanto la causa como el acto por el cual opera pueden ser perfectos por derecho civil, siempre y cuando existan o no recursos procesales contra la liberalidad, todo según la *lex Cincia* que sería imperfecta y, por ende, revocable.

Todo lo expuesto hasta este instante sufrió una mudanza con Papiniano y un rescripto de Caracalla, a propósito de las donaciones *mortis causa*, que no tuvo consecuencias para las que aquí nos ocupan, que son las *non mortis causa*. Pero no está demás señalar que la novedad introducida permitió que la donación *mortis causa*, aunque fuese revocable, si el causante murió perseverando en su voluntad de donar *perseverantia voluntatis*<sup>24</sup> el heredero del donante será vencido.

24 Al respecto GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, 2.<sup>a</sup> ed., Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing, vol. 2, 2013, 602, dice: "El concepto de *perficere donationem* no se confunde con el de

## B. La donación perfecta ante la *lex Cincia* según la jurisprudencia

A continuación revisaremos algunos textos escogidos donde aparece la terminología *donatio perfecta e imperfecta* relativa a la *lex Cincia* de manera explícita o no, acuñada por los juristas Escévola, Papiniano y Paulo. En relación con los fragmentos que exponemos nos proponemos indagar qué entienden por *donaciones perfectas*.

D. 39, 5, 35, 2 (Esc., 31 dig.): “*Avia sub nomine Labeonis nepotis sui mutuum pecuniam dedit, et usuras semper cepit et instrumenta debitorum a Labeone recepit, quae in hereditate eius inventa sunt: quaero, an donatio perfecta esse videatur. Respondit, cum debitor Labeoni obligatus est, perfectam donationem esse*”<sup>25</sup>.

El caso que propone Scaevola está en concordancia con el hecho de que un pariente, en este caso la abuela, done a su nieto, cuestión que según la *lex Cincia* no se encuentra prohibida, porque se trata de las donaciones dadas a personas que están exceptuadas de tal impedimento, por lo que resulta ser una *donatio perfecta*. Pero la problemática es si la donación produce o no el efecto de la irrevocabilidad. Se podría decir que hay irrevocabilidad con plena eficacia del negocio. De este modo, la donación es perfecta en dos sentidos: el primero en relación con la *lex Cincia*; y el segundo, en cuanto es irrevocable. Lo que aquí nos interesa es la *donatio perfectae* según el primer sentido.

Vat. 264 (Pap., 12 resp.): “*Matrem, quae sine tutoris auctoritate filio donationis causa praesentes seruos mancipio dedit, perfecisse donationem apparuit*”<sup>26</sup>.

El pasaje que Papiniano denomina *donatio perfectae* se encuentra en la órbita de no ser contraria a la *lex Cincia*, por tanto, desde esta perspectiva es válida. Pendiente

“perfeccionar” la causa ni su acto operativo, los cuales tienen sus propias reglas de perfeccionamiento. La causa es perfecta desde que el donante y donatario convienen; el acto operativo lo es, por su lado, desde que se cumplen los requisitos de cada cual [...] Esto quiere decir que el referido concepto se relaciona en fin de cuentas con el perfeccionamiento de la lucratividad que caracteriza a la donación, por lo que podría afirmarse que ser ésta perfecta cuando el donatario no está sujeto efectivamente al riesgo de perder la atribución patrimonial de que se trate”. Y continúa “Como este riesgo es inexistente si la donación no contraviene la *lex Cincia* en tal caso el *perficere donationem* coincide con el perfeccionamiento del acto operativo de la causa, como la estipulación o la mancipación (Wat. 310); en todos los demás casos no, coincide, y entretanto la donación es imperfecta (Wat. 310) [...]”. Se puede precisar más acerca de las donaciones *perfectae e imperfectae*, frente a las opiniones, antes esgrimidas, por Biondi y Archi, Guzmán sostiene: “En consecuencia, una donación puede ser atacable con alguno de los recursos pertinentes o inatacable. Esta doble condición en que puede ella encontrarse dio origen a los conceptos de *donatio perfecta e imperfecta*: mientras existe en el caso concreto algún recurso que permita inhibir la eficacia civil de determinada donación con base en la *lex Cincia*, de aquella se dice ser imperfecta; de no existir uno, es perfecta. De ahí que las donaciones no contrarias a la *lex Cincia* sigan esta cualidad: de ser perfectas”.

- 25 LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis*, 1889, reimp. Graz, Akad. Druck- u. Verlagsanst., 1960, II, frag. 126, col. 269, en adelante LENEL, O., PALING: “Una abuela dio dinero en mutuo a nombre de Labeón, su nieto, y percibió siempre los intereses, y recibió de Labeón los instrumentos de los débitos, que se hallaron en su herencia; pregunto, si se considerará que es perfecta la donación. Respondió, que, habiéndose obligado el deudor a favor de Labeón, se perfeccionó la donación”.
- 26 “Fue manifiesto que la madre, sin la autorización del tutor dio *mancipatio* a su hijo unos esclavos por causa de donación y se perfeccionó la donación”.

dejamos otro fragmento de Papiniano que correspondería tratar aquí, pero debido a la importancia que éste tuvo en lo que hemos distinguido como la *donatio perfecta* antes y después de Caracalla, lo estudiaremos después de ver el planteamiento de Paulo.

D. 39, 5, 34 pr. (Paul., 5 *sent.*): “*Si pater emancipati filii nomine donationis animo pecuniam faeneravit eamque filius stipulatus est, ipso iure perfectam donationem ambigi non potest*”<sup>27</sup>.

El texto plantea la cuestión que hemos seguido, si es perfecta o no la donación en relación con la *lex Cincia*, que podemos responder afirmativamente. Puesto que si bien Paulo explícitamente no habla de ella, se entiende que la perfección de la *donatio* depende de que se trate de aquella operada entre dos parientes, padre e hijo, de lo que se entiende que la ley no les prohíbe donar, porque son personas exceptuadas, como también lo veíamos en Escévola.

Vat. 310 (Paul., 23 *ed. brev.*): “*Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione uel promissione, quoniam neque Cinciae legis exceptio obstat neque in factum ‘si non donationis causa mancipauit uel promisi me daturum’; idque et diuus Pius rescripsit*”<sup>28</sup>.

A diferencia del D. 39, 5, 34 sobre el caso que plantea Paulo, nos encontramos en el contexto de la *lex Cincia*.

Se puede concluir que en los textos jurisprudenciales expuestos se hace referencia a los términos donaciones perfectas e imperfectas en cuanto a si están o no prohibidas por la *lex Cincia*. Según el significado de la donación perfecta como aquella que no se encuentra prohibida por la ley en comentario.

El primer aspecto, después de la dictación de la *Cinciana*, es si el acto donal se encuentra o no prohibido. Luego será indagar acerca si la donación es válida o no, para determinar el efecto que produce, esto es, lo que concierne a la revocabilidad o no de la donación, o sea, al de una donación definitiva e irreversible que guarda relación con la lucratividad, como lo veremos más adelante.

Como adelantamos, la perfección de la donación va a cambiar, después del emperador Caracalla. Es así como se destaca en este sentido el siguiente fragmento de Papiniano (12 *resp.*) vat. 250: “*Imperfectam donationem perfectam efficit uoluntas liberalitatis nouissimum usque in diem uitae perseuerans*”<sup>29</sup>. El pasaje recoge el

27 “Si con intención de hacer donación hubiere el padre prestado dinero a interés en nombre del hijo emancipado, y el hijo estipuló aquel dinero, no se puede dudar que de derecho es perfecta la donación”.

28 LENEL, O., PALING., I, frag. 41, col. 956: “Se perfecciona una donación en las personas mencionadas sólo con la *mancipatio* o la promesa, ya que para este hecho ni la excepción de la ley *Cincia* es un obstáculo ‘si no he mancipado o he prometido que daría por causa de donación’ y esto también lo estableció por rescripto el divino Pío”.

29 LENEL, O., PALING., I, frag. 681, col. 935, pertenece a la reconstrucción de Lenel sobre la *lex Cincia*; “Una donación imperfecta la convierte en perfecta la voluntad de liberalidad que perseverare hasta el último día de su vida”; como se puede apreciar, recoge el principio *morte Cincia removetur*.

principio *morte Cincia removetur*: como es sabido, se trata de quien puede ejercer algún recurso fundado en la *lex Cincia* no la ejerce y muere, la donación se hace perfecta. Esta fue una innovación que estableció Caracalla sobre las donaciones *mortis causa*, por la que permitió que fuesen revocables si el causante murió perseverando en su voluntad de donar (*perseverantia voluntatis*), el heredero del donante resulta vencido. Esta modificación no sólo alteró a estas clases de donaciones sino también aquellas que son *non mortis causa*. Como lo señala Papiniano al referirse a las donaciones perfectas o no, directamente opera sobre el efecto de las donaciones irrevocables y revocables. El hecho de perseverar en la voluntad de donar significa que la donación es perfecta y así pasa a ser un anticipo sucesorio, como afirma Samper, entre otros autores.

### C. La donación perfecta en las Constituciones Imperiales y su relación con la *lex Cincia*

Cómo incoamos más arriba, pasemos al elenco de las Constituciones Imperiales que utilizan la terminología, *donatio perfecta e imperfecta*; correspondiendo al emperador Antonino C. 5, 16, 2 y C. 5, 16, 3, 1 ambas del año 213 d. C.; otra del emperador Alejandro Severo en C. 8, 56, 1 del año 223 d. C.; y, por último, C. 10, 1, 1, del año 300 d. C., dictada por Septimio Severo.

A continuación transcribimos el elenco enunciado:

C. 5, 16, 2 (Ant., a. 213): “*Si ancillam nummis tuis comparatam esse praesidi provinciae probaveris donationisque causa focariae tuae nomine instrumentum emptiois esse conscriptum, eam tibi restitui iubebit. Nam licet cessante iure matrimonii donatio perfici potuerit, milites tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adultationibus spoliari nolo*”<sup>30</sup>.

C. 5, 16, 3, 1 (Ant., a. 213): “*Sin autem post mortem filiae facta est donatio a quondam socero tuo, etiam inter vivos ea perfici potuit*”<sup>31</sup>.

C. 8, 56, 1 (Sev., a. 223): “*Si donationi contineatur, ut altero defuncto ad alterum portio eorum quae donabantur pertineret, existente condicione, si mortis causa donatio perficiebatur, fideicommissi actio competit*”<sup>32</sup>.

30 “Si al presidente de la provincia le hubieres probado que la esclava fue comprada con tu dinero, y que el instrumento de la compra se extendió por causa de donación a nombre de tu encargada del hogar mandará que te sea restituida. Porque, aunque no habiendo derecho de matrimonio hubiere podido perfeccionarse la donación, no quiero, sin embargo, que por esta razón y con fingidas adulaciones sean despojados por las encargadas de sus hogares mis soldados”.

31 “Más si después de la muerte de la hija fue hecha la donación por el que fue tu suegro, también ésta pudo perfeccionarse entre vivos”.

32 “Si en la donación se contuviera que fallecido uno, perteneciese a otro la porción de lo que se donaba, cumpliéndose la condición, si se perfeccionaba la donación por causa de muerte, compete la acción de fideicomiso”.

C. 10, 1, 1 (Sev., Ant., a. 300): “*Si prius, quam fisci rationibus pater vester obligaretur, perfectam praediorum donationem fecisse fuerit probatus, quod citra fraudem creditorum gestum est, non rescinditur*”<sup>33</sup>.

La expresión “donación perfecta” utilizada en las Constituciones transcritas remite a las válidas, esto es, que no transgreden a la *lex Cincia*.

Al anterior elenco se puede agregar otra constitución perteneciente al emperador Filipo del año 249 C. 8, 55, 1, que establece: “*Etsi perfectis donationibus in possessionem inductus libertus quantolibet tempore ea quae sibi donata sunt pleno iure ut dominus possederit, tamen, si ingratus sit, omnis donatio mutata patronorum voluntate revocanda sit*”<sup>34</sup>; Si bien en su terminología utiliza la nomenclatura “*perfectis donationibus*” el régimen no es el que antes se ha estudiado, sino que al parecer comienza a regir una reforma en las donaciones en cuanto se agrega una causa nueva que puede originar su revocación, que es la ingratitud del donatario respecto al donante, lo cual afecta directamente al carácter irrevocable e irreversible de la donación clásica, que es objeto de este trabajo. En este sentido es posible sostener que la donación es perfecta no sólo en cuanto a que no está prohibida por la *lex Cincia* y por tanto válida produciendo su efecto de irrevocabilidad, sino que además no puede existir la causal de ingratitud del donatario con el donante.

En resumen, la donación se entiende como perfecta de acuerdo con la *lex Cincia*, distinguiendo si fue realizada antes de su vigencia, durante su vigencia y cuando cae en desuso.

### III. La donación perfecta-imperfecta en las donaciones *mortis causa*

La discusión entre *donatio perfecta* e *imperfecta* parece ser una subclasificación de la *summa divisio* entre *donatio mortis causa* y *non mortis causa*; sirvan de ejemplos: Juliano, Paulo y Ulpiano<sup>35</sup> y la Constitución Imperial C. 10, 1, 1 de Septimio Severo:

D. 39, 6, 7 (Ulp., 32 Sab.): “*Si aliquis mortis causa donaverit et poena fuerit capitis affectus, removetur donatio ut imperfecta, quamvis ceterae donationes sine suspicione poenae factae valeant*”<sup>36</sup>.

33 “Si se hubiere probado que vuestro padre antes que se obligase a las cuentas del fisco hizo donación perfecta de unos predios, no se rescinde lo que se hizo sin fraude de acreedores”.

34 “Aunque perfeccionadas las donaciones el esclavo puesto en posesión haya poseído por algún tiempo con pleno derecho, como dueño, las cosas que le fueron donadas, sin embargo, si fuera ingrato deberá ser revocada toda donación cambiándose la voluntad de los patronos”.

35 D. 39, 5, 2, 2 (Iul., 60 dig.) y D. 39, 5, 35, 1 (Iul., 31 dig.); D. 39, 5, 35, 2 (Esc., 31 dig.); D. 39, 5, 34 (Paul., 5 sent.); D. 24, 1, 5 (Ulp., 32 Sab.) y D. 39, 6, 32 (Ulp., 76 ed.).

36 “Si alguno hubiere donado por causa de muerte, y hubiere sido condenado a pena capital, la donación será rechazada como no perfeccionada, aunque sean válidas las demás donaciones hechas sin sospecha de la pena”.

D. 39, 6, 32 (Ulp., 76 *ed.*): “*Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur*”<sup>37</sup>.

Las hipótesis planteadas por Ulpiano corresponden a las donaciones *mortis causa* y lo interesante es que esta clase de donaciones, al estar sujetas a una condición especial, la muerte del donante, altera los efectos de la donación normal en cuanto a su irreversibilidad.

En lo pertinente a las constituciones imperiales, hemos escogido por su relevancia las que siguen:

C. 8, 56, 1 (Sev., a. 223): “*Si donationi contineatur, ut altero defuncto ad alterum portio eorum quae donabantur pertineret, existente condicione, si mortis causa donatio perficiebatur, fideicommissi actio competit*”<sup>38</sup>.

C. 10, 1, 1 (Sev., Ant., a. 300): “*Si prius, quam fisci rationibus pater vester obligaretur, perfectam praediorum donationem fecisse fuerit probatus, quod citra fraudem creditorum gestum est, non rescinditur*”<sup>39</sup>.

La revocabilidad o no de las donaciones *mortis causa* depende de que ocurra o no la muerte del donante. Si éste muere entonces la donación se hace plenamente irrevocable; lo mismo sucede con otros actos de liberalidad *mortis causa* y así la donación resulta ser perfecta, es decir, irrevocable<sup>40</sup>. Como podemos observar, aquí se usan estos términos en un sentido diverso al que veíamos a raíz de la *lex Cincia* y en cuanto a su validez o no.

### A. La donación perfecta-imperfecta en la donación *non mortis causa*

Si continuamos el *iter* fijado, nos toca tratar de la *donatio non mortis causa* en la que también se utilizan las expresiones *perfectas* o *imperfectas* y cuya significación simplemente se identifica con la existencia y validez de estas. Ahora bien: de la *donatio non mortis causa* debemos distinguir entre aquellas que se refieren a personas extrañas y las que son entre marido y mujer (*donatio inter virum et uxorem*).

37 “No se considerará perfeccionada la donación hecha por causa de muerte antes que sobrevenga la muerte”.

38 “Si en la donación se contuviera, que, fallecido uno, perteneciese a otro la porción de lo que se donaba, cumpliéndose la condición, si se perfeccionaba la donación por causa de muerte, compete la acción de fideicomiso”.

39 “Si se hubiere probado que vuestro padre antes que se obligase a las cuentas del fisco hizo donación perfecta de unos predios, no se rescinde lo que se hizo sin fraude de acreedores”.

40 Las donaciones *mortis causa* son siempre revocables, en la primera época Postclásica una donación *non mortis causa*, como la de un patrono a su liberto, se hizo revocable excepcionalmente por razón de la ingratitud del donatario con el donante.

## B. La donación *non mortis causa perfecta-imperfecta* entre personas extrañas

Según lo que hemos estudiado hasta ahora, un sentido que se puede dar a las donaciones perfectas es su irrevocabilidad, lo cual se aprecia en los siguientes textos de Juliano, Escévola y Papiniano:

D. 39, 5, 2, 2 (Iul., 60 dig.): “*Cum vero ego Titio pecuniam donaturus te, qui mihi tantundem donare volebas, iussero Titio promittere, inter omnes personas donatio perfecta est*”<sup>41</sup>.

En este caso Juliano no se refiere a la donación perfecta en relación con la *lex Cincia*, sino a aquella que se realiza mediante un delegado y que resulta eficaz o válida, por tanto, irrevocable, que vendría a ser un carácter de la donación distinta a la perfección o no de ella, aunque en algunos casos se relacionen.

D. 39, 5, 35, 1 (Esc., 31 dig.): “*Lucius Titius fundum Maeviae donavit et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Seio pignori obligavit et intra dies triginta Maeviam in vacuum possessionem eiusdem fundi induxit: quaero, an donatio perfecta sit. Respondit secundum ea quae proponerentur perfectam: verum creditorem firmam pignoris obligationem habere*”<sup>42</sup>.

En este caso Lucio Ticio dona a Mevia a sabiendas de que lo donado constituiría una prenda, pero Escévola insiste en que pese a este gravamen hay donación entre personas extrañas (así lo suponemos porque nada reza en contrario el texto) y a ella le denomina perfecta, es decir, producirá su efecto como acto liberal, no debido, gratuito y lucrativo.

Hasta este momento el lector habrá observado que no hemos tratado del significado de la revocabilidad, sino que sólo la hemos mencionado, pero ya es tiempo de volver a esto. Como lo señalamos al principio las donaciones son irrevocables cuando el negocio es lucrativo, puesto que conduce al donatario de la atribución patrimonial a conseguirla de manera definitiva. Lo anterior porque la donación es una causa que hace cesar la repetición, por tanto, no existe para el donante una acción para exigir la repetición de lo obtenido por el donatario.

Es Juliano en D. 39, 5, 1, quien establece como propiedad de la donación su carácter lucrativo, en aquellas palabras: “[...] *Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, [...]*”<sup>43</sup>; es así como lo lucrativo se identifica con la noción de irreversibilidad de la donación, con su carácter irrevocable.

41 “Pero cuando yo, que quería donar una cantidad a Ticio, te hubiere mandado a ti, que querías donarme otra tanta cantidad, que se la prometías a Ticio, la donación se perfeccionó entre todos”.

42 “Lucio Ticio le donó un fundo a Mevia, y antes de la entrega le obligó pocos días después el mismo fundo en prenda a Seyo, y dentro de treinta días puso a Mevia en la vacua posesión del mismo fundo; pregunto, si se habrá perfeccionado la donación. Respondió, que, según lo que se exponía, se perfeccionó, pero que el acreedor tenía firme la obligación de la prenda”.

43 “Da uno con tal intención, que quiere que al punto se haga la cosa del que la recibe, y que en ningún caso vuelva a él”.

El mismo Juliano (18 *dig.*) en D. 12, 1, 20, también expresa esta particularidad a propósito del caso en que se da en donación una cantidad de dinero para que se lo presten y se pregunta:

[...] *ut tu mihi eandem crederes, an credita fieret? Dixi in huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti, nam talem contractum neque donationem esse neque pecuniam creditam: donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret: creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi.* [...] <sup>44</sup>.

En consecuencia, Juliano viene a confirmar que con la donación, al ser un negocio lucrativo, lo que busca el donante es dar con carácter absoluto, es decir, sin que exista posibilidad de repetición contra el donatario, ya que aquél desea que se apropie de la cosa recibida en forma definitiva.

Paulo en D. 39, 5, 34, 1: “*Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est: non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit*” <sup>45</sup>.

Este párrafo en cuanto a la gratuidad de la donación sirve para reafirmar que el jurista entiende por irrevocabilidad, puesto que lo que se dona en premio, no es sino atribuir y asignar patrimonialmente en forma definitiva, es la irreversibilidad del negocio, bastando con la mera liberalidad. Al respecto Guzmán Brito: “Por lo tanto, la relación del motivo con la realidad (si es falso, por ejemplo), e incluso con la norma (si es deshonesto) resulta ser indiferente para el destino del acto, y sus alternativas nunca permiten al donante recuperar la cosa *nec ullo casu ad se reverti*” <sup>46</sup>.

En resumen de todo este capítulo, conforme a la distribución de la *donatio perfectae-imperfectae* en relación con el efecto enunciado (revocable o no) según tres grandes temas que mencionamos, se puede afirmar que no en todos los casos en que las fuentes tratan acerca de la donación junto a los términos *perfecta-imperfecta* nos estamos refiriendo a lo mismo, es decir, no tienen un sentido unívoco en relación con que sean siempre irrevocables. Sino que se deben tener en cuenta los usos diversos del vocablo: uno en relación con la *lex Cincia* en cuanto transgrede o no la prohibición que esta establece; por otra parte, el significado que ellas adquieren a raíz de las donaciones *non mortis causa*, las que son revocables una vez que muere el donante; y finalmente donaciones entre personas extrañas, si son válidas o no las que se denominan en el primer modo como perfectas y por tanto, definitivas, a diferencia de

44 “[...] para que me prestases el mismo, ¿resultará prestado? Dije, que en semejantes proposiciones no usamos de las palabras con propiedad; porque tal contrato ni es donación, ni préstamo de dinero; no es donación, porque no se daba el dinero con la intención de que en absoluto quedase en propiedad del que lo recibe, y no era préstamo, porque se daba más bien para pagar, que para obligar a otro”.

45 “Si uno arrebató a otro del poder de ladrones o de enemigos, y por esto recibiera de él alguna cosa, esta donación es irrevocable; y no se ha de llamar retribución de muy meritorio trabajo, porque no plugo en consideración a la salvación que fuere estimado en cierta cantidad”.

46 GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, cit., 580-581; *De las donaciones entre vivos, conceptos y tipos*, cit., 48-49.

aquellas que se hacen entre cónyuges, las cuales son inválidas no por ir en contra de la *lex Cincia*, sino porque contravienen la prohibición de realizarse donaciones entre marido y mujer.

## Conclusiones

De todo lo expuesto se puede colegir lo siguiente:

(1) La romanística relevante en materia de donaciones no ha sido conteste al momento de tratar su noción lucrativa.

(2) Por un lado, Savigny, al estudiar dicho instituto, utiliza el término *lucrativo* como equivalente a *gratuito*, con lo cual produce una confusión o indeterminación entre ambos. Aunque no indagamos sobre las fuentes de las que se sirvió para sostener lo anterior, es presumible que fuese la Justiniana.

(3) De la revisión a las obras de Biondi y Archi, no aparece el concepto de *lucratividad*, pero sí el de *gratuidad*.

(4) Fue el romanista francés Michel quien distinguió la lucratividad de la gratuidad, sosteniendo que la jurisprudencia clásica define la gratuidad sin confundirla con la lucratividad: lo lucrativo corresponde a una ganancia inesperada, conseguida sin el esfuerzo o trabajo humano; la gratuidad, como acepción técnica-jurídica, es el acto de hacer una atribución patrimonial sin que exista una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer algo; será Justiniano en sus *Instituciones* quien igualará los términos *gratuito* y *lucrativo*.

(5) Serán Álvaro D'Ors y sus seguidores quienes diferencien lo lucrativo y lo gratuito. Por el primer término se entiende que el donatario beneficiario de la atribución patrimonial la consigue definitivamente, no estando sometido a restituir lo donado. Por el contrario, la gratuidad significa que el donatario no debe dar contraprestación alguna al donante, es decir, no puede pedir nada a cambio. Además, comprenden que el carácter lucrativo dice relación con la adquisición definitiva del donatario de lo donado. Agregan que dicho carácter tiene un efecto irrevocable de las donaciones entre vivos.

(6) La lucratividad se encuentra en directa sintonía con el efecto de la denominada *donación perfecta* según la *lex Cincia*; dicha cualidad genera su irrevocabilidad. Sin olvidar lo que antes afirmamos, se necesita primero determinar si una donación es o no perfecta, y que lo sea depende de verificar si produce o no el efecto irrevocable.

(7) Los usos de los vocablos *perfecta-imperfecta* pueden distinguirse en relación con la *lex Cincia*, si se transgrede o no su prohibición; también con el significado que adquieren en las donaciones *non mortis causa*, las son irrevocables solo una vez que el donante muere; y, finalmente, en cuanto hace a las donaciones entre personas extrañas, si son válidas se denominan *perfectas*, es decir, serían definitivas.

## Referencias

- ARCHI, GIAN G., *La donazione*. Corso di diritto romano, Milano, Giuffrè, 1960.
- BIONDI, BIONDO, *Sucesión testamentaria y donación*. Trad.cast., Barcelona, Editorial Bosch, 1960.
- CASAVOLA, FRANCO, *lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, Jovene, 1960.
- DI PAOLA, SANTI, *Donatio Mortis causa, corso di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1969.
- D'ORS, ÁLVARO, *Derecho privado romano*. 10.<sup>a</sup> ed., Pamplona, Eunsa, 2004.
- GONZÁLEZ, AMPARO, “The possible motivation of the *lex Cincia de donis et muneribus*“, *RIDA*, vol. 34, 1987.
- GUARINO, ANTONIO, *La condanna nei limiti del possibile. Corso di diritto romano*, Napoli, 1975.
- GUZMÁN BRITO, A., *De las donaciones entre vivos, conceptos y tipos*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Derecho Privado Romano*, 2.<sup>a</sup> ed., Santiago de Chile, Editorial LegalPublishing, vol. 2, 2013.
- LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, FRANCISCA, “La gratuidad en la donación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 2, 2014, 589-607.
- LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, FRANCISCA, “La ‘liberalitas’ en la donación”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n.º 34, 2012, 91-102.
- LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, FRANCISCA, “La terminología de los juristas romanos sobre la donación”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. 26, n.º 26, 2014, 101-128.
- LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, FRANCISCA, “El enriquecimiento del donatario y el empobrecimiento del donante”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad de Valparaíso, n.º 52, 2014, 225-248.

- LENEL, OTTO, *Palingenesia iuris civilis*, 1889, reimp. Graz, Akad. Druck- u. Verlagsanst., 1960.
- LÉVY, JEAN PHILIPPE, “Essai sur la promesse de donation en droit romain”, *RIDA*, vol. 3, 1949.
- MELILLO, GENEROSO, “Arnobio e l’ultima vicenda della lex Cincia”, en *Labeo: Rassegna di diritto romano*, vol. 8, 1962.
- MICHEL, JAQUES, *Gratuité en droit romain. Etudes d’histoire et d’ethnologie juridiques*, Bruxelles, libre de , 1962.
- RECORDER DE CASSO, EMILIO, *La ley Cincia en sus circunstancias históricas*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2005, 101-106.
- SAVIGNY, FRIEDERICH KARL, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1841, reimp. Scientia, Aalen, 1981, *Sistema del derecho romano actual*. Jacinto Mesías y Manuel Poley (trads.), III, Madrid, Editorial de Góngora, 1945.
- SEGRÉ, GINO, “Sui formulari di vendita e mancipatio, di permuta e di donazione nei documenti longobardi piacentini”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano Vitorio Scialoja*, Milano, Giuffrè, vol. 48, 1941.
- TALAMANCA, MARIO, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, Giuffrè, 2001.
- VALIÑO, EMILIO, *Instituciones de derecho privado romano*, Valencia, 1977.