

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO**

**ESCUELA DE POSGRADO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA**

**MAESTRÍA EN DERECHO**



**TESIS**

**LA DONACIÓN ENTRE VIVOS Y EL DESPLAZAMIENTO DEL TESTAMENTO**

**PRESENTADA POR:**

**EVA MARINA CENTENO ZAVALA**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:**

**MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO**

**MENCIÓN EN DERECHO CIVIL**

**PUNO, PERÚ**

**2017**

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO  
PROGRAMA DE MAESTRÍA  
MAESTRÍA EN DERECHO



TESIS

LA DONACIÓN ENTRE VIVOS Y EL DESPLAZAMIENTO DEL TESTAMENTO

PRESENTADA POR:

EVA MARINA CENTENO ZAVALA

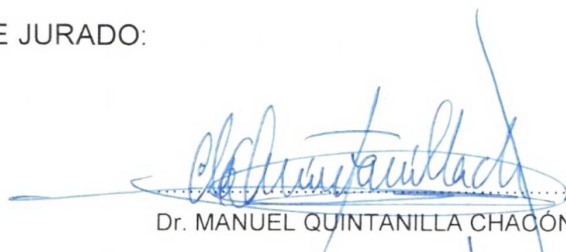
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO CIVIL

APROBADA POR EL SIGUIENTE JURADO:

PRESIDENTE



Dr. MANUEL QUINTANILLA CHACÓN

PRIMER MIEMBRO



Dr. WALDYR ALARCÓN PORTUGAL.

SEGUNDO MIEMBRO



M.Sc. JOSÉ COILA AGUILAR

ASESOR DE TESIS



Dr. BORIS GILMAR ESPEZÚA SALMÓN

Puno, 08 de noviembre de 2017

**ÁREA:** Derecho civil.

**TEMA:** La donación.

**DEDICATORIA**

Dedico la presente tesis a la memoria de mi padre Aurelio Centeno Peralta y a mis hijas e hijo: Patricia, Mariela, Carmen y Juan José.



## AGRADECIMIENTOS

- Agradezco a mi querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Política de La UNA- Puno, por los años que me alberga en su seno, haciendo que la aprecie como mi segunda casa.



**ÍNDICE GENERAL**

	<b>Pág.</b>
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
INDICE GENERAL	iii
ÍNDICE DE ANEXOS	vii
RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN	1
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>PROBLEMÁTICA DE INVESTIGACIÓN</b>	
1.1. EL PROBLEMA MATERIA DE LA INVESTIGACIÓN	3
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	4
1.4. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA	4
1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	5
1.6. JUSTIFICACIÓN	5
1.7. LIMITACIONES	7
1.8. OBJETIVOS	7
1.8.1. Objetivo general	7
1.8.2. Objetivos específicos	7
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>MARCO TEÓRICO</b>	
2.1. MARCO TEÓRICO	8
2.1.1. Marco doctrinal	8
2.2. MARCO CONCEPTUAL	10
2.3. MARCO TEMÁTICO	14
	iii

2.3.1.	Las formas de la sucesión	14
2.3.2.	La sucesión testamentaria o testada	15
2.3.3.	Características del testamento	16
2.3.4.	Clases o tipos de testamentos	17
2.3.5.	El testamento por escritura pública o auténtica	18
2.3.6.	El testamento cerrado	18
2.3.7.	El testamento ológrafo	18
2.3.8.	Requisitos para la validez del testamento.	18
2.3.9.	Donación entre Vivos	19
2.4.	CARACTERÍSTICAS DE LA DONACIÓN ENTRE VIVOS	20
2.5.	DE LAS DONACIONES MATRIMONIALES DE UN ESPOSO A OTRO	21
2.6.	DIFERENCIA ENTRE EL TESTAMENTO Y LA DONACIÓN ENTRE VIVOS	22
2.7.	REQUISITOS DE DONACIÓN	22
2.8.	MARCO TEORICO DOCTRINAL	23
2.8.1.	El patrimonio familiar.	23
2.8.2.	Concepto y labor del notario.	24
2.9.	EL NOTARIO Y EL NOTARIADO	26
2.10.	PERSPECTIVA ECONÓMICA NOTARIAL	27
2.11.	PRINCIPIOS DEONTOLÓGICOS DEL NOTARIO	29
2.11.1.	La seguridad jurídica	36
2.11.2.	El notario como intérprete de la voluntad de las partes.	38
2.11.3.	Crisis del testamento	39
2.11.4.	La herencia del cónyuge.	42
2.12.	LA DONACIÓN	45
2.12.1.	Elementos de la donación	47
2.13.	DERECHO COMPARADO:	51

**CAPÍTULO III****METODOLOGÍA**

3.1.	DESCRIPCIÓN DEL TIPO DE INVESTIGACION	65
3.2.	MÉTODO	65
3.3.	HIPÓTESIS	65
3.3.1.	Hipótesis general	66
3.3.2.	Hipótesis específica	66
3.4.	VARIABLES E INDICADORES	66
3.4.1.	Variables independientes:	66
3.4.2.	Variable dependiente	67
3.5.	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	67
3.5.1.	Técnicas de instrumentos	67
3.5.2.	Ámbito y tiempo	68
3.5.3.	Universo y muestra	68

**CAPÍTULO IV****RESULTADOS y DISCUSIÓN**

4.1.	DONACIÓN ENTRE VIVOS	69
4.2.	CARACTERÍSTICAS DE LA DONACIÓN ENTRE VIVOS	70
4.3.	DE LAS DONACIONES MATRIMONIALES DE UN ESPOSO A OTRO:	71
4.4.	DIFERENCIA ENTRE EL TESTAMENTO Y LA DONACIÓN ENTRE VIVOS	72
4.5.	EL ACUERDO SIMULATORIO	73
4.6.	DOCTRINA QUE CONSIDERA A LA SIMULACIÓN COMO VICIO DE LA CAUSA DEL ACTO JURÍDICO.	75
4.7.	EFFECTOS ENTRE SIMULANTES Y TERCEROS	77
4.8.	EFFECTOS ENTRE SIMULANTES Y TERCEROS ADQUIRENTES DEL TITULAR APARENTE	78

4.9. CASOS DE SIMULACIÓN Y DE DONACIÓN ENTRE VIVOS.	79
4.10. FORMALIZAR COMPRAVENTA O DONACIÓN TAMBIÉN ACARREA OTRAS CONSECUENCIAS.	82
4.11. ASPECTOS CONTROVERSIALES	84
CONCLUSIONES.	85
RECOMENDACIONES	87
BIBLIOGRAFÍA	89
ANEXOS	92





ÍNDICE DE ANEXOS

	Pág.
1. Ficha de observación	93
2. Matriz de consistencia.	94
3. Ficha de observación para textos.	95
4. Modelo de escritura de donación entre vivos	96
5. Proyecto de Ley	99



## RESUMEN

El trabajo de investigación que desarrollamos fundamentalmente tiene que ver de cómo nuestra realidad social ha venido desplazando una institución tan importante como es la del Testamento, y en nuestra realidad cotidiana, se recurre a la simulación que consiste en optar por la donación entre vivos, es decir no se espera que el titular del bien, como es el causante fallezca o muera para recién impulsar la sucesión teniendo en cuenta que el causante ya habría dejado testamento para que después de su muerte, se pueda realizar el trámite de la apertura y la implementación de los términos del testamento. Conocer sus causas, las implicancias de esta realidad, así como el esbozar sus planteamientos de solución, son los fines del trabajo. En relación al presente trabajo, se trata de explicarse las causas y comprender las consecuencias del por qué, las personas recurren a éste tipo de prácticas sociales con consecuencias jurídicas en forma creciente, poniéndose al margen de la ley, y desnaturalizando los fines del testamento y del derecho sucesorio.

**Palabras claves:** causante, derecho civil, derecho sucesorio, labor notarial y registral, realidad apremiante, testamento y transmisión de bienes.

**ABSTRACT**

The research work that we develop mainly has to see how our social reality has been moving an institution as important as it is the testament and, and in our everyday reality. It appeals to simulation that is to opt for the donation inter living; it means, is not expected that the holder of the well-living, as it is causing death and the to boost a succession taking into account that the causing would have already careless testament in order that after his death, to fulfil the opening process and the implementation of the testament terms. To understand their motives, the implications of this reality, as well as sketch their approaches to solution are the purposes of the present work. In relation to the present work, it is a matter of explaining the causes and understanding the consequences of why people use this type of social practices with legal consequences in a growing form, putting themselves outside the law, and denaturalizing the objectives of the testament and inheritance law.

**Keywords:** causante, civil law, heritage law, notarial labor and registral, reality pressing, heritage, testament and well-being transmission.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de “Donación entre vivos y el desplazamiento del Testamento” tiene una vinculación directa con nuestra realidad social que es la que finalmente en su dinámica muestra la eficacia o no de las normas legales. Es así que las personas prefieren destinar mediante la donación llamada entre vivos su patrimonio en vez de optar por la vía de la sucesión testamentaria, y tampoco por la sucesión intestada.

Por lo tanto frente a esta realidad que de modo fáctico se suscita en nuestra realidad resulta preocupante que exista un desplazamiento del testamento que de modo tradicional siempre ha sido la vía más preferida para realizar la transmisión del patrimonio de tipo familiar. Por lo que detectado el problema, nos proponemos en este trabajo señalar sus probables causas, así como plantear alternativas de solución, recalando en los cambios o modificaciones que debe existir en nuestra normatividad civil al respecto, y principalmente que sea acorde a la realidad social en que vivimos.

Se ha optado por escoger el tipo de método de investigación que es de carácter cualitativo, así como se ha planteado objetivos que tienen que ver con las causas, consecuencias y alternativas de solución, así mismo, se ha planteado un marco teórico que permite conocer la fundamentación doctrinal de lo que son testamentos, donación la labor notarial y la dinámica social. Por otro lado en el aspecto metodológico, es un trabajo que tiene que ver con el análisis de normas, así como de interpretar nuestra realidad social en términos de la idiosincrasia o criterios convencionales que tienen las familias peruanas hoy en día.

Finalmente, se trata de aportar situaciones de cambio en nuestra normatividad civil, venidas de las formas o manifestaciones sociales, que en ésta materia se vienen configurando de una manera intensa y mayoritaria en la elección de la donación entre vivos y el desplazamiento de la figura de la sucesión testamentaria.



## CAPÍTULO I

### PROBLEMÁTICA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. EL PROBLEMA MATERIA DE LA INVESTIGACIÓN

En nuestro país desde hace muchos años, por diversas causas dentro de las que se cuenta el desempleo, así como el disminuido poder económico de grandes sectores de nuestra población, ha ocasionado que muchas figuras jurídicas como el caso de los testamentos sea desplazado por acciones que dan prioridad a soluciones inmediatistas de las carencias económicas que tienen las familias en el Perú. Al respecto se opta por realizar las donaciones entre vivos en forma gratuita entre padre a hijos, o acudir a la simulación de compra y venta por los cuales se realiza la transferencia de bienes patrimoniales dejando de lado la clásica forma de transferencia a través de los testamentos que señalaba que deba de morir el causante a fin de dar apertura a la sucesión. En los casos que mencionamos no se espera la muerte del causante sino se recurre a la figura de donación o simulación como se ha referido.

Por otro lado, siendo esto un problema que afecta directamente al carácter mismo de la sucesión de bienes a través de las vías de la sucesión testamentaria

o sucesión intestada, es que la realidad social obliga a tener que encarar esta realidad, y adecuar tanto la norma como el de crear una conciencia de legalidad por las vías de sucesión establecidas en nuestro país. Consiguientemente este es la descripción del problema en el presente trabajo de investigación que pretende mostrar la realidad del desplazamiento de los testamentos por la donación entre vivos a fin de que se establezca planteamientos alternativos de solución al respecto.

## **1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

La realidad social en nuestro país y particularmente en la Región de Puno, hace que la importancia del testamento cada vez se encuentre en desuso, y prevalezca la donación entre vivos como una manera más rápida, concreta y efectiva de transmitir la propiedad hereditaria. El problema radica en saber cuáles son las causas para que se proceda de ésta manera, y establecer las diferencias entre ambas formas, y las probables consecuencias de las mismas, para proponer finalmente algunas alternativas de solución, desde el punto de vista de la labor notarial y social.

## **1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuál son las causas y las consecuencias para dejar de lado la transmisión de herencia vía testamento y preferir la donación entre vivos?

## **1.4. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA**

Para el desarrollo de la investigación no hemos planteado resolver las siguientes interrogantes básicas.

- ¿Por qué la gente prefiere la donación entre vivos y no acudir al testamento?

- ¿Cuál es la diferencia entre testamentos y la donación entre vivos?
- ¿Cómo debe entenderse la donación en materia de transmisión de herencia?

### 1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

**A.- Espacio Geográfico.-** Esta referido al país y rebasa la región de Puno, precisamente su universo es el país.

**B.- Sujetos y/ u objetos.-** Están involucradas la ciudadanía, de las zonas populares y de espacios marginales. Así como personas que residen en grandes ciudades del país.

**C.-Temporalidad.-** Corresponde enmarcarse dentro de los últimos quince años del siglo XXI.

**D.- Variables de Estudio.-** Se tiene en las dependientes: La norma civil, los transferentes o donantes y los donatarios

### 1.6. JUSTIFICACIÓN

La investigación se justifica en cuanto tiene que ver con mostrar el desuso al que ha caído el testamento, que es un acto formal y solemne por el cual una persona declara su última voluntad disponiendo de todos sus bienes o de parte de ellos y ordenando cuantas cuestiones familiares y personales deban ser atendidas tras su muerte. Las disposiciones patrimoniales fundamentales son la institución de heredero y, en su caso, la ordenación de legados. Hay también otro tipo de disposición, el "modo", destinado a limitar o encauzar una institución de heredero o un legado señalando su finalidad, o alguna restricción o conducta que se impone al instituido o legatario.



El testamento es un acto unilateral: en él dispone sólo el testador. Suele ser unipersonal, aunque en algunas legislaciones se permite que los cónyuges testen juntos (testamento mancomunado). Es un acto formal o solemne; en él la voluntad sólo es eficaz en cuanto se ajusta en su manifestación a los requisitos de forma prescritos por la ley, de suerte que el testamento será nulo si en su otorgamiento no se han observado las formalidades establecidas por la ley. Este testamento va perdiendo su eficacia, y por lo tanto poco ya importa la voluntad del testador, así mismo es reemplazado en cierto modo por la Sucesión Intestada y por la Donación, que entre otras formas son las más recurrentes en sustitución del testamento. Consiguientemente son los cambios sociales o de nuestra realidad cotidiana en la que va imperando otra vías o medios de transmisión del patrimonio familiar.

La Donación entre Vivos, es en el presente caso un medio alternativo de reemplazar al testamento, es el acto por el cual una persona (llamada donante) enajena una cosa, de forma voluntaria, a otra (llamada donatario) que la acepta. La donación es un acto a título gratuito pues el donante no recibe nada a cambio como contraprestación y precisa que el donatario la acepte.

Debido a la naturaleza gratuita de la donación que empobrece al donante y enriquece al donatario, las legislaciones suelen plantear ciertos límites dirigidos a prevenir perjuicios que se puede causar a sí mismo un donante irreflexivo. Pero sobre todo, se trata de que prevalezcan frente al donatario los intereses de terceras personas que pueden verse perjudicadas por la donación, como son los herederos o los acreedores del donante. Así, el donante puede donar todos los bienes que tenga en su patrimonio siempre que se reserve lo preciso para su propia subsistencia y no perjudique a sus herederos.

Consiguientemente se recurre a la donación entre vivos cuando el causante opta por transferir su patrimonio a favor de sus herederos, en vida dejando de lado la vía testamentaria. Este es el núcleo del problema en el presente trabajo por el cual se plantea soluciones que puedan encaminar mejor formas de transmisión de la herencia o patrimonio familiar.

### 1.7. LIMITACIONES

Serían de dos tipos de recursos:

- **Factor Tiempo.-** Se tiene en cuenta que las ocupaciones personales que no permiten dedicarme en forma exclusiva a la presente investigación.
- **Factor Económico.-** Corre a nivel personal el tener que afrontar económicamente los gastos en materiales, recursos, y hasta del factor humano que se requiera para los fines de la presente investigación.

### 1.8. OBJETIVOS

#### 1.8.1. Objetivo general

Conocer las causas y determinar sus consecuencias, del por qué la gente prefiere la donación entre vivos y no acudir a la transmisión de herencia vía los testamentos.

#### 1.8.2. Objetivos específicos

- i. Determinar las causas de la preferencia de donación entre vivos y no preferir la vía testamentaria.
- ii. Analizar las consecuencias jurídico-sociales de esta situación y plantear alternativas de solución.
- iii. Plantear alternativas de solución.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. MARCO TEÓRICO

##### 2.1.1. Marco doctrinal

###### a. Estado Garantista.

Elegimos la doctrina Jurídica del Garantismo en razón de que plantea un interés preferente por los derechos fundamentales de las personas. Y en el presente caso la legislación civil en materia de sucesiones debe de estar del lado de lo que acontece en nuestra realidad social donde se dinamiza éstos derechos fundamentales de las personas en torno a un tema de relevancia como es la transmisión de la herencia o del patrimonio familiar. Un Estado Garantista según Ferrajoli (2000), uno de los preclaros defensores del garantismo jurídico, se refiere a que el estado ya no debe ser más un ente administrativo ni burocrático, y en tal sentido debe volcarse a utilizar el Derecho a favor de los más débiles, y garantizando el pleno goce de sus derechos fundamentales. Un Estado Garantista debe salir a la calle, y atender principalmente a quienes históricamente han sido marginados, y además

invisibilizados, por lo que ahora les toda participar y jugar un papel trascendental en su función social.

El estado Garantista, pone en relieve la defensa de la persona humana y de su dignidad como aspectos medulares de todo fin del derecho, en tal sentido propugna que todos los estamentos categoriales del Derecho como los aspectos de servicio público del estado deben cumplir un papel social de construcción de país y de asentamiento de una cultura jurídica.

#### **b. Enfoque garantista.**

Ferrajoli (2000) expresa en esta teoría la crisis que existe la ilegalidad de los actos de autoridad manifestándose en la ausencia de aplicación de los controles legales por parte de los poderes públicos, Ferrajoli (2000) identifica dos puntos de vista, uno externo y uno interno. El segundo gira en torno al derecho positivo y, el segundo, compuesto por el factor axiológico presente en el derecho. Su teoría garantista parte de cuatro conceptos fundamentales, a saber; 1) Valor de la persona; consistente en otorgarme al individuo el máximo valor, considerando sus diferencias (sexo, raza, preferencias) como incluyentes y sus desigualdades (económicas y sociales) como excluyentes. 2) tolerancia; como una atribución de idéntico valor a cada persona. 3) Igualdad; Identifica la diferencia entre igualdad formal e igualdad sustancial. La primera es presente en los derechos de libertad. La segunda en virtud a los derechos sociales. Para el autor italiano, estos más que contradecirse se complementan, y, 4) derechos fundamentales; definiéndolos como aquellos derechos cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad. Por último, el jurista latino, expresa los principios garantistas para hacer exigibles los derechos fundamentales:

Principio de legalidad y jurisdiccional. El primero permite precisar con exactitud las obligaciones y los obligados, así como el procedimiento para exigirlos. El segundo, que nos remite a su exigibilidad. Es decir, considerarlo un derecho subjetivo, un derecho y correlativamente una obligación. De igual forma, Ferrajoli resalta que la motivación de las resoluciones judiciales puede ser el parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática? del funcionamiento del Poder Judicial, ¿por qué ésta expresa, y al mismo tiempo garantiza, la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio? En lo que tiene que ver con la teoría del derecho, Ferrajoli (2000) se muestra partidario de un positivismo crítico, capaz de distinguir entre vigencia, validez y efectividad y de asignarle al juez y al jurista una tarea de permanente crítica al derecho vigente, a efectos de mejorar día a día la tutela de los derechos fundamentales. Aquel, porque no está obligado a aplicar una ley vigente pero sospechada de validez y a este porque nunca puede dejar de señalar las incoherencias y faltas de plenitud del orden jurídico.

## 2.2. MARCO CONCEPTUAL

### Testamento

El testamento es el acto jurídico por el cual una persona dispone para después de la muerte del dueño (que puede ser un familiar o una persona a la cual se le tuviere estima) de todos sus bienes o parte de ellos. Algunos autores sostienen que no proviene de "*testario mentis*", sino que sus orígenes se encuentran en el vocablo "*testis*", por lo que se hace referencia al testigo; es decir, el testamento no tiene significado como expresión material de voluntad, sino que es un acto en el que se atestigua esta voluntad. El testamento también

admite actos de carácter no patrimonial, como pudiera ser el reconocimiento de hijos.

Cuando una persona muere sin dejar testamento se dice que ha fallecido *abintestato* o intestada. Si bien generalmente el testamento es un acto jurídico en el que se hace una disposición de bienes, hay que reconocer que existen declaraciones de voluntad que no consisten en ello y que pueden ser materia de un testamento.

### **Contrato de donación**

El contrato de donación es aquel por el cual una persona, la donante, transfiere gratuitamente a otra, llamada donataria, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.

Todo contrato de donación está sujeto a tres condiciones:

- 1ª) La donación no puede comprender los bienes futuros, esto es, los que no se hallan en el dominio actual del donante.
- 2ª) La donación se perfecciona, es decir, existe jurídicamente, desde que el donatario la acepta.
- 3ª) Si la donación comprende la totalidad de los bienes del donante, este debe reservarse en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias. De no ser así, la donación es nula.

### **Patrimonio**

«Es el conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a una persona, que tienen una utilidad económica y por ello son susceptibles de estimación pecuniaria, y cuya relaciones jurídicas están constituidas por deberes y derechos» (activos y pasivos). Desde este punto de vista la consideración del

valor de un bien patrimonial se descontará del mismo el valor de las cargas que se hallen gravando los bienes patrimoniales.

### **Sucesión Testamentaria**

Se denomina **sucesión testada** a aquella sucesión hereditaria en la que el fallecido ha dejado constancia de su voluntad mediante un testamento.

A través del testamento, el causante puede expresar su parecer sobre el destino que van a recibir sus bienes tras su muerte, y con ello puede modificar en parte lo que establece la Ley.

En el testamento se puede:

- Nombrar herederos diferentes de los establecidos en la Ley. Los herederos son sucesores generales de un porcentaje de la herencia.
- Nombrar legatarios para recibir unos bienes concretos.

### **Transferencia de bienes**

Hecho o acción humana que produce efectos económicos por el que se transmite a otra u otras personas el dominio de una cosa o un derecho que nos pertenece. La venta, permuta, cambio, aporte a sociedades y, en general todo acto de disposición por el que se transmita el dominio.

### **Labor notarial**

“La labor notarial tiene que ver con la fe pública y la verdad se encuentra en los documentos que formalizamos día a día; por tanto, el compromiso social recae siempre en el contenido moral, que jamás se debe defraudar, el notario tiene a su cargo una función compleja, llena de retos y dificultades. Es importante la labor del Notario en la sociedad, desconociéndose la alta carga de riesgos, hoy cada vez mayores, sujetos a las acciones dolosas de contratantes

inescrupulosos que exigen una alerta permanente. “Es un trabajo el seguir sosteniendo esa confianza, es de rigor seguir manteniendo, por sobre todo, el respaldo ético en las actuaciones; en el cual los notarios deben seguir distinguiéndose por su calidad moral, por nuestra capacidad de defender y sostener valores que hoy parecen perderse cada vez más” (Gimenez,2001)

### **Derechos fundamentales**

Un derecho fundamental es una facultad o poder reconocido a una persona por ley suprema vigente que le permite realizar o no ciertos actos. Por ejemplo el *derecho a la propiedad*, le permite utilizar una cosa en su provecho. Gozan de un derecho fundamental las personas individuales o colectivas. Un derecho fundamental está protegido por medios jurisdiccionales respecto del Poder público del Estado y de las demás personas.

### **Herencia**

Se denomina herencia al acto jurídico mediante el cual una persona que fallece transmite sus bienes, derechos y obligaciones a otra u otras personas, que se denominan herederos. Así, se entiende por heredero la persona física o jurídica que tiene derecho a una parte de los bienes de una herencia. El régimen jurídico que regula las herencias es el Derecho de sucesiones.

Por extensión, también se denomina herencia, al conjunto de bienes, derechos y obligaciones que forman el patrimonio de una persona a su fallecimiento. Este conjunto de bienes y derechos en ocasiones recibe el nombre de *caudal hereditario (caudal relicto)*. El caudal hereditario lo forma así el patrimonio del causante en el momento de la muerte, eliminando aquellos bienes, derechos y obligaciones que se extinguen por el hecho de la muerte (derechos y



obligaciones vitalicias y los personalísimos). Este caudal se relaciona en el inventario de bienes con su correspondiente pasivo.

## 2.3. MARCO TEMÁTICO

### 2.3.1. Las formas de la sucesión

#### Intestada y testamentaria

La Sucesión puede presentarse de diversas formas. Todo dependerá del criterio con que se la enfoque. Sólo existen dos tipos o formas de sucesión: La Intestato o ab-intestada, llamada también Sucesión Legal o Legítima: Está regulada por los Arts. 723 al 773 del Código Civil. Y La Testamentaria o Testada: Está regulada por los Arts. 967 al 1147 del Código Civil. Ahora bien, existe una tercera forma de sucesión que en principio, está prohibida, pero el Legislador la ha permitido en dos excepciones: Por Contrato de Matrimonio a favor de uno de los futuros esposos, y entre esposos, caso en el cual es revocable. Según Art. 943 del Código Civil, "La Donación entre Vivos" comprenderá únicamente los bienes presentes del donante: si se extiende a los bienes futuros, será nula en este respecto. Según Art. 1133 del Código Civil, expresa que: *"Es ilícita la causa, cuando está prohibida por la ley, y cuando es contraria al orden público o las buenas costumbres"*. A esta se le llama Sucesión Contractual, porque es la consecuencia de un Contrato. Mediante el cual el instituyente promete al instituido, dejarle, a la hora de su muerte, toda su sucesión, o una cuota parte de su sucesión o un objeto determinado. El instituido se convierte de esa manera en el

sucesor del difunto. Sus características son: la transmisión de los bienes se produce al momento de ocurrir la muerte del instituyente; es un contrato. Si tomamos en cuenta, que en definitiva, todas las otras formas que podemos mencionar se reducen a las dos primeras.

Para apreciar mejor los matices jurídicos que pueden presentarse en el Derecho Sucesorial, les daremos un breve espacio a las otras formas que subyacen en la Legal y la Testamentaria. La Sucesión ab-intestato, como señalamos recibe el nombre de sucesión legal, o legítima; es la que el Legislador ha reglamentado como regla en nuestro derecho común, y para que ella surta sus efectos, la persona debe haberse privado del derecho de expresar su última voluntad respecto al destino de su patrimonio. Por lo que se opone a la Testamentaria.

### **2.3.2. La sucesión testamentaria o testada**

Cuando el causante deja constancia de su última voluntad respecto al destino de los bienes, obsérvese bien esto es, un Testamento, la sucesión se considera testamentaria. La Sucesión Testamentaria o Testada es contraria a la ab-intestato, ya que es deferida por la última voluntad expresa, de manera inequívoca, por medio de un testamento dejado por el causante. Esa voluntad debe constar por escrito, ya que el Legislador ha establecido reglas especiales por las que se rigen la Sucesión Testamentaria. Están expresadas en los Arts. 967 al 1147 del Código Civil.

El Art. 895 del Código Civil, da una definición del Testamento: "El testamento es un acto por el cual dispone el testador, para el tiempo en que ya no exista, el todo o parte de sus bienes, pero que puede ser

revocado". A los beneficiarios del testamento se les llama legatarios, porque son los que reciben el legado, o sea, los derechos que se transmiten por la forma de la sucesión testamentaria.

Si bien es cierto que la sucesión intestada es la regla, y la testamentaria la excepción, al menos en nuestro país, no menos cierto es que cada día la segunda toma más vigencia. Este fenómeno se está produciendo en nuestro país en los últimos tiempos, pero es el reflejo de lo que está aconteciendo en otras sociedades. Todo indica que las personas en el mundo entero están prefiriendo la forma testamentaria para orientar el destino que tendrá su patrimonio después de su muerte.

### **2.3.3. Características del testamento**

El Testamento se caracteriza por ser un acto jurídico unilateral, porque contiene únicamente la voluntad particular del testador, esto es, sin que el beneficiario haya manifestado la suya, y es válido por esa sola voluntad expresa; es un acto solemne, debido a que tiene que cumplir con ciertas formalidades legales especiales, sin las cuales no tendría validez; es esencialmente revocable, puesto que el testador puede revocarlo en cualquier momento antes de su muerte; podrá ser revocado o modificado por otro testamento.

En caso de multiplicidad de testamentos, que entren en contradicción, el último será válido. También puede ser revocado por un acto realizado ante Notario; por la destrucción del documento hecha por el testador, o por un hecho o acto jurídico que signifique en la práctica una revocación; por ejemplo: la venta de los bienes a favor de un tercero. Si no están los bienes legados en el patrimonio del testador al momento de su muerte, no

hay testamento eficaz. Y, por último, el testamento sirve, en principio, para transmitir legados.

#### 2.3.4. Clases o tipos de testamentos

Las formas testamentarias que reconoce nuestro derecho son variadas. Se sintetizan en dos clases de Testamentos: Los Privilegiados y los Ordinarios. Como testamentos Privilegiados: Están expresados en los Arts. 981 al 1001 del Código Civil. Suelen admitirse el militar, que es otorgado en tiempo de guerra por militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás empleados por el ejército o que sigan a éste, ante un oficial que tenga al menos la categoría de capitán. Si el testador estuviere enfermo o herido, podrá otorgarlo ante el capellán o el facultativo que le asista. Si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno. Siempre será necesaria la presencia de dos testigos. En plena acción de guerra se puede otorgar de palabra ante dos testigos. Por otra parte, Los Testamentos Ordinarios, están sometidos a rígidas formalidades que el Legislador ha establecido para que puedan tener validez, Están expresados en los Arts. 696 al 703 del Código Civil. Son tres: **El Testamento por Escritura Pública, el Cerrado y el Ológrafo.** En este tipo de testamentos lo que se debe hacer es excluir el caso de los testigos testamentarios, que no tienen objeto relevante de ser considerados imprescindibles.

### **2.3.5. El testamento por escritura pública o auténtica**

Es el que está instrumentado por un Notario, preferiblemente escrito de puño y letra de ese notario, ante dos testigos, y por cuyo medio el testador dispone de todos sus bienes o partes de ellos como su última voluntad expresa. Como una ley posterior deroga expresa o tácitamente cualquier ley anterior que le sea contraria, hay que admitir que la Ley establece que basta con dos testigos, nada más, aunque el testamento sea instrumentado por un Notario.

### **2.3.6. El testamento cerrado**

Se caracteriza por ser redactado por el propio testador, y es llevado a la notaria con la participación de dos testigos. Está regido por los Arts. 999 al 702, del Código Civil. Y debe cumplir las formalidades establecidas por la Ley, para que tenga efectos legales la sucesión.

### **2.3.7. El testamento ológrafo**

Requiere que el propio Testador lo confeccione, redacte con su firma, y requiere que posteriormente sea protocolizado como lo establece el código civil Este tipo de testamento es el que menos formalidades legales tiene, pero no por ello deja de ser complicado, ya que el periodo de protocolización puede resultar dificultoso, teniendo en cuenta que constituye un pequeño proceso que necesariamente hay que cumplir.

### **2.3.8. Requisitos para la validez del testamento.**

Si el Testamento está viciado de alguna nulidad, y es declarada, la sucesión pasa de pleno derecho a ser legítima o intestada.

1ro.- Debe ser la última Voluntad expresada por Testador.

2do.- Debe ser sobre los Bienes Presentes, no Futuros.

3ro.- Capacidad para Testar.

4to.- Es un Acto Jurídico Unilateral.

5to.- Es un Acto Solemne.

6to.- Es esencialmente Revocable.

La Sucesión Testamentaria puede ser afectada, en su validez y eficacia.

Nuestro Derecho estatuye sobre las causas que pueden anular un Testamento. Aquí señalaremos algunas como son: 1ro.- La Revocación, ya sea Voluntaria o Judicial; 2do.- La Caducidad; 3ro.- La Incapacidad del Legatario; 4to.- La Repudiación del Legatario; 5to.- La Pérdida de la Cosa Legada; y 6to.- La Nulidad propiamente dicha, que se produce por la violación a las reglas de forma y de fondo que la ley ha establecido para el Acto Solemne que es el Testamento.

La capacidad para suceder de manera Testamentaria o Intestada, en caso de conflictos de leyes entre nacionales de distintos países se regula, según el Código de Bustamante, por la ley personal del legatario o heredero.

### **2.3.9. Donación entre Vivos**

Donación entre Vivos, es el acto por el cual una persona (llamada donante) enajena una cosa, de forma voluntaria, a otra (llamada donatario) que la acepta. La donación es un acto a título gratuito pues el donante no recibe nada a cambio como contraprestación y precisa que el donatario la acepte. "La Donación entre Vivos" comprenderá únicamente los bienes presentes del donante: si se extiende a los bienes futuros, será nula en este respecto.

La Donación entre Vivos, no obligará al Donante, y no producirá efecto alguno sino desde el día en que haya sido aceptada en términos expresos.

La aceptación podrá hacerse en vida del donante por acta posterior y auténtica, que se protocolizará, pero en este caso la Donación no producirá efecto respecto del que la hizo, más que desde el día en que se le notifique el acta de aceptación.

Debido a la naturaleza gratuita de la donación que empobrece al donante y enriquece al donatario, las legislaciones suelen plantear ciertos límites dirigidos a prevenir perjuicios que se puede causar a sí mismo un donante irreflexivo. Pero sobre todo, se trata de que prevalezcan frente al donatario los intereses de terceras personas que pueden verse perjudicadas por la donación, como son los herederos o los acreedores del donante. Así, el donante puede donar todos los bienes que tenga en su patrimonio siempre que se reserve lo preciso para su propia subsistencia y no perjudique a sus herederos.

No valdrá la donación entre vivos de cualquier clase de bienes inmuebles, si no es otorgada por escritura pública. Mientras la donación no ha sido aceptada y se ha hecho conocer la aceptación al donante, podrá este revocarla a su arbitrio.

#### **2.4. CARACTERÍSTICAS DE LA DONACIÓN ENTRE VIVOS**

Habrà donación cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa.

De esta definición se desprenden las siguientes características:

##### **A) Es un acto entre vivos.**

Los actos de última voluntad, llamados testamentos, tienen un régimen legal distinto.

En nuestro derecho no hay donaciones para después de la muerte.

### **B) Obliga a transferir la propiedad de una cosa.**

Se dice que la donación transfiere la propiedad, lo que no es exacto porque el solo título no basta para producir ese efecto, sino que también es necesaria la tradición.

Solo las cosas pueden ser objeto de donación en nuestro régimen legal; si se trata de la transmisión gratuita de un derecho, habrá cesión y no donación.

### **C) La transferencia debe ser a título gratuito.**

Es decir, hay un desprendimiento de bienes, sin compensación por la otra parte. Pero ésta no es una regla absoluta. Es posible que el contrato de donación obligue al donatario a hacer o pagar algo, sea en beneficio del donante o de un tercero.

Esto no altera la esencia gratuita del acto.

Sin embargo, a veces el cargo tiene tal importancia que la gratuidad del contrato queda desvirtuada casi totalmente; aquí se roza el problema del *negotiummixtum cum donatione*.

## **2.5. DE LAS DONACIONES MATRIMONIALES DE UN ESPOSO A OTRO**

Los esposos pueden hacerse donaciones recíprocamente o uno de ellos al otro, antes de contraer matrimonio, de los bienes presentes o de los que dejaren a la muerte. En caso de ser alguno de ellos menor de edad les bastará que concurren al otorgamiento la persona o personas de cuyo consentimiento necesita el menor para contraer matrimonio.



Toda donación de un cónyuge a otro, durante el matrimonio será nula. No se comprende en esta regla los regalos módicos que los casados acostumbran a hacerse en ocasiones de regocijo para la familia.

Las donaciones matrimoniales o entre esposos, si son de los bienes que el donante dejare al morir.

Las donaciones entre esposos no pueden exceder de la medida fijada la Ley..

Se tendrá por simulada y por consiguiente nula la donación hecha durante el matrimonio, por uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio o a las personas de quienes este sea heredero presuntivo al tiempo de la donación.

## **2.6. DIFERENCIA ENTRE EL TESTAMENTO Y LA DONACIÓN ENTRE VIVOS**

El Testamento se diferencia de la Donación en que este surte efecto después que el testador fallece y este puede ser revocado. Mientras que la Donación surte efecto desde el momento de su aceptación y una vez hecha y aceptada no puede ser revocada.

A pesar de que existen varias diferencias entre estas dos figuras del Derecho Sucesorial, ambas encierran una similitud, que consiste en que ambas son Actos Auténticos.

## **2.7. REQUISITOS DE DONACIÓN**

Para hacer una Donación entre Vivos o un Testamento, es preciso estar en perfecto estado de razón. Pueden disponer y adquirir, bien por Donación entre Vivos o por Testamento todas aquellas personas que la Ley no declara incapacitado.

Para ser capaz de recibir entre vivos, basta estar ya concebido en el momento de la donación. Para estar en condiciones de heredar por testamento, basta estar concebido en la época de la muerte del testador. Sin embargo, cuando el niño no naciese viable, no producirán efecto ni la donación ni el testamento.

Las donaciones por contratos entre vivos o por testamento, no puede exceder de la mitad de los bienes, si a falta de hijos el donante deja uno o varios ascendientes en cada una de las líneas paternas y maternas. Y de las tres cuartas partes, sino deja ascendientes más que en una línea.

## **2.8. MARCO TEÓRICO DOCTRINAL**

### **2.8.1. El patrimonio familiar.**

El Patrimonio familiar permite salvaguardar bienes inmuebles a favor del cónyuge, hijos u otros descendientes menores o incapaces, padres u otros ascendientes e incluso los hermanos menores o incapaces. Los trámites que se pueden realizar ante Notario son: Y Constitución del patrimonio familiar. Y Modificación del patrimonio familiar. Y Extinción del patrimonio familiar. Requisitos: 1. Solicitud o Minuta dirigida al Notario, autorizada por Abogado, consignando los datos siguientes: a) Datos personales del (los) solicitantes. b) Petitorio o materia de solicitud. c) Individualización del predio que se desea afectar. d) Señalar a los beneficiarios con precisión del vínculo familiar que los une. e) Fundamentos de derecho. f) Medios probatorios: Y Copia legible del DNI del (los) otorgante (s). Y Documentos públicos que acrediten el vínculo con los beneficiarios. Y Certificado negativo de gravamen del predio que se pretende afectar. Y Declaración expresa de gravamen del predio que se pretende afectar. g) Fecha. h) Firma.

Para ejercer el derecho de constituir patrimonio familiar es requisito esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución.

2. La constitución de patrimonio familiar sólo es aplicable para bienes inmuebles, sea una casa habitación o un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio. 3. Pueden constituir patrimonio familiar, las personas siguientes: a) Cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad. b) Los cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad. c) El padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado, sobre sus bienes propios. d) El padre o madre solteros sobre bienes de su propiedad. e) Cualquier persona dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento. 4. Pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar solo los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente. 5. En el supuesto que se desee modificar o extinguir el patrimonio familiar, se siguen los mismos trámites que para su constitución. Base Legal Y Artículos 13º, 14º, 24º al 28º de la Ley 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos. Y Artículos 489º, 493º, 495º y 496º del Código Civil.

### **2.8.2. Concepto y labor del notario.**

El notario dentro de la administración pública pertenece a una descentralización por colaboración. Considerando la descentralización como una forma jurídica en la cual se organiza la administración pública y el legislador, creando instituciones con personalidad jurídica y patrimonio propio. El maestro Lanatta (1991) describe a la descentralización como la

*“confinación de algunas actividades administrativas a órganos que guardan con la administración central una relación que no es la de jerarquía [...] el único carácter que se puede señalar como fundamental del régimen de descentralización es el de que los funcionarios y empleados que lo integran gozan de una autonomía orgánica y no está sujeto a los poderes jerárquicos”.* Tras éste orden de ideas Cervantes (2001) divide a la descentralización en tres: por región, por servicio y por colaboración, y en ésta última es en la que cataloga al notario toda vez que el resolver problemas jurídicos y más los relacionados en materia fedante requieren sujetos preparados y especialistas en la materia más no forman parte directa de la administración pública pero si son vigilados y regidos por el Estado, autorizando a particulares ( personas o instituciones) a que colaboren con él en el área en que son especialistas, respecto a ello nos remitimos a la ley del notariado:

“Notario Público es el profesional del derecho que desempeña una función pública, investido por delegación del Estado a través del Titular del Poder Ejecutivo...”, en su artículo quinto menciona: “El notario tendrá plena autonomía e independencia en cuanto a su actividad, la que realizará bajo su responsabilidad y sujeto a las disposiciones de esta Ley y demás ordenamientos legales a los que debe circunscribir su actuar.”

La persona que acude al fedatario con el deseo de celebrar algún acto en la que se necesite la intervención del mismo, al escuchar, el notario trata de asimilar todas las circunstancias que le permitan entender a las partes y los alcances que el planteamiento crea.

Después de escuchar al cliente el notario interpreta la voluntad de las partes y pretende descubrir los deseos éste. Una vez que el notario ha asimilado los deseos del usuario del servicio procede a aconsejar de forma eficaz, para no caer en una condición atípica. La preparación y redacción de la escritura conlleva a ciertos requisitos previos para la elaboración. La redacción es la expresión de las voluntades con propiedad, claridad y concisión, una vez que el notario califica y determina el tipo de acto jurídico procede a la Redacción en la que vuelca su creatividad como profesional del derecho, desarrollándola labor de perito y mostrando la calidad de jurisconsulto. Redactado el instrumento, en la certificación es donde se plasma la fe adecuándola función notarial al caso particular. La fe da existencia de los documentos relacionados a la escritura, fe de conocimiento, fe de lectura, explicación, comprensión de los otorgantes y su capacidad y finalmente fe de otorgamiento de la voluntad. Y es aquí donde se formula un juicio de certeza que se impone a los demás. (Forno, 1993) Este es el carácter de fidelidad y de autenticidad que establece el notariado en los documentos públicos que se respalda para que tengan la eficacia de legitimidad y de validez, en los actos públicos que se derivan de la función notarial.

## 2.9. EL NOTARIO Y EL NOTARIADO

Los vocablos y conceptos notario y notariado, no son sinónimos, existe diferencia que a continuación destacaré.

La definición que encontramos en el diccionario jurídico mexicano en el que (Calderón, 2011) define al “Notariado: (De notorio, y éste del latín *notarius*) Institución que comprende todo lo relativo a la notaría y a los notarios.”

## 2.10. PERSPECTIVA ECONÓMICA NOTARIAL

Toda vez que nos encontramos en un mundo de globalización económica nos hemos visto forzados a ampliar nuestras fronteras, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, el papel principal de las normas jurídicas evolucionan en una sociedad, definiendo el desarrollo económico que va a adoptar. La mayoría de los sistemas económicos son mezclas de los sistemas capitalistas y socialistas respecto de la producción de la riqueza y de los recursos para producirla. Este tipo de economías mixtas en donde se encuentra propiedad privada y propiedad del estado, utilizan un sistema de planificación centralizada como ocurre en nuestro país, se caracteriza por tener un sistema jurídico en el que la mayor parte de las actividades económicas las lleva el sector privado canalizadas a través de mercados, para asegurar el funcionamiento de esos mercados el Estado provee de normas e instituciones que fijan una serie de criterios, aplicaciones y de interpretación que constituyen el derecho privado del país. Para ciertas actividades como son el sector salud, educación, seguridad, etc., el Estado participa de manera directa a través de dependencias cuya reglamentación también existe para su funcionamiento con normas específicas. El mercado para su existencia debe tener vendedores y compradores, prestadores de servicios y quienes los requieran, es así la necesidad de la norma para definir los derechos de propiedad sobre los activos tangibles e intangibles (derechos reales y derechos de propiedad intelectual). Estos derechos son representados en tres conceptos como los son la propiedad, los contratos y la responsabilidad civil motor que hace funcionar al mercado. A través de los derechos de propiedad otorgan el conocimiento de quienes son los dueños y pueden disponer de los diferentes bienes y servicios; las normas de derecho

contractual posibilitan el intercambio de los derechos de propiedad, el derecho de uso o goce y los recursos para producir tales bienes y servicios. (Arias, 1996) Por otra parte las normas de responsabilidad civil extracontractual establecen los medios para la valuación de los riesgos que produce participar en las diversas actividades económicas que no provengan directamente de la celebración de contratos.

Las normas de regulación económica muchas veces limitan o contraponen a las normas generales que constituyen la institución jurídica del mercado, provocando que se introduzcan otro tipo de normas como lo son los usos y costumbres, es más notorio este tipo de actuaciones respecto del derecho internacional privado, en donde se tienen conflicto de competencia, o de sometimiento arbitral toda vez que se encuentra carente de regulación propia ya que está sometida a los tratados internacionales. Con la breve introducción anterior dentro de la revista de Derecho Notarial del Colegio de notarios encontramos un artículo intitulado “El notario en términos económicos”, donde se define la función notarial en la terminología economista.

Reconociendo que la economía en la actualidad invade a las instituciones jurídicas comprendiendo a las situaciones objeto de desarrollo de derechos y obligaciones, lo que presupone un lenguaje genérico de palabras en sentido económico que inciden sobre las definiciones jurídicas. Tales como las siguientes doce acepciones que desde el punto de vista económico definen al notario y el notariado.

1. El notariado es un servicio jurídico no contencioso
2. El notario es un operador jurídico

3. La escritura como contrato, es un producto jurídico elaborado (se vende seguridad jurídica obteniendo un resultado jurídico asegurado)
4. El notario es un técnico jurídico, mediador entre las partes, ingeniero del diseño contractual, que servirá de forma jurídica al acuerdo.
5. La autenticidad es un centro de poder legal que funciona en el plano de los hechos ocurridos ante el notario o realizados por él mismo.
6. La prevención de litigios es el resultado balanceado de la intervención notarial.
7. El honorario pagado al notario es una inversión en el rubro de seguridad jurídica preventiva.
8. La secuencia de contratación está cubierta por el asesoramiento notarial como mecanismo de información jurídica
9. El notario es regulador de los costos de contratación por que su múltiple y compleja labor técnica se cumple bajo un honorario regulado y controlado en beneficio de los consumidores.
10. El notario es el legislador de la voluntad de las partes.
11. El notario es traductor jurídico de las expresiones de los otorgantes
12. La función notarial se desarrolla en un marco de celeridad racional y es de eficacia jurídica demostrada.

#### **2.11. PRINCIPIOS DEONTOLÓGICOS DEL NOTARIO**

La necesidad de la probanza es necesaria para tener seguridad jurídica. La fe pública se asocia de inmediato con la autenticidad, con veracidad de contenido con seguridad jurídica que se da al dar forma a los actos jurídicos pretendidos. Como se ha mencionado anteriormente el notario tiene la facultad de dar forma a los actos jurídicos bajo su autoría y autonomía, el cual debe



redactar, conservar reproducir, autorizar y registrar a petición del usuario del servicio. Todo el proceso de plasmar la voluntad de las personas en un documento válido con alcances jurídicos en el tiempo tiene principios deontológicos propios de la función notarial. (Ferrara, 1926)

Cada legislación estatal menciona diversos principios y valores de los cuales se rige para el ejercicio de la fe pública, cabe denotar que además de aplicar dichos principios el notario debe de tener cualidades físicas, morales y académicas, ara el desempeño de la actividad. En la doctrina encontramos que además de escuchar, interpretar, asesorar a las partes, preparar, redactar, certificar, autorizar, y reproducir el instrumento en todo momento el notario debe caracterizarse por su veracidad, imparcialidad, espíritu conciliador, discreción, honesto, justo en el cobro de honorarios, preparación técnica, jurídica y desempeño personal entre otras características para la realización de su actividad. Estas son conocidas como principios deontológicos notariales.<sup>33</sup>

La Deontología notarial es ciencia, porque es filosofía ética del proceder de una persona altamente capacitada: el notario como portador de una investidura que le permite precisamente dar fe pública y le impone una serie de responsabilidades frente a sí mismo, a cambio de que su actuar ante la sociedad que cree en él y de cara al Estado que lo ha ungido con la potestad de establecer la verdad entre otras funciones.

Todo esto conforma una totalidad compleja que distingue el comportamiento notarial como producto axiológico de un hombre formado, primero que todo, con principios y categorías morales que se compromete a guardar siempre una conducta estrictamente buena.

Definamos el significado de principios como aquellos caracteres que permiten conocer la esencia de la profesión y los aspectos fundamentales de su ejercicio. Son formulaciones de tipo teórico y por lo tanto no tienen vigencia legal para la interpretación de las propias normas. Son guías para la solución de los problemas dudosos que se pudieran plantear, sin embargo en la actualidad los podemos identificar dentro de los articulados de los cuerpos legales que rigen la actividad notarial.

A continuación se explicaran cada uno de los principios que rigen la función Notarial:

• **Principio de rogación:**

Este principio se refiere a que el notario no actuará de oficio, sino a petición de parte.

• **Principio de autoría:**

Esta es la característica del documento y de la propia actuación notarial y que consiste en que el documento tiene como autor al notario. Esté será el documento público que hace el notario, narrando la serie de hechos que contienen las declaraciones del notario y las declaraciones de las personas que intervienen en el instrumento. El notario es el autor que suscribe, sella y autoriza, característica esencial del notariado latino que debe hacer la confección del acto jurídico, esto lo hacer responsable de forma moral, fiscal y jurídicamente de la autoría del instrumento, consciente que toda responsabilidad conlleva una obligación esta será la de asesoramiento, el derecho y la redacción. “el notario es el autor del instrumento público, el que lo autentifica y formaliza”. (Giménez, Ibid)

## **Principio de legalidad**

El notario debe actuar siempre conforme a las leyes. Se debe fundamentar la actuación en la ley de la materia y con la ley vigor. Este principio limita la actuación del notario toda vez que debe adaptar la voluntad de las partes a la legislación que se necesite, haciendo del conocimiento a las partes a través de la asesoría que su voluntad tendrá un carácter de licitud. En la ley el principio de legalidad se establece como sigue: “el notario debe actuar siempre con sujeción a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la Constitución del Estado, a esta Ley y a todas las normas de carácter civil, mercantil, fiscal, y demás leyes que tengan aplicación en el acto notarial de que se trate, como profesional que es en derecho”.

### **- Principio del protocolo**

El notario conserva el producto de su trabajo. Es decir la escritura que se firma en la notaría no es la que se entrega a las partes, será una copia autorizada por el notario.

El original se guarda en el protocolo que pertenece al Estado, mientras está en poder del notario permanece bajo su custodia. Es en este libro en el que se guardan todas las actuaciones notariales. Este principio como tal no se contempla en la ley, pero en el capítulo II en la primera y segunda sección de la misma, se rige el protocolo ordinario y en protocolo electrónico respectivamente, especificando como deben de llevarse los registros en cada uno de los protocolos y los avisos que deben realizarse al Archivo de Instrumentos Públicos y al Registro Público de la Propiedad.

**- Principio de imparcialidad:**

Todo equilibrio da seguridad jurídica, el notario tiene que prestar su función en igualdad de circunstancias, esto se reduce a que el notario nunca debe de interferir en la voluntad de las partes, sí ilustrarles sobre las consecuencias de lo que quieren; pero sin forzar su voluntad. El notario debe ser sano receptor de la voluntad de las partes.

En la Ley, este principio se encuentra en la fracción IV del artículo 7º y a su letra dice: Imparcialidad y rectitud: el notario, al asesorar personalmente a las partes debe mantener una conducta neutral, de concentrador de las declaraciones de voluntad de las partes, sin que le sea permitido privilegiar los intereses de una parte sobre otra.

**- Principio de secreto:**

Este principio se refiere al secreto profesional. No hay que dar cuenta ni siquiera de la existencia de los instrumentos, a menos que sea la parte interesada o persona con interés jurídico y que tenga derecho a él y siempre y cuando lo demuestre, o lo demande la Autoridad. Este principio doctrinal lo contempla nuestra ley, en los artículos 42 y 43 transcritos textualmente:

“Previa solicitud por escrito, sólo tendrán acceso a los instrumentos notariales, y en su caso obtener testimonios de los mismos, quienes aparezcan haber intervenido en ellos o justificaren representar los derechos de esas personas. Tratándose de disposiciones testamentarias, después de la muerte del testador, los herederos o legatarios, albacea y los autorizados por mandamiento judicial o ministerial. Cuando el peticionario no se encuentre legitimado, se le hará saber por escrito, dentro del término de cinco días hábiles, el motivo y fundamento de la negativa.

Procederá la expedición de fotocopias certificadas de los instrumentos públicos asentados en el protocolo y sus documentos cuando el agente del ministerio público lo requiera para la debida integración de una averiguación previa, en los términos de la legislación penal vigente.

Cuando para la integración de averiguación previa, en la investigación por la comisión de un delito se requiera de documentación que exista en el protocolo a cargo de Notario, la autoridad investigadora procederá a su compulsula.

El notario expedirá copias certificadas y testimonios por mandamiento judicial, que se requiera para el ejercicio de una acción civil o penal.”

“El notario autorizante, el o sus asociados, asistentes, practicantes para el ejercicio notarial, empleados, dependientes y demás personas que puedan tener acceso a los libros del protocolo, así como el Director del Archivo de Instrumentos Públicos y los demás servidores públicos de esa dependencia, están estrictamente obligados aguardar el secreto profesional sobre actos que autorice el primero y aun sobre la existencia de ellos, salvo cuando lo requiera la Secretaría General de Gobierno o por orden judicial o ministerial, fundada y motivada, sean requeridos.

Las personas señaladas en el párrafo anterior quedan sujetas en su caso a las disposiciones del Código Penal del Estado por el delito de revelación del secreto profesional”.

**- Principio de inmediatez:**

En notario debe estar presente y sólo debe dar fe de aquello que ve, oye o percibe por los sentidos y siempre, después de haber recibido la solicitud de sus servicios. En cuanto a los sentidos que utiliza el notario suelen ser la vista, el oído, con menos frecuencia el tacto, o hasta el olfato o gusto. Lo que el notario

percibe por sus sentidos y relata será diferente de lo que el notario recoge de las manifestaciones o declaraciones de hechos que no ha percibido por los mismos. La constatación del acto jurídico debe ser directamente sin intermediación, debe estar físicamente. Intermediación: sólo le es dable al notario dar fe de aquello que percibe por los sentidos y lo que las partes están aportando.

• **Principio de conservación documental**

La conservación del instrumento notarial como un elemento de prueba del hecho, acto o negocio jurídico formalizado con la intervención del notario. Son parte del protocolo los documentos del apéndice. El Estado es dueño del protocolo y de sus apéndices.

Lo anteriormente expuesto son principios que se encuentran en las diversas fracciones del artículo séptimo de la ley, los subsecuentes principios que continuación se describirán se encuentran plasmados en el articulado del mismo cuerpo, si bien no se encuentran mencionados como tales, no dejan de tener suma importancia para la correcta actuación notarial, fundamentando mi dicho en la deontología notarial.

• **Principio de obligatoriedad funcional:**

El notario debe actuar a petición de parte pero no debe negarse a prestar el servicio notarial a menos que peligre su vida, se encuentre enfermo, no se aseguren sus honorarios, que se encuentre ocupado en otro acto notarial, o sea día inhábil a excepción de la realización de testamentos urgentes o, elecciones políticas. (De la Puente, 1984)

• **Principio de gratuidad funcional:**

El notario tiene que actuar de vez en cuando en actos jurídicos con calidad de servicio social así lo incluye el artículo 41 de la Ley., mencionando además que

el Colegio de Notarios será quien emita las reglas, formas y condiciones en que se prestará.

· **Principio de actualización de tópicos inherentes a la función.**

Se debe estar en permanente actualización, talleres, cursos, capacitación y toda aquella práctica o docencia que mantenga actualizado al gremio. En la Ley podemos apreciar además la promoción de la cultura jurídica en general, procurando la superación profesional principalmente de sus agremiados.

**2.11.1. La seguridad jurídica**

**¿Qué es seguridad jurídica?**

Que ofrece confianza. Incapaz de engañar o fallar. Jurídica: Relativo a las formas Judiciales, a la justicia, a las leyes que regulan las relaciones entre los ciudadanos y el derecho en general jurídico: Lo concerniente al derecho .Lo que se hace con arreglo al derecho. (Devis, 1938) para poder hablar de la seguridad jurídica debemos tomar en cuenta que el objeto del derecho es el estudio del comportamiento humano, la conducta-existencia, que suceden en cada momento histórico dentro de un plano consciente o inconsciente. La visión humana del mundo en que se sitúa, refleja y determina todo el comportamiento, el orden es parte primordial del ser humano, donde éste asigna el lugar propio que le corresponde a cada cosa respecto a la disposición de un plan, concibiendo al orden como una estructura planificada, es decir las cosas ordenadas lo están de acuerdo a algo, que ese algo no es absoluto.

Por otro lado se encuentra el desorden que se puede observar cuando la dimensión integradora (el estado) o la dimensión grupal, (partidos políticos, grupos sociales de diversos intereses) en donde la dialéctica no

es posible ya sea por los interés de uno o la jerarquía del otro, haciendo infinitas las razones posibles del desorden. El desorden más grave cuando se percibe desde la dimensión estatal reflejada en los comportamientos de los habitantes: ciudadanos, dirigentes partidarios, del legislador, el juez que podrían estar actuando a través de su comportamiento político con el disvalor desorden.

El valor del orden iuspolítico-social se capta al no recibir influencias privadas, es decir recibiendo las influencia directa de la estructura iuspolítica. A través de este proceso, en los integrantes del estado en calidad de tal manifiestan su asentimiento o disentimiento sea de lo público o lo privado, social o individual. Tanto el ciudadano a través del sufragio como el legislador en cada proyecto de ley que aprueba o reprueba creando la norma jurisprudencial. (Torres, 2002)

Para cumplir con esta función se necesita el valor del orden, “el ser humano necesita moverse en un ambiente de certidumbre. “ Siendo esta una necesidad vital de un plano estimativo que hacen del hombre el ejercicio del valor seguridad, sin la necesidad de luchar o violentarse, crean un ambiente de confianza y certeza en los medios iuspolíticos sociales.

La seguridad jurídica, en un caso concreto, es un valor de la conducta en su alteridad. La seguridad como valor está presente en situaciones ciertas, firmes y tranquilas, de modo que la certidumbre, la firmeza y la tranquilidad en la conducta certifican su polo positivo. El disvalor correlativo se nos aparece así tipificado en las conductas socio-política tendientes a la incertidumbre, a la intranquilidad y a la falta de protección,



que mancomunadas arriban en síntesis a la incoordinación de áreas comunes” (Castillo, 2007)

Si el estado mantiene un orden, entonces hay seguridad, y si hay ambas entonces éste ejerce poder. El principio de seguridad jurídica se encuentra íntimamente ligado al principio de legalidad, que “se manifiesta en el sentido de que la actividad estatal solo puede efectuarse con la autorización que la ley le otorgue, por lo tanto las libertades individuales solo pueden ser restringidas por disposición expresa ”Seguridad jurídica es razonada como la garantía de promover el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad y en nuestra legislación encontramos dentro de nuestra Constitución Política, las garantías individuales que son las que darán seguridad jurídica.

#### **2.11.2. El notario como intérprete de la voluntad de las partes.**

El notario experto en hermenéutica, plasmará la voluntad de las partes en el instrumento notarial idóneo. En principio, se basa en la tarea de desentrañar su voluntad y plasmarla, dentro de un marco legal, en el que se expresan los hechos percibidos por él en el ejercicio de su función notarial.

La voluntad desde el punto de vista filosófico, se define como “querer” como la potencia del espíritu dirigida a un fin. En el derecho la voluntad se define como la expresión del querer de un sujeto o varios, dirigido a la realización de un determinado acto jurídico.

El fedatario será el encargado de la redacción de los instrumentos en que se consigna en las declaraciones emitidas ante él, sin perjuicio de que los

interesados las presenten redactas por ellos, en todo caso será el notario quien velará por la legalidad de tales declaraciones y advertir de las irregularidades existentes, si el cliente decide proseguir pese a la advertencia, el notario plasmará constancia de lo ocurrido previniéndole de la posible nulidad.

La competencia del notario es estrictamente documental ya que en todos los actos en que interviene deben ser por escrito, en escritura pública si se trata de dar fe de un acto jurídico o acta notarial si se certifica un hecho jurídico o material, dicha competencia es siempre rogada y está regida por el principio de la autonomía de la voluntad y del mutuo acuerdo lo cual evidencia la ausencia de la decisión o influencia del notario dentro de su función, es decir esto lo hace imparcial, lo cual al perfeccionarla voluntad de las partes y estas quedan de acuerdo y conformes con lo ahí establecido, provocando tranquilidad y seguridad jurídica, teniendo la certeza que el acto será reconocido y respetado por la sociedad.

La paz social es uno de los fines que persigue el Estado, ésta se obtiene mediante el orden social, la justicia social y la seguridad jurídica, de las cuales el notario colabora dentro de su versatilidad en su quehacer, como asesor, interpretador de la voluntad, mediador, conciliador, árbitro, en la elaboración de cada uno de sus instrumentos como medio de certeza y prueba plena no solo dentro de litigios, sino de los ciudadanos y de la misma autoridad que lo solicite. (Lanatta, 1991)

### **2.11.3. Crisis del testamento**

El llamado “testamento normal”, conocido por todos pero bien entendido por pocos, en la mente popular es el que atribuye todos los

bienes al cónyuge sobreviviente. Llegado el fallecimiento del segundo cónyuge, aquel con el que la vida fue más generoso y le regaló algo más de tiempo, es cuando los hijos consolidan sus derechos sobre la totalidad de los bienes que constituían el patrimonio familiar.

Sin embargo, la regulación jurídica, los auténticos efectos de dicho testamento nada tienen que ver con lo que se relata. En realidad, como dice Armaza (2001) *“el cónyuge sobreviviente usufructúa la totalidad de los bienes y los hijos ganan la nuda propiedad de los mismos, en cuanto a la parte imputable al cónyuge fallecido”*. En la práctica, cuando el único bien es la vivienda familiar y/o unas tierras que no se van a vender, esa forma de pensar tradicional; sin embargo, la vida moderna ha impuesto nuevas circunstancias que, en ocasiones, hacen que la realidad que muestra ese testamento “normal” nada tenga que ver con lo que los cónyuges llevaban en la cabeza cuando, con su testamento notarial, ordenaron la sucesión.

¿Cuáles son esas nuevas circunstancias? En la mayoría de los casos, ahora son los padres los que ayudan a los hijos a independizarse -cuando consiguen hacerlo- y no los hijos los que hacen grande el patrimonio familiar -como sucedía cuando cooperaban en la pequeña empresa o ayudaban al padre a cultivar las tierras. Existen varias uniones que hacen que descendientes que siendo hermanos no comparten al padre o a la madre. El patrimonio familiar está atomizado.

En este panorama es conveniente plantearse: 1) ¿Quiero que prime la libertad de mi cónyuge frente a los hijos, con independencia de su

filiación?; o, 2) ¿Quiero favorecer la transmisión de los bienes a favor de mis descendientes y limitar las facultades de disposición de mi cónyuge?

En función de cuales sean las apetencias del testador la solución debería ser diferente. Es cierto que la regulación de las legítimas, en el ámbito de la mayor parte del territorio de España, supone un fuerte freno a soluciones novedosas; sin embargo, existen distintos remedios que, bien enfocados, pueden dar gusto a muchos y evitar muchos problemas.

En este contexto convendría replantearse acudir al albacea-contador-partidor, figura que haría más fluida la partición en casos en los que existan problemas entre el padre o madre sobreviviente y alguno de sus hijos. Igualmente, se muestra conveniente establecer escalonadamente la mediación testamentaria y un arbitraje testamentario; a fin de solventar los conflictos en la apertura de la sucesión y subsiguiente partición. Y, existen otros remedios tales como la delegación de la facultad de mejorar o un usufructo a favor del cónyuge con facultad de disposición viudo que superan con creces y satisfacen los intereses que pretenden cubrir quienes acuden al llamado “testamento normal”.

¿Por qué se sigue entonces haciendo el testamento normal? Partiendo de que lo mejor es enemigo de lo bueno, es cierto que más vale hacer testamento que no hacerlo; sin embargo, no todo profesional tiene la misma sensibilidad a la hora de enfocar el tema. Los remedios que planteo son más complejos y exigen una mayor reflexión que no siempre los implicados en el proceso de elaboración del testamento están dispuestos a asumir.

#### 2.11.4. La herencia del cónyuge.

Estar casado/a en régimen de separación de bienes, significa que a cada cónyuge le pertenecen los bienes que tenía antes del matrimonio y los que adquiriera después por cualquier título como donación, herencia, compraventa y además, corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de sus bienes.

Son bienes privativos de cada uno de los cónyuges:

- Los bienes y derechos que tenían antes del matrimonio,
- Los que adquiere después a título gratuito por una herencia o un legado o una donación,
- Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos,
- Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno sólo de los cónyuges,
- Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona que no son transmisibles entre vivos, el resarcimiento por daños provocados a uno de los cónyuges o a sus bienes privativos, las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor, los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante de un establecimiento o explotación de carácter común.

Los principales efectos del régimen de separación de bienes son los siguientes:

- Los cónyuges contribuyen al sostenimiento de las cargas del matrimonio y, salvo que acuerden otra cosa, lo hacen en proporción a sus respectivos recursos económicos;

- El trabajo realizado en el hogar familiar, es considerado como contribución a las cargas del matrimonio y da derecho a que se pueda reconocer a favor del cónyuge que trabaja en el hogar, una pensión compensatoria que se fijará judicialmente cuando se extinga el régimen de separación de bienes;
- Si uno de los cónyuges realiza la gestión de los bienes del otro, se entiende que actúa como un mandatario y se le puede exigir responsabilidades por esta actuación. No se rinden cuentas de la administración de los frutos o rentas obtenidos de estos bienes si se destinan al mantenimiento de la familia.
- Las obligaciones que cada uno de los cónyuges contrae son de su exclusiva responsabilidad.

Ahora bien, pasemos analizar el tema de sucesiones para establecer en qué podría afectar el régimen de separación de bienes al derecho sucesorio.

El caudal hereditario son los bienes y derechos que integran la herencia.

Una vez fallecido uno de los cónyuges se divide la herencia o bienes y derechos a heredar en 3 partes.

Dos partes integran o componen la legítima, en sentido amplio, y una tercera parte de ellos es el tercio de libre disposición.

La Legítima es aquella 'porción' de bienes de la herencia reservado a los 'herederos forzosos'.

**La legítima** 'en sentido amplio' está compuesta de las dos terceras ( $\frac{2}{3}$ ) partes del caudal hereditario:

- **El tercio de 'legítima estricta'**: es un tercio de la herencia, que ha de ir a parar a los llamados 'herederos forzosos' (determinados por la Ley).
- **El tercio de 'mejora'**, es otro tercio de la herencia (que forma parte de la legítima en sentido amplio) sobre el cual el Código Civil permite que el padre o la madre puedan disponer, de la manera que estimen oportuna, para mejorar a favor de algunos/as de sus hijos/as o descendientes (ya sean por naturaleza o por adopción).

### **Legítima de los/as hijos/as y descendientes**

Constituye la legítima de los/as hijos/as y descendientes las dos terceras partes ( $\frac{2}{3}$ ) del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes (art. 808 Código Civil).

### **Legítima del cónyuge viudo**

El/la cónyuge viudo también es uno de los/las herederos/as forzosos del/la fallecido/a, teniendo derecho al usufructo del tercio destinado a mejora si concurre a la herencia con hijos/as o descendientes.

Para tener derecho a la legítima, la Ley requiere que, a la muerte del causante el/la cónyuge superviviente esté unido a él/ella por matrimonio válido; por tanto, no perderá sus derechos hereditarios si únicamente estuviera separado de hecho. En el caso de que hubiera existido una separación judicial, tendrá derecho a la legítima si posteriormente, en vida del fallecido, hubiera habido reconciliación.

La principal particularidad de la legítima del cónyuge viudo es la de que esta legítima no es en propiedad, sino en usufructo, lo que quiere decir

que el cónyuge viudo tendrá derecho a disfrutar de los bienes que le correspondan mientras viva (derecho de uso y disfrute), pero que la propiedad sobre dichos bienes (llamada “nuda propiedad”) pertenecerá a otras personas (a los herederos correspondientes = hijos).

Los/as herederos/as podrán satisfacer al/la cónyuge su parte del usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

### **Testamento y tercio de libre disposición**

Cualquiera de los cónyuges puede en cualquier momento realizar testamento y repartir los bienes y derechos conforme a la ley.

El tercio de libre disposición puede si lo desea, dejarlo a favor de su cónyuge.

- El cónyuge supérstite tiene derecho al Usufructo = Uso de la vivienda habitual mientras viva. Los titulares del bien (o dueños) son los/las hijos/as del causante.
- Si se realiza testamento (estando en vida) puede disponer que el tercio de libre disposición quede a favor de su cónyuge.

Si tiene cualquier duda sobre este tema consulte con nosotras y estaremos encantadas de atenderle.

## **2.12. LA DONACIÓN**

Partiendo del concepto anterior, la opinión doctrinal dominante señala tres características fundamentales de la donación:

- 1ª) Es un contrato traslativo de dominio.



2ª) Es un contrato gratuito.

3ª) Solo puede comprender bienes presentes del donante.

La donación es un contrato unilateral porque las obligaciones corren única y exclusivamente a cargo del donante: Una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que esta le quede obligada.

La donación presenta como característica inmediata la de ser un contrato unilateral, y como nota mediata, la de ser un acto jurídico bilateral dado a que todo contrato es un acto de ese tipo y exige, por ende, de un concurso de dos o más voluntades.

Aclarando lo anterior conviene analizar si la donación es, más que un contrato, una liberalidad.

La liberalidad (en sentido amplio) es un acto por medio del cual una persona otorga a otra, una ventaja o un beneficio material o económico. De esta suerte, puede afirmarse que la donación es una especie de liberalidad, debido a que en ella si hay esa transmisión de la propiedad de la cosa donada, como requisito esencial.

La donación consiste en la transmisión de la propiedad de los bienes donados por el donante a favor del donatario, lo que a la vez genera un empobrecimiento de aquél y un enriquecimiento de éste, efectos motivados el primero por el segundo. Es decir, habrá donación cuando se transmita gratuitamente la propiedad de un bien del donante al donatario, de tal forma que este se enriquezca en la medida en que aquel se empobrezca; cualquier otro acto o

contrato en que no se opere este fenómeno de traslación de dominio de bienes, aunque los mismos sean gratuitos, no será donación.

El contrato gratuito es aquel en que los gravámenes corren a cargo de una de las partes, mientras que los provechos son únicamente para la otra, entonces concluimos que la donación es un contrato esencialmente gratuito. Esta idea de gratuidad no impide distinguir que entre las diversas especies que pueden darse de este contrato, puede haber donaciones puras y simples, por un lado, y donaciones onerosas por el otro. Una donación simple es aquella en la que el donatario adquiera la propiedad de la cosa donada sin que se exijan de él mayores requisitos que los de la aceptación; en cambio, la donación onerosa es aquella que se hace imponiéndose al donatario algunos gravámenes (artículo 2336).

### **2.12.1. Elementos de la donación**

#### **Elementos de existencia:**

- a) El consentimiento. Los contratos se perfeccionan si son celebrados entre personas presentes, desde el instante mismo de la aceptación y, si se celebran entre ausentes, desde el momento en que el oferente reciba la aceptación de aquel a quien propuso dicho contrato.
- b) El objeto. El contrato de donación tiene como objeto directo la creación de derechos y obligaciones a cargo de las partes; derechos del donatario a la cosa donada y obligaciones del donante de transmitir la propiedad de esa cosa y de hacer entrega de la misma.

El objeto de la obligación del donante u objeto indirecto del contrato, consiste en una prestación positiva: la dación de una cosa.

El objeto material del contrato son los bienes que comprende la donación.

En algunas legislaciones civiles, se encuentran una serie de reglas relativas a la calidad y cantidad de bienes que pueden ser materia u objeto de donación: Aquí mostramos algunos de estos casos:

- Solo pueden donarse los bienes presentes del donante, entendiéndose por tales los que existen en la naturaleza al momento de la donación.
- El donante no puede hacer donación universal de sus bienes presentes, puesto que debe conservar los suficientes para vivir.
- Los bienes o cosas donadas deben ser determinadas o determinables en cuanto a su especie.
- Los bienes deberán estar dentro del comercio. Lo que significa que deben estar en circulación comercial.
- La donación puede comprender tanto bienes muebles como inmuebles.

#### **Elementos de validez.**

a) La capacidad. La regla general en materia para contratar, es que "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

b) La forma. El contrato de donación "puede hacerse verbalmente o por escrito" según que los bienes que comprenda sean muebles o inmuebles, y según también el valor que tengan los primeros; esto es el contrato puede ser consensual o formal.

Tratándose de bienes muebles, las reglas son las siguientes:

- Si su valor es a una cuantía menor, la donación será verbal, y por tanto consensual.
- - Si el valor excede de una cuantía menor pero no asciende a una cantidad mayor, la donación debe hacerse por escrito.
- - Si excede del valor medio, la donación se reducirá a escritura pública.

Si lo que se dona es un bien inmueble; En algunas leyes civiles, se establece que la donación se hará en la misma forma que para su venta exige la ley.

### **Características**

La donación se clasifica como un contrato principal, consensual, traslativo de dominio, unilateral, gratuito, en principio irrevocable, entre vivos y, habitualmente, instantáneo y formal solemne.

Otra característica de este contrato es que el donante no será responsable de evicción a menos que se haya obligado expresamente o que la donación sea con cargo.

### **Tipos de donación**

Donación pura: es aquella que se otorga en términos absolutos.

Donación condicional: es la que depende de un acontecimiento incierto.

- Donación remuneratoria: es aquella que se hace en atención a servicios recibidos por el donante y éste tiene acción legal para

reclamarla. La donación siempre debe superar el monto del servicio.

- Donación con cargo o modo, donación modal: consiste en la imposición de gravámenes al donatario o a un tercero - estipulación a favor de terceros- como contra prestación a la donación realizada.
- Donación mortis causa: es aquella que está suspendida a un término, la muerte del donante, y generalmente se equipara a un legado o herencia. Debe ser válido el acto de donación como testamento; en caso contrario carece de efectos.
- Donación entre cónyuges o consortes: es aquella que hace un cónyuge a favor del otro, que en algunos ordenamientos (argentino) está prohibida.
- Donaciones prenupciales, antenupciales, por causa de matrimonio o *propternuptias*: son aquellas hechas entre los futuros cónyuges o por algún tercero en consideración al previsto matrimonio.

### Revocación

Las donaciones pueden ser revocadas, entre otros, por los siguientes motivos:

- Ingratitud: generalmente comprende dos causas:

1. Cuando el donatario comete algún delito contra la persona, la honra, o los bienes del donante, ascendientes, descendientes o cónyuge.
2. Cuando el donatario no presta alimentos al donante, no teniendo éste parientes que deban hacerse cargo de él, y cuando la donación se haya hecho sin cargo.
  - No cumplir las cargas o gravámenes impuestos.- El donatario debe cumplir las cargas del bien, pero al no ser obligaciones personales, al renunciar al bien, se libera de toda obligación.
  - En casos excepcionales, por desaparición del motivo que originó la donación. Por ejemplo, donaciones prenupciales.
  - También existe la revocación de las donaciones en el caso de la supervivencia o superveniencia de hijos.

### 2.13. DERECHO COMPARADO:

#### Sobre la labor del notariado.

Giménez (2001) señala: *“Al definir al notariado importa definir al notario sea que se estime al notariado como función o sea que se le considere como el grupo de quienes la desempeñan”*.

Las definiciones legales las encontramos como sigue:

“El Notariado como garantía institucional consiste en el sistema que, en el marco del notariado latino, esta ley organiza la función del notario como un tipo de ejercicio profesional del Derecho y establece las condiciones necesarias para su

correcto ejercicio imparcial, calificado, colegiado y libre, en términos de Ley”.  
(Ferrero, 1985)

El notario es “un verdadero consultor o consejero de cada parte, con atención personal y entrega cuidadosa, de forma tal que se cubran los requisitos de asesoría y consejo para cada una de las partes o solicitantes del servicio, sin descuidarlos de la contraparte, ni ser parcial contra ella, sino ejerciendo hacia ella la misma actitud, basada en lo justo concreto del caso de que se trate”.<sup>26</sup>

Posteriormente en la Ley del Notariado del Estado de Jalisco en su artículo 3º, define al notario como Profesional del derecho.

Teniendo claro que el notariado es la institución que alberga al notario y sus actuaciones. La definición legal de notario la encontramos en La ley del Notariado para el Distrito federal en su artículo 42 citándolo textualmente:

“Notario es el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

El notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos”.

Actúa también como auxiliar de la administración de justicia, como consejero, árbitro o asesor internacional, en los términos que señalen las disposiciones legales relativas.

En la Ley del notariado de Jalisco encontramos en su artículo tercero la definición textual muy similar a la anterior que dice:

”Notario Público es el profesional del derecho que desempeña una función pública, investido por delegación del Estado a través del Titular del Poder Ejecutivo, de la capacidad de formalizar y dar fe para hacer constar hechos, actos y negocios jurídicos a los que se quiera o deba dar autenticidad y seguridad jurídica.

También le faculta intervenir como mediador, conciliador o árbitro, y en concurrencia con los órganos jurisdiccionales, en el trámite de negocios de jurisdicción voluntaria y de los procedimientos sucesorios en tanto no se suscite controversia entre los interesados, en los casos en que expresamente la Ley lo autorice. El notario podrá ser depositario de bienes, disposiciones testamentarias, acciones de empresas mercantiles y de otros títulos valor, que sean consecuencia de los actos jurídicos otorgados ante él, de conformidad a lo establecido en el artículo 90 de esta Ley, y en los casos que prevea el Reglamento.”

El Código notarial de la República de Costa Rica en sus dos primeros artículos define al notariado y al notario como textualmente se invoca:

“Artículo 1°.- Notariado público El notariado público es la función pública ejercida privadamente. Por medio de ella, el funcionario habilitado asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él.



Artículo 2°.- Definición de notario público El notario público es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial.

En leyes, reglamentos, acuerdos y documentos, cuando se use la palabra notario debe entenderse referida al notario público.”

Las definiciones de los tres ordenamientos anteriores nos demuestran que para el sistema latino, el cual ha sido adoptado por aquellos países que heredaron el derecho romano, y que constituyen iguales raíces jurídicas, es decir un sistema en que el derecho debe estar a cargo de abogados apoyados en el derecho escrito. El notariado mexicano ha estado siempre presente en la consolidación de su función y justificación de su existencia, por lo anteriormente expresado referente a la asesoría en diversas materias que debe dominar, convirtiéndolo en fuente de seguridad jurídica, en esta continuidad es innegable y está reconocido en el constante batallar, el notariado latino ha logrado mantenerse a los niveles que la ley y la sociedad demanda y además mantiene el ánimo de innovarse cotidianamente, alcanzar el cambio modernista legislativo y tecnológico que el mundo actual demanda.

#### **Lo que sucede en España con la donación entre vivos:**

La elección depende de la cuantía de los bienes a transmitir y del lugar de empadronamiento.

La opción mayoritaria de transmisión de bienes es, sin duda, la herencia. Menos conocida y utilizada es la alternativa de la donación en vida, que en algunos casos puede resultar sumamente interesante. También se realiza con intermediación de un notario, pero al contrario que en la herencia, el destinatario

de los bienes donados no debe esperar a que el titular de los mismos fallezca para disfrutar de ellos.

Otra importante diferencia radica en la distinta fiscalidad de ambas opciones. Cuando se trata de patrimonios de gran cuantía, la fórmula de la donación permite fraccionar la donación y beneficiarse así de un gravamen inferior en el impuesto de sucesiones y donaciones, algo que con la herencia no es posible. La comunidad autónoma en la que estamos empadronados también determina qué opción puede ser más interesante para el consumidor: en el País Vasco, Navarra y Cantabria su aplicación depende de los gobiernos regionales, por lo que muchos contribuyentes se empadronan en alguno de estos territorios porque no se devenga ninguna cuota o porque ésta es muy pequeña.

#### Donación

- Una donación es un regalo, la cesión de una parte a otra o la disposición gratuita de una persona a otra de bienes inmobiliarios, acciones... Los destinatarios no tienen por qué ser únicamente familiares.
- Conviene que la donación se haga por escrito, y si se trata de un bien inmueble, es preciso hacerlo en escritura pública ante notario.
- La donación realizada a favor de varios hijos conjuntamente se entiende a partes iguales.

#### Consecuencias fiscales

- El donante está obligado a incluir en su declaración de la Renta la donación como si se tratara de una venta.

- El donatario deberá declarar las ventas, mientras que el donante declara "la ganancia" (el incremento de valor desde que las adquirió hasta que las donó).
- El beneficiario de la donación deberá pagar el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, al igual que en el caso de las herencias, pero con unas condiciones más duras, ya que en el cálculo de la base liquidable no se aplican las reducciones previstas por edad y parentesco, lo que da como resultado una cuota mayor. Según la legalidad vigente, un hijo que, por ejemplo, recibe de sus padres el regalo de un piso debe declararlo como donación y pagar la cantidad que le corresponda en impuestos.
- Como ventaja, la donación permite se pueda fraccionar en varias veces, consiguiendo un tipo de gravamen inferior. Las donaciones se deben separar entre si un periodo de más de tres años.
- En el caso de que los bienes cedidos generen beneficios anuales, como alquileres, también se deberán declarar en el IRPF anualmente por el donatario.
- También es posible donar sólo el usufructo de un piso y no la propiedad completa. Pero siempre mediante escritura pública. Y si el inmueble está alquilado, el donatario recibirá las rentas. Es una manera de no perder el total control sobre el inmueble y proporcionar a un hijo una fuente de ingresos mensuales o un lugar en el que residir pero que no puede vender.
- Siempre que se desee donar cantidades en efectivo, éstas deben tributar por el Impuesto de Donaciones.

- Si el bien a donar es un inmueble, el impuesto se deberá pagar en la comunidad autónoma en la que se esté ubicado. Para otro tipo de bienes, el impuesto se tributará en la comunidad autónoma donde resida el donatario.

## Herencia

Las cuestiones principales que se centran en determinar quién es el heredero y cuánto debe pagar por heredar. Las condiciones serán diferentes en función de que el fallecido haya hecho testamento y dependerán de manera directa del lugar donde tenga que pagar el impuesto.

### Hacer testamento:

- Es necesario acudir a un notario. El testador elige el destino de sus bienes, pero respetando los derechos de los herederos forzosos (hijos, o padres cuando no hay descendientes) y las cuotas mínimas que por ley les corresponden.
- Se puede revocar tantas veces como se desee, teniendo claro que el válido es siempre el último.
- Si en el testamento interviene más de una persona, su precio se multiplicará por el número de personas que lo firmen (no depende de los bienes). En ningún caso se pagan más impuestos por hacer testamento.
- El tributo se deberá pagar en la comunidad autónoma donde residía el fallecido.

**No hacer testamento:**

- La ley siempre marca el orden de los herederos en todas las comunidades autónomas, estén sometidas a derecho civil común o foral. Sin embargo, puede haber variaciones en los porcentajes que pueda corresponder a cada heredero.
- Según el derecho común, es obligatorio dejar las dos terceras partes de los bienes a los hijos.
- Los herederos en todas las comunidades a excepción de Navarra, País Vasco y Cantabria, pagarán de acuerdo a la tarifa vigente, que varía entre el 7,65% y el 34%, aunque con unos mínimos dependiendo del grado de parentesco y edad.

En el caso del País Vasco, el heredero no paga nada, al menos de padres a hijos y respetando los plazos de presentación. Como condición, tiene que haber vivido allí cinco años. En Navarra sólo se tendrá en cuenta el último año y deberán pagar el 0,8%. A medida que la herencia es mayor, la diferencia con las comunidades que tienen trasferido este impuesto es más notable.

La opción mayoritaria de transmisión de bienes es, sin duda, la herencia.

Menos conocida y utilizada es la alternativa de la donación en vida, que en algunos casos puede resultar sumamente interesante. También se realiza con intermediación de un notario, pero al contrario que en la herencia, el destinatario de los bienes donados no debe esperar a que el titular de los mismos fallezca para disfrutar de ellos.

Otra importante diferencia radica en la distinta fiscalidad de ambas opciones. Cuando se trata de patrimonios de gran cuantía, la fórmula de la donación permite fraccionar la donación y beneficiarse así de un gravamen inferior en el impuesto de sucesiones y donaciones, algo que con la herencia no es posible. La comunidad autónoma en la que estamos empadronados también determina qué opción puede ser más interesante para el consumidor: en el País Vasco, Navarra y Cantabria su aplicación depende de los gobiernos regionales, por lo que muchos contribuyentes se empadronan en alguno de estos territorios porque no se devenga ninguna cuota o porque ésta es muy pequeña.

#### **Donación.**

- Una donación es un regalo, la cesión de una parte a otra o la disposición gratuita de una persona a otra de bienes inmobiliarios, acciones. Los destinatarios no tienen por qué ser únicamente familiares.
- Conviene que la donación se haga por escrito, y si se trata de un bien inmueble, es preciso hacerlo en escritura pública ante notario.
- La donación realizada a favor de varios hijos conjuntamente se entiende a partes iguales.

#### **Consecuencias fiscales:**

- El donante está obligado a incluir en su declaración de la Renta la donación como si se tratara de una venta.
- El donatario deberá declarar las ventas, mientras que el donante declara "la ganancia" (el incremento de valor desde que las adquirió hasta que las donó).

- El beneficiario de la donación deberá pagar el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, al igual que en el caso de las herencias, pero con unas condiciones más duras, ya que en el cálculo de la base liquidable no se aplican las reducciones previstas por edad y parentesco, lo que da como resultado una cuota mayor. Según la legalidad vigente, un hijo que, por ejemplo, recibe de sus padres el regalo de un piso debe declararlo como donación y pagar la cantidad que le corresponda en impuestos.
- Como ventaja, la donación permite que se pueda fraccionar en varias veces, consiguiendo un tipo de gravamen inferior. Las donaciones se deben separar entre sí un periodo de más de tres años.
- En el caso de que los bienes cedidos generen beneficios anuales, como alquileres, también se deberán declarar en el IRPF anualmente por el donatario.
- También es posible donar sólo el usufructo de un piso y no la propiedad completa. Pero siempre mediante escritura pública. Y si el inmueble está alquilado, el donatario recibirá las rentas. Es una manera de no perder el total control sobre el inmueble y proporcionar a un hijo una fuente de ingresos mensuales o un lugar en el que residir pero que no puede vender.
- Siempre que se desee donar cantidades en efectivo, éstas deben tributar por el Impuesto de Donaciones.
- Si el bien a donar es un inmueble, el impuesto se deberá pagar en la comunidad autónoma en la que se esté ubicado. Para otro tipo de bienes, el impuesto se tributará en la comunidad autónoma donde resida el donatario.

## Herencia

Las cuestiones principales que se centran en determinar quién es el heredero y cuánto debe pagar por heredar. Las condiciones serán diferentes en función de que el fallecido haya hecho testamento y dependerán de manera directa del lugar donde tenga que pagar el impuesto.

### Hacer testamento:

- Es necesario acudir a un notario. El testador elige el destino de sus bienes, pero respetando los derechos de los herederos forzosos (hijos, o padres cuando no hay descendientes) y las cuotas mínimas que por ley les corresponden.
- Se puede revocar tantas veces como se desee, teniendo claro que el válido es siempre el último.
- Si en el testamento interviene más de una persona, su precio se multiplicará por el número de personas que lo firmen (no depende de los bienes). En ningún caso se pagan más impuestos por hacer testamento.
- El tributo se deberá pagar en la comunidad autónoma donde residía el fallecido.

### No hacer testamento:

- La ley siempre marca el orden de los herederos en todas las comunidades autónomas, estén sometidas a derecho civil común o foral. Sin embargo,



puede haber variaciones en los porcentajes que pueda corresponder a cada heredero.

- Según el derecho común, es obligatorio dejar las dos terceras partes de los bienes a los hijos.
- Los herederos en todas las comunidades a excepción de Navarra, País Vasco y Cantabria, pagarán de acuerdo a la tarifa vigente, que varía entre el 7,65% y el 34%, aunque con unos mínimos dependiendo del grado de parentesco y edad.

En el caso del País Vasco, el heredero no paga nada, al menos de padres a hijos y respetando los plazos de presentación. Como condición, tiene que haber vivido allí cinco años. En Navarra sólo se tendrá en cuenta el último año y deberán pagar el 0,8%. A medida que la herencia es mayor, la diferencia con las comunidades que tienen trasferido este impuesto es más notable.

### **La mejor opción**

Donaciones y herencias que pasan de padres a hijos:

### **En nuestra sociedad:**

- Donar bienes en vida puede ser una buena opción cuando se necesita ayudar a un hijo, pero es más caro el impuesto de donaciones que el de sucesiones.

- Para ahorrar impuestos es mejor heredar o consultar con un asesor fiscal para determinar la posibilidad de ahorrar impuestos a través de donaciones sucesivas y no una de golpe.
- Valorar las repercusiones de la donación, del donante y del donatario.

### 1.1. ANTECEDENTES.

Hay pocos estudios que se han abocado a estudiar casos como el que pretendemos desarrollar en esta investigación. La mayoría de ellos se han abocado a aspectos de carácter legal en materia de sucesiones como el de señalar vacíos, ambigüedades ineficacia de la norma, otros tienen que ver con la sucesión entre concubinos por ejemplo o en derogar el tema de los testamentos especiales. Sin embargo han sido pocos trabajos que se han asomado hacer un estudio de mayor profundidad sobre el tema de las formas de transferencia cuando el causante estando con vida opta por la donación, venta y compra simulada de sus bienes a favor de sus familiares, principalmente sus hijos, y ello trae consigo que figuras como el testamento se encuentre desplazado.

Por lo tanto, el presente tema de este trabajo parte de constatar en la realidad en que vivimos en nuestro país situaciones que viene ocurriendo como el que describimos respecto a preferir la donación entre vivos y dejar de lado la vía testamentaria como forma clásica, tradicional y de respeto a la voluntad del causante para la transmisión de la legítima, es decir de la porción indisponible a favor de los herederos.

Tratamos de hacer ver que nuestra legislación en materia de Derecho de Sucesiones tenga que estar más acorde a los acontecimientos sociales que

se muestran en nuestro país, y requerir finalmente adecuaciones o enmiendas en nuestro Código Civil.



### CAPÍTULO III

#### METODOLOGÍA

##### 3.1. DESCRIPCIÓN DEL TIPO DE INVESTIGACION

La investigación se ubica en el tipo de análisis **Jurídico-explicativo y sociológico**, pues la investigación se aboca al análisis de las características específicas y generales de la “Justicia por propia mano”.

##### 3.2. MÉTODO

La aplicación del método científico se adecua al objeto de investigación: Que sería de **tipo Cualitativo**. En el presente caso, los métodos complementarios a aplicarse serán el método dogmático y el exegético. Método fenomenológico y dialéctico-explicativo.

##### 3.3. HIPÓTESIS

### 3.3.1. Hipótesis general

.¿Por qué se incrementa la llamada “donación entre vivos” de parte de la colectividad, desplazando las vías del testamento y sucesión intestada como formas de transmisión de la herencia?

### 3.3.2. Hipótesis específica

- a. ¿Qué causas impulsan a la colectividad a preferir la “Donación entre vivos” dejando de lado o soslayando la sucesión testamentaria?
- b. ¿Qué consecuencias se destacan de estos hechos de la “Donación entre vivos” y cuál es su incidencia en la colectividad y sus probables soluciones en el ordenamiento jurídico civil de nuestro país?

## 3.4. VARIABLES E INDICADORES

### 3.4.1. Variables independientes:

✓ **Estado y Sociedad:**

**Indicadores:** Estado, Sociedad. Familia y Propiedad Familiar.

✓ **Normas Jurídicas:**

**Indicadores:** Código Civil. Código Procesal Civil. Labor notarial y Judicial.

✓ **Acción del Notariado:**

**Indicadores:** Sucesión Intestada, Registro Notarial. Registro de testamentos.

### 3.4.2. Variable dependiente

- ✓ “Donación entre vivos”.
- ✓ “Ineficacia del testamento”
- ✓ “Transmisión de la herencia”

**Indicadores:** Normatividad civil, Jueces, notarios, doctrina civil.

- ✓ **Derechos fundamentales de la persona.**

**Indicadores:** Derechos económicos, registro notarial, testamentos, donación entre vivos, justicia estatal y social.

## 3.5. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación por tratarse de un estudio de las normas civiles se ubica en el diseño cuantitativo por cuanto se desarrollará análisis comparativos, así como ejercicio de interpretación cualitativa en la doctrina y en la labor de Jueces y Notarios respecto a la Transmisión de propiedad familiar, también se tomará en cuenta la argumentación e interpretación jurídica. Los componentes de la investigación aseguran el mejor resultado científico de un académico. (Ramos, 2004)

### 3.5.1. Técnicas de instrumentos

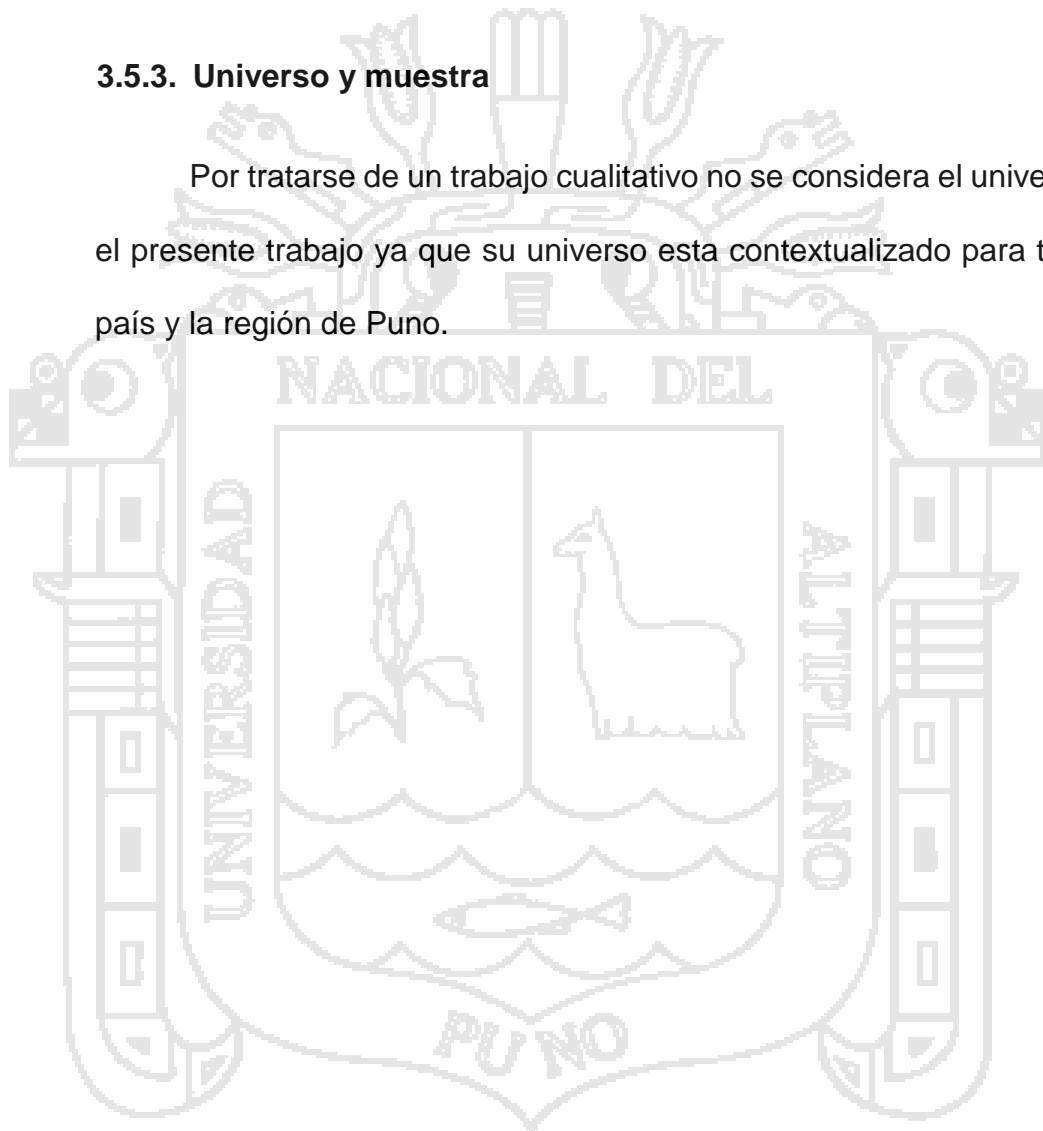
Las técnicas a aplicarse en el presente investigación serán la técnica documental, La técnica de la observación analítica pues, la indagación consistirá en la ubicación, revisión y análisis de la información documentada existentes sobre la denominada “Donación entre vivos” que se manifiestan en nuestro país y en la región Puno.

### 3.5.2. **Ámbito y tiempo**

La investigación propuesta no tiene ámbito específico de investigación, pues, por las características de las unidades materia de análisis se contextualiza en el territorio nacional y la región de Puno. El tiempo es longitudinal y abarcará los últimos 15 años.

### 3.5.3. **Universo y muestra**

Por tratarse de un trabajo cualitativo no se considera el universo en el presente trabajo ya que su universo está contextualizado para todo el país y la región de Puno.



## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS y DISCUSIÓN

#### 4.1. DONACIÓN ENTRE VIVOS

Donación entre Vivos, es el acto por el cual una persona (llamada donante) enajena una cosa, de forma voluntaria, a otra (llamada donatario) que la acepta. La donación es un acto a título gratuito pues el donante no recibe nada a cambio como contraprestación y precisa que el donatario la acepte. Según Art. 943 del Código Civil: "La Donación entre Vivos" comprenderá únicamente los bienes presentes del donante: si se extiende a los bienes futuros, será nula en este respecto.

La Donación entre Vivos, no obligará al Donante, y no producirá efecto alguno sino desde el día en que haya sido aceptada en términos expresos. La aceptación podrá hacerse en vida del donante por acta posterior y auténtica, que se protocolizará, pero en este caso la Donación no producirá efecto respecto del que la hizo, más que desde el día en que se le notifique el acta de aceptación. Según Art. 932 del Código Civil. (Armaza, 2007)



Debido a la naturaleza gratuita de la donación que empobrece al donante y enriquece al donatario, las legislaciones suelen plantear ciertos límites dirigidos a prevenir perjuicios que se puede causar a sí mismo un donante irreflexivo. Pero sobre todo, se trata de que prevalezcan frente al donatario los intereses de terceras personas que pueden verse perjudicadas por la donación, como son los herederos o los acreedores del donante. Así, el donante puede donar todos los bienes que tenga en su patrimonio siempre que se reserve lo preciso para su propia subsistencia y no perjudique a sus herederos.

No valdrá la donación entre vivos de cualquier clase de bienes inmuebles, si no es otorgada por escritura pública. Mientras la donación no ha sido aceptada y se ha hecho conocer la aceptación al donante, podrá este revocarla a su arbitrio.

#### **4.2. CARACTERÍSTICAS DE LA DONACIÓN ENTRE VIVOS**

Habrá donación cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa.

De esta definición se desprenden las siguientes características:

##### **A) Es un acto entre vivos.**

Los actos de última voluntad, llamados testamentos, tienen un régimen legal distinto.

En nuestro derecho no hay donaciones para después de la muerte.

##### **B) Obliga a transferir la propiedad de una cosa.**

Se dice que la donación transfiere la propiedad, lo que no es exacto porque el solo título no basta para producir ese efecto, sino que también es necesaria la tradición.

Solo las cosas pueden ser objeto de donación en nuestro régimen legal; si se trata de la transmisión gratuita de un derecho, habrá cesión y no donación.

### **C) La transferencia debe ser a título gratuito.**

Es decir, hay un desprendimiento de bienes, sin compensación por la otra parte.

Pero ésta no es una regla absoluta. Es posible que el contrato de donación obligue al donatario a hacer o pagar algo, sea en beneficio del donante o de un tercero.

Esto no altera la esencia gratuita del acto.

Sin embargo, a veces el cargo tiene tal importancia que la gratuidad del contrato queda desvirtuada casi totalmente; aquí se roza el problema del *negotium mixtum cum donatione*.

#### **4.3. DE LAS DONACIONES MATRIMONIALES DE UN ESPOSO A OTRO:**

Los esposos pueden hacerse donaciones recíprocamente o uno de ellos al otro, antes de contraer matrimonio, de los bienes presentes o de los que dejen a la muerte. En caso de ser alguno de ellos menor de edad les bastará que concurren al otorgamiento la persona o personas de cuyo consentimiento necesita el menor para contraer matrimonio. (Bustamante, 2010)

Toda donación de un cónyuge a otro, durante el matrimonio será nula. No se comprende en esta regla los regalos módicos que los casados acostumbran a hacerse en ocasiones de regocijo para la familia.

Las donaciones matrimoniales o entre esposos, si son de los bienes que el donante dejare al morir.

Las donaciones entre esposos no pueden exceder de la medida fijada por Ley.

Se tendrá por simulada y por consiguiente nula la donación hecha durante el matrimonio, por uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio o a las personas de quienes este sea heredero presuntivo al tiempo de la donación.

#### **4.4. DIFERENCIA ENTRE EL TESTAMENTO Y LA DONACIÓN ENTRE VIVOS**

El Testamento se diferencia de la Donación en que este surte efecto después que el testador fallece y este puede ser revocado. Mientras que la Donación surte efecto desde el momento de su aceptación y una vez hecha y aceptada no puede ser revocada.

A pesar de que existen varias diferencias entre estas dos figuras del Derecho Sucesorio, ambas encierran una similitud, que consiste en que ambas son Actos Auténticos.

Para hacer una Donación entre Vivos o un Testamento, es preciso estar en perfecto estado de razón. Pueden disponer y adquirir, bien por Donación entre Vivos o por Testamento todas aquellas personas que la Ley no declara incapacitado.

Para ser capaz de recibir entre vivos, basta estar ya concebido en el momento de la donación. Para estar en condiciones de heredar por testamento, basta estar concebido en la época de la muerte del testador. Sin embargo, cuando el niño no naciese viable, no producirán efecto ni la donación ni el testamento.

Las donaciones por contratos entre vivos o por testamento, no puede exceder de la mitad de los bienes, si a falta de hijos el donante deja uno o varios

ascendientes en cada una de las líneas paternas y maternas. Y de las tres cuartas partes, sino deja ascendientes más que en una línea.

## **SIMULACIÓN**

### **Definición**

Hay simulación cuando las partes de común acuerdo, con el fin de engañar a terceros, celebran un acto jurídico aparente que nada tiene de real o cuando ocultan el carácter real del acto que celebran, bajo una apariencia.

### **3. requisitos de la simulación**

Los requisitos de la simulación son:

- a) El acuerdo simulatorio.
- b) El fin de engañar a terceros.

### **4.5. EL ACUERDO SIMULATORIO**

Para que exista simulación es necesario el común acuerdo de todas las partes intervinientes, sobre lo que realmente quieren hacer en privado y lo que realmente quieren aparentar hacer en público

La palabra simulación proviene del latín *simulare* = fingir, hacer aparecer una cosa distinta de la realidad. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia define a la simulación como la "alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato". Agrega que simular es "representar una cosa fingiendo o imitando lo que no es".

Simular, o fingir, o aparentar, importa mentir, ya porque se quiere ocultar (disimular), en todo o en parte, una verdad, ya porque se quiere hacer aparecer

como verdad una falsedad, o ya porque se desea aparecer frente a terceros una verdad diversa de la efectiva, esto es, con una verdad aparente se disimula (se esconde) otra verdad real.

En la vida diaria, por diversas razones, el ser humano simula, miente. Simula estar enfermo para no concurrir a una cita o para evitar un castigo, simula tener talento, carácter, conocimientos con el fin de acceder a un puesto de trabajo; disimula defectos, fracasos, vicios, enfermedades, etc. Muchos sujetos son unos verdaderos artistas en la escena de la vida.

En el ámbito de los actos jurídicos, la simulación es muy frecuente. Se usa para engañar a terceros con los más diversos fines; aparentar solvencia o insolvencia económica, defraudar a los acreedores, engañar a un pariente pedigrüeno, eludir prohibiciones legales, protegerse contra la delincuencia, evitar herir susceptibilidades, evitar el pago de impuestos, beneficiar a unos hijos antes que a otros, facilitar la realización de ciertos negocios, etc.

El acto jurídico es simulado cuando las partes, con el fin de engañar a terceros, se han puesto de acuerdo (acuerdo simulatorio) para crearlo (o modificarlo o extinguirlo) con un valor aparente, destinado a no producir efectos entre ellas, sino solamente respecto a terceros, ya porque no quieren realizar acto jurídico real alguno, ya porque con la apariencia quieren ocultar la verdadera naturaleza o contenido del acto que celebran. Por ejemplo, se simula realizar una compraventa, pero en realidad no se pretende vender ni comprar, o bien se pretende donar, se simula donar a Pedro cuando en realidad el donatario es Juan; se simula vender por 100 cuando el precio efectivo es de 150.

La intención de los simulantes consiste: o bien en celebrar un acto jurídico meramente aparente que no tiene nada real, o bien en celebrar un acto real dándole una apariencia distinta para ocultarlo a la vista de los demás. De lo que se deduce que hay simulación: a) cuando simplemente se crea un acto aparente que nada tiene de real; b) cuando se encubre la naturaleza jurídica de un acto bajo la apariencia de otro (ej., la donación se encubre bajo la apariencia de una venta); c) cuando el acto contiene fechas, precios u otras estipulaciones que no son verdaderas; d) cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas ficticias, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

Por la exigencia del acuerdo simulatorio se explica fácilmente que la simulación es posible solamente en los actos bilaterales o plurilaterales, en los cuales el acuerdo se lleva a cabo entre las partes que intervienen en el acto y en los actos unilaterales receptivos, en los que el acuerdo simulatorio se produce entre el autor de la declaración y el destinatario de la misma.

#### **4.6. DOCTRINA QUE CONSIDERA A LA SIMULACIÓN COMO VICIO DE LA CAUSA DEL ACTO JURÍDICO.**

Esta doctrina considera a la simulación como una de las anomalías estructurales del acto jurídico que incide sobre la causa entendida en su doble acepción: como la función social que el acto debe cumplir y como el fin práctico que las partes quieren alcanzar. En la simulación hay una divergencia entre la causa típica de la figura jurídica utilizada y la finalidad concreta que las partes quieren alcanzar. Las partes persiguen, a través del acto jurídico, un fin disimulado, distinto de su causa típica.

Explicamos con un ejemplo: Si se concluye un contrato de compraventa real, la finalidad típica perseguida por los contratantes consiste en obtener una cantidad de dinero para el vendedor y adquirir la propiedad de un bien para el comprador (artículo 1529); en cambio, si se celebra un contrato de compraventa simulada, el fin práctico perseguido por las partes no es el de obtener una cantidad de dinero o adquirir la propiedad de un bien a título oneroso, sino que puede consistir en sustraer el bien a la acción del acreedor del simulado vendedor, o evitar ser víctima de la delincuencia, o librarse de los requerimientos de terceros para que les transfiera el bien, o transferir el bien a título gratuito, etc. En el acto simulado hay una causa fin ficticio (la causa típica) y una causa fin real (la finalidad concreta).

Los simulantes quieren y tienen conciencia del acto que realizan, pero lo usan solamente como instrumento para conseguir un fin diverso de aquél que constituye su causa típica. La finalidad real o subyacente puede afectar a la naturaleza del acto o a cualquiera de sus elementos: a las partes, al objeto, a las modalidades, a los gravámenes, etc. Esta finalidad subyacente es de índole diversa, por ejemplo, evitar la malsana curiosidad ajena, evitar que el acreedor realice los bienes de su deudor, favorecer con un acto de liberalidad a determinada persona, eludir una prohibición legal, evadir o reducir el pago de impuestos, etc. En efecto, nadie crea una apariencia de acto jurídico así porque sí, sin perseguir alguna finalidad, sino que lo hace con el propósito de obtener algún resultado específico. La simulación, sea total o parcial, afecta siempre a la causa del acto jurídico.

#### 4.7. EFECTOS ENTRE SIMULANTES Y TERCEROS

Recordemos quiénes son partes y quiénes terceros en un acto jurídico. Son partes los que intervienen en su celebración, por sí o mediante representante, constituyéndose una en sujeto activo y otra en sujeto pasivo de la relación jurídica creada, o de la relación preexistente modificada, regulada o extinguida.

Terceros son aquellos que no han tenido participación en la celebración del acto jurídico, ni por sí ni mediante representante, y, por consiguiente, no pueden gozar ni sufrir sus efectos. Los terceros y sus herederos no son parte, activa ni pasiva, de la relación jurídica creada con el acto jurídico. Los terceros pueden ser absolutos o relativos. Los primeros no tienen relación jurídica de ninguna clase con los que son partes en el acto jurídico, por lo que sus efectos no les pueden tocar para nada; los terceros relativos son aquellos ajenos a las partes del acto jurídico, pero que pueden ser alcanzados, positivamente o negativamente, por sus efectos, por ejemplo, el comprador de un bien arrendado, si el arrendamiento está inscrito, debe respetar el contrato convenido por su vendedor con un tercero; el acreedor afectado por el acto de disposición realizado por su deudor con un tercero, puede impugnarlo vía acción pauliana, etc.

El testaferro tampoco es parte, sino tercero, de la relación jurídica creada con un acto simulado, desde que todos los derechos u obligaciones que recibe aparentemente, se reputan adquiridos directamente por la parte oculta, quien en realidad será la verdadera propietaria, poseedora, acreedora, deudora, etc. El prestanombre no es sujeto activo ni pasivo de la relación jurídica creada, o modificada o extinguida.



Con referencia al acto simulado, los terceros relativos son los causahabientes de una de las partes del acto simulado. Ellos se distinguen en terceros adquirentes (de una de las partes simulantes) de derechos o garantías reales sobre los bienes materia del acto simulado y terceros acreedores. Los unos o los otros pueden ser adquirentes o acreedores del simulante enajenante (titular efectivo) o del simulante adquirente (titular aparente). En la simulación de persona, el titular aparente es el testafierro y el titular efectivo podrá ser o el enajenante (si la enajenación es inválida) o el adquirente disimulado (si la enajenación es válida).

Las relaciones entre simulantes y terceros se basan en el principio de la inoponibilidad de la simulación por los simulantes a los terceros de buena fe. La simulación, mientras no sea descubierta, es irrelevante para los terceros. Por principio, el acto simulado es válido y eficaz frente a los terceros. Si la simulación es relativa, descubierto el velo que ocultaba el carácter real del acto, será indudablemente este carácter, antes oculto y ahora notorio, por el que se rigen no solamente las partes, sino también los terceros.

#### **4.8. EFECTOS ENTRE SIMULANTES Y TERCEROS ADQUIRENTES DEL TITULAR APARENTE**

La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derecho del titular aparente.

La fuente es el artículo 1097 del C.C. de 1936 que dice: "Si la persona favorecida por la simulación ha transferido a otro sus derechos, la acción contra el tercero será admisible si la transmisión tuvo lugar a título gratuito. Si la transmisión se

operó a título oneroso, la revocación solo será posible, si el sub-adquirente obró con mala fe".

El tercero que adquiere derechos del titular aparente será de buena fe si al tiempo de la adquisición ignoraba la simulación, ni estaba en la posibilidad de conocerla observando una normal diligencia; caso contrario, es de mala fe. La buena fe se presume (se presume que el tercero adquirente no sabía de la simulación, ni podía conocerla) y quien la niegue debe probarla.

Cuando el tercero adquirente es de buena fe, hay que distinguir si la adquisición lo hizo a título oneroso o gratuito.

Ninguno de los simulantes, ni el titular aparente, ni el efectivo, ni sus herederos, ni sus acreedores, aunque estos resulten perjudicados, puede oponer la simulación a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente. Por el principio de seguridad jurídica, quien es causahabiente del titular aparente por haber adquirido, de buena fe y a título oneroso, derechos o garantías reales sobre los bienes que fueron objeto del acto simulado, está plenamente protegido por el beneficio de la inoponibilidad de la simulación, aun cuando el acto simulado haya sido declarado nulo.

La simulación en nuestro Código constituye pues un acto nulo o anulable, según fuere presumida por la ley, o el acto esté viciado de simulación. Conviene recordar que "la buena fe de los terceros" está protegida por nuestro Código Civil

#### **4.9. CASOS DE SIMULACIÓN Y DE DONACIÓN ENTRE VIVOS.**

.Ej. "A" vende simuladamente un inmueble a "B" y este le otorga un contradocumento; y "B" a su vez vende "a un tercer adquirente de buena fe", ese

acto será válido, pues el contradocumento solo producirá efecto entre las partes y el propietario original "A", no tendrá derecho a la acción reipersecutoria y sí un crédito por daños y perjuicios emergentes del acto formalizado por B con el tercer adquirente de buena fe.

Ej. de Simulación relativa: La supuesta venta de la cosa por A, a B, cuando en realidad el acto es una "donación" encubierta, pero como A no tiene herederos forzosos, al disponer A de la totalidad de sus bienes, no habrá perjuicio legal para sus parientes y en consecuencia, ese acto no podrá ser anulado.- Pero si simulo una DONACIÓN, haciéndolo aparecer como una VENTA, para eludir el pago de mi deuda, ese acto aparente configurará "una simulación absoluta y está sujeta a anulación", siempre que "el tercero" sea cómplice del supuesto del acto oneroso.

Es muy frecuente que los padres se planteen en algún momento de su vida transmitir ciertos bienes inmuebles a sus hijos. Su intención es transmitirlos los bienes, con independencia, en principio, de cómo los transmitan. Normalmente me plantean: "*¿cómo resulta más económico, por compraventa o por donación?*".

En este momento, hay que advertir que si media precio, estamos ante una compraventa, mientras que si lo que pretenden es transmitirlo gratuitamente, la verdadera intención de ellos, es formalizar una donación. Y si se formaliza una compraventa, hay que hacer constar en la escritura el modo de satisfacer el precio, si es en efectivo metálico, si por transferencia, cheque u otro título valor se deben acreditar los medios de pago.

Para poder asesorar debidamente, hay que enfocar la cuestión, no sólo desde el punto de partida, sino también desde las consecuencias de una u otra opción.

En el supuesto de que los hijos estén casados en régimen de gananciales, ¿para quién quiere que sea lo que le transmita: para su hijo sólo, o para el matrimonio?

En caso de **donación al hijo**, aunque esté casado en régimen de gananciales, lo donado es privativo del donatario (del hijo que adquiere).

Sin embargo, en el **supuesto de compraventa**, en principio sería ganancial (del matrimonio), porque las rentas del trabajo son gananciales y porque los bienes existentes en el matrimonio se presumen gananciales mientras no se acredite la privatividad. Y digo que “en principio” son gananciales porque hay formas de probar y lograr que lo adquirido mediante compraventa por un cónyuge en régimen de gananciales sea privativo.

Así, si un cónyuge dispone de dinero privativo, porque se lo han donado por ejemplo, compra un bien y pretende que sea privativo, el cónyuge del adquirente debe acudir también al notario en el momento de la venta para “declarar” el carácter privativo del dinero con el que se está comprando (el bien sustituye al dinero privativo). No obstante, hay dos excepciones: no se puede hacer uso de la “**privatividad por confesión**” para burlar los derechos de los acreedores del confesante ni de los herederos forzosos; es decir, que si el matrimonio dispone de efectivo metálico y uno de los cónyuges tiene deudas, no cabe comprar a nombre del solvente y declarar que el dinero es de él para proteger los bienes adquiridos (evitando así el ser perseguidos por los acreedores del deudor), ya que de esta forma la confesión no produce efectos. Y lo mismo respecto de los herederos forzosos (hijos, padres y cónyuge en sus respectivos casos).

Distinto es que se acredite la propiedad exclusiva del dinero con el que se adquiere, mediante un documento público. Pongamos el caso de que yo recibo

por herencia de mi padre treinta mil euros, se formaliza la escritura de herencia, e inmediatamente después, con el dinero recibido, compro ante notario una plaza de garaje. En este caso, como el dinero heredado era privativo, el garaje es también privativo. Debemos tener presente estas consecuencias.

#### **4.10. FORMALIZAR COMPRAVENTA O DONACIÓN TAMBIÉN ACARREA OTRAS CONSECUENCIAS.**

Así, si los padres donan un bien, salvo que manifiesten lo contrario, lo donado se considera colacionable. Por otro lado, la donación se presume hecha siempre en fraude de acreedores, y no admite prueba en contrario

En estos momentos de dificultad económica, es frecuente que lo que determine una u otra opción sean los costes que acarrear las operaciones, pero hay que informarse de dónde nos puede llevar.

**Lo cierto, lo que prima es la intención de reducir costos, sobre todo fiscales.** Siempre que se formalicen en escritura pública ante notario, de modo que para el adquirente, en estos casos resulte más favorable fiscalmente la donación que la compraventa.

Fuera de esos supuestos – en España- en determinados territorios y aquellos en los que la donación está bonificada, suele resultar menor el tipo impositivo que se aplica a la compraventa que a la donación. Así, la compraventa tributa, según las comunidades autónomas entre el 7 y el 10% dependiendo de la cuantía, mientras que en las donaciones a descendientes, el margen oscila entre el 7,65% y el 34%.

Ahora bien, si lo que verdaderamente pretendemos –y prácticamente hacemos– es una donación, y para ahorrar impuestos firmamos una escritura de venta, debe tenerse presente que el Tribunal Supremo (sentencia 11-01-2007, reiterada

posteriormente) ha declarado la nulidad de la donación disimulada bajo la forma de compraventa, y exige para la validez de la donación que la escritura sea precisamente de donación, y no de compraventa.

El que transmite debe tributar en renta por la ganancia patrimonial, en su caso, y abonar al Ayuntamiento la conocida como “Plusvalía” en caso de venta, si es donación, la plusvalía municipal la debe pagar el adquirente.

Sí, aunque resulte curioso (no sólo en caso de venta, sino también cuando el padre dona a su hijo), además de reducir su patrimonio, tiene que tributar por la supuesta ganancia patrimonial. Es la llamada “Plusvalía del Donante”. El porcentaje que se abona depende de la fecha de la adquisición y es menor cuantos más años haya sido propietario.

Pero es más, las ganancias patrimoniales derivadas de la compraventa puede compensarlas el vendedor con las minusvalías generadas durante ese ejercicio fiscal y los cuatro posteriores, mientras que no se admite actualmente esa compensación para el donante.

Sin embargo, la plusvalía municipal, es mayor en cuantos más años haya sido propietario, determinándose sobre la base del valor catastral.

En caso de transmisión *mortis causa* de determinados bienes (como la vivienda habitual), dado que actualmente no se somete a tributación la que se conoció como “plusvalía del fallecido”, que los beneficios fiscales suelen ser mayores en el Impuesto de Sucesiones que en el de Donaciones, y que también suelen establecer beneficios fiscales los ayuntamientos en “Plusvalía Municipal”, de no existir otras razones que justifiquen la transmisión entre vivos, lo más favorable fiscalmente es heredar, y si se pretende determinar los bienes que han de heredar cada uno de los hijos, lo más conveniente es otorgar ante notario un

testamento particional. De optar por la donación no debe olvidarse que esta debe formalizarse necesariamente en escritura pública de donación; no valen documentos privados.

De formalizarse una compraventa, y probarse que en realidad hubo una donación (porque no se pagó precio), la oficina liquidadora correspondiente podrá girar la oportuna liquidación complementaria.

#### **4.11. ASPECTOS CONTROVERSIALES**

En definitiva lo que se tiene es que por un lado tenemos en la figura de testamentos, aquellos llamados especiales que no se ajustan a la realidad social en que vivimos, y por lo tanto deben ser derogados. Por otro lado en el caso de los testamentos ordinarios, la figura de los testigos testamentarios está en desuso y complican el otorgamiento de los testamentos, por la excesiva formalidad que está establecido por Ley, estas dificultades hacen que sean poco recurrible por parte de los usuarios a utilizar los tipos de testamentos establecidos por la Ley, ya que en un mundo caracterizado por el corto tiempo, por la simplificación, resulta obstaculizante y a veces adverso la recurrencia a la figura de testamentos que ello crea el escenario propicio para que se produzca recurrir a la Donación entre vivos y a las diversas formas de simulación.

Por otro lado tenemos, que es necesario una actualización de Nuestro Código Civil, a la luz del Derecho Comparado, puesto que como se ha pretendido demostrar en el presente trabajo, el derecho debe estar acorde a las realidades sociales, y una distorsión de nuestra realidad social ante la ley, es la recurrencia justamente de la donación entre vivos, que no se ajusta a la era informática y tecnológica que vivimos en el siglo XXI, y ese es el caso de la

exigencia por ejemplo de que los testamentos por Escritura Pública deben ser redactados de puño y letra, lo que no es concordante con la realidad.

### CONCLUSIONES.

- En los últimos años la recurrencia a optar por la donación entre vivos, se ha intensificado, a nivel nacional, puesto que los padres han visto una forma oportuna, directa y previsoras el de recurrir por simulación a esta figura y dejar de lado las formas testamentarias, como se solía recurrir hace algunos años. Estas donaciones y transferencias de inmuebles a través de la donación o compra venta ficticia, ha permitido que se desnaturalice la figura de la herencia una vez que el titular del bien o testador, fallezca y deje a sus herederos. A pesar de que existe la sucesión intestada que es la otra forma de que los herederos recurran una vez fallecido los padres a seguir un proceso sucesorio, ésta tampoco no es recurrible como lo es la donación entre vivos o transferencias en simulación de la propiedad inmueble.
- Las causas para que se recurre a la donación entre vivos, o la simulación de venta del bien inmueble, son básicamente: La de que la institución de los testamentos ha llegado a una crisis, ello implica que figuras como el albacea casi ya no existan en la actualidad. Por otro lado hay causas económicas, en



este tiempo los hijos tienen necesidades más inmediatas y no pueden esperar hasta que el padre fallezca para poder acceder a la herencia. Así mismo como una tercera causa se tiene la cultura transgresora del peruano, que “hecha la ley hecha la trampa”, es decir que se recurre a torcer la Ley, hacerla más acorde a sus intereses y necesidades.

- Las consecuencias que ocasiona este tipo de prácticas jurídicas, es que se desnaturaliza la institución llamada sucesiones, que desde el Derecho Romano, cumplía la función de preservar generacionalmente los bienes en línea recta de padres a hijos. Por otro lado, se incumple la Ley, es decir que las normas sucesorias estaban expedidas para cumplirse, pero recurriendo a prácticas como las mencionadas, abiertamente se incumplen con ellas, dejando un mal precedente en la cultura de la legalidad. Otra consecuencia, es que se empuja con ésta prácticas a que no sea eficaz, la normatividad sucesoria, y se tenga tarde o temprano que reestructurar la institución de las sucesiones en nuestro Ordenamiento Civil peruano.



## RECOMENDACIONES

- Una primera recomendación, está vinculada a la parte normativa, por el cual se requiere actualizar todo el capítulo del derecho de sucesiones Código Civil, el mismo que debe de tener modificaciones en cuanto a los testamentos, por ejemplo debe derogarse los testamentos como el militar, marítimo, debe actualizarse la figura del Albaceas, así como debe buscarse un mecanismo que permita que el testador pueda en forma adelantada transmitir su propiedad, en el caso de poseer legítima, a fin de que no se produzca la recurrencia a la simulación de compra venta, o la donación entre vivos. De la misma manera debe actualizarse la figura de sucesión testamentaria en lo que respecta a los tipos de testamentos buscando que sea acorde a la realidad social que se vive en el Perú.
- La segunda recomendación tiene que ver con la toma de conciencia del ciudadano peruano, que está más alejado de una cultura de legalidad y recurre más a torcer la ley, es por ello que a sabiendas que no es lo correcto

recurrir a la simulación de venta, lo hace, así como a la figura de donación entre vivos, con el fin de evitar esperar la muerte del testador para ejecutar la transmisión de herencia a favor de los herederos. Esta situación que se ha vuelto una constante en el Perú, pasa por la ausencia del respeto a la legalidad y más bien a pragmatizar las frases: “Hecha la ley hecha la trampa”, “Hay que sacarle la vuelta a la ley”. Se Requiere para ello emprender verdaderas campañas de respeto y cumplimiento der la Ley, que tendrá que hacerse en el marco de la educación en nuestro país.

- Por otro lado, recomendamos, que existe un mayor control y sanción en casos que la recurrencia a la donación entre vivos o a la recurrencia de la simulación de compra y venta sea en forma dolosa, abusiva, y favoreciendo a una de las partes, o también para evadir impuestos y obligaciones con el Estado. Allí debe existir mecanismos que permitan detectar estas acciones poco éticas y se les aplique una sanción, ejemplar a los mismos. Hecho que debe alcanzar a los propios Notario dentro de sus funciones, a fin de garantizar la legalidad y el correcto cumplimiento de la Ley.



## BIBLIOGRAFÍA

- Armaza Gáldos, J.. (2001). *Derecho sucesiones*. Parte General. Arequipa: Adrus.
- Armaza Gáldos, J. (2007). *Derechos Sucesiones*. Sucesión Testamentaria. Arequipa: Adrus.
- Alexy, R. (1993). *Órdenes del Derecho*. Madrid, España: Justus.
- Arias Schreiber, M. (1996). *Exégesis*. Tomo II. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Brugi, B. (1946). *Instituciones de Derecho Civil*. Trad. de la cuarta ed. italiana por Jaime Simo Bofarull, México.
- Betti, E. (1943). Teoría general del negocio jurídico. *Rev. de Derecho privado*, Madrid, España.

- Bustamante Oyague, E. (2010). *Registro nacional de identificación Civil*. Lima, Perú: Reus.
- Calderón Puertas, C. (2011). *Observatorio del Derecho civil*. (Volumen VI). Lima, Perú: Motivensa.
- Castillo, M. (2007). *La transferencia de propiedad inmueble en el Perú y la seguridad jurídica*. Lima, Perú: Palestra.
- Carrión Ordoñez, E. (2008). *Derechos Sociales y Culturales*. Lima, Perú: Ediciones de la PUCP. Ensayos interculturales.
- Cervantes Anaya, D. (2002). *Manual de Derecho administrativo*. Lima, Perú: Edit. IDEMSA.
- Código Civil Comentado*. (2004). Edición sumillada y ampliada. Lima, Perú: Edit. Grijley.
- Comisión Andina de Juristas. (1999). *Gente que hace justicia: La justicia de Paz en la sociedad*. Lima, Perú: CAJ.
- De la Puente, M. (1984). *El contrato en general*. (Tomo I y II). Lima, Perú: PUCP.
- Devis Echandia, H. (1938) Simulación. Nulidad. Inexistencia de las sucesiones. *Rev. Jurídica, órgano de la Sociedad Jurídica de la Facultad Nacional de Derecho, año XXX, No 247 y 248*, Bogotá, Colombia.
- De Cossio, A. (1997). *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Alianza Editorial.
- Demogue, R. (1923) *Tratado de las obligaciones en general*. trad. (Por Emilio F.). París, Francia.
- Forno, H. (1993). El contrato con efectos reales. *Ius et Veritas*. 4, 7. Lima, Perú.

- Ferrero Costa, A. (1985). *Derechos de Sucesiones*. Lima, Perú: JV.
- Ferrara, F. (1926). *La simulación de los negocios jurídicos*. Madrid, España.
- Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. p. 121.
- Fernández Sessarego, C. (1984). *La persona en la doctrina jurídica*. Lima, Perú: Edit. Fondo editorial Universidad de Lima. Perú.
- Giménez Arnau, E. (2001). *Características del Derecho Notarial*. Madrid. España: Edic. Parternón.
- Lanatta R. (1991). *Derecho de Sucesiones*. Lima, Perú: Edit Universo.
- Legaz y Lacambra L. (1979) "Filosofía del Derecho". Edit Universo. Mexico.
- Santoro Passarelli, F. (1964). *Doctrinas generales del Derecho civil*. Madrid.
- Stolfi, G. (1959). Teoría del negocio jurídico, *Rev. de Derecho Privado*, Madrid.
- Ramos Núñez, C. (2004). *Como hacer una tesis de Derecho y no morir en el intento* (5ta ed.). Lima. Perú: Grijley
- Messineo, F. (1979). *Manual de Derecho civil y comercial*. trad. de Santiago Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires.
- Torres, M. (2002). *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima, Perú: Grijley.



**Anexo 1.** Ficha de observación

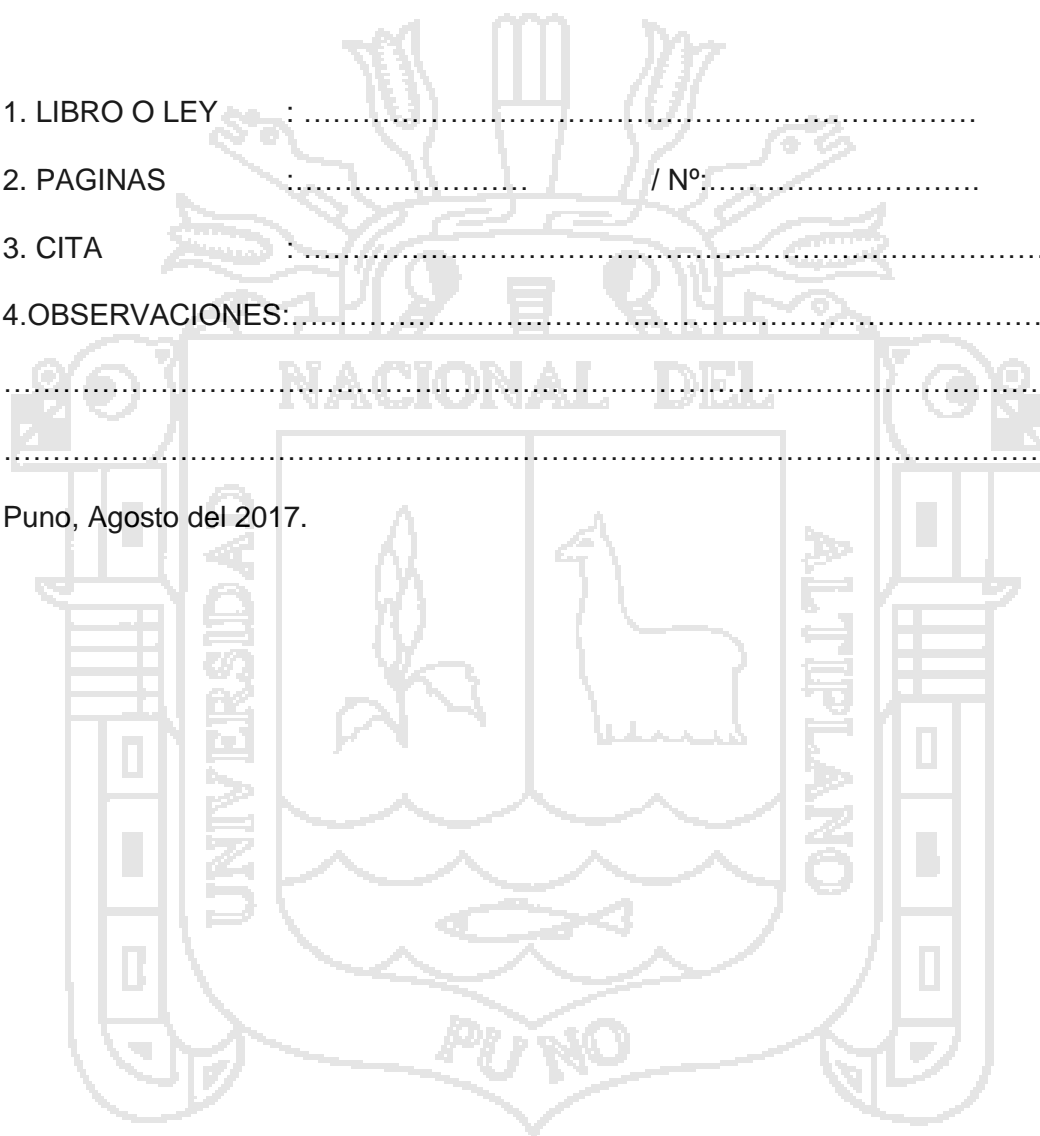
“LA DONACIÓN ENTRE VIVOS Y EL DESPLAZAMIENTO DE LOS TESTAMENTOS EN EL PERÚ”

**IDENTIFICACIÓN DE NORMAS.**

CRITERIOS DE INVESTIGACIÓN.

- 1. LIBRO O LEY : .....
  - 2. PAGINAS : ..... / N°:.....
  - 3. CITA : .....
  - 4.OBSERVACIONES:.....
- .....
- .....

Puno, Agosto del 2017.





Anexo 2. Matriz de consistencia.

Planteamiento del Problema	Hipótesis	Objetivos	Variables	Indicador	Métodos	Técnicas	Instrumentos
¿Cuál son las causas para dejar de lado la transmisión de herencia vía testamento y preferir la donación entre vivos, así mismo cuáles son sus consecuencias?	Por qué se incrementa la llamada donación entre vivos” de parte de la colectividad, desplazando las vías del testamento y sucesión intestada como formas de transmisión de la herencia?	Objetivo General. Conocer las causas del la gente por qué la prefiere la donación entre vivos y no acudir a la transmisión de herencia vía los testamentos. Señalar las diferencias entre ambas formas, y determinar sus consecuencias, como sus alternativas de solución.	VARIABLE INDEPENDIENTE. Estado y Sociedad: Normas Jurídicas: Acción del Notariado: VARIABLE DEPENDIENTE “Donación entre vivos”. “Ineficacia del testamento” “Transmisión de la herencia.”	Derechos económicos, registro notarial, testamentos, donación entre vivos, justicia estatal y social. Código Civil. Código Procesal Civil. Labor notarial y Judicial.	Cualitativo, Exegético, Dogmático, Analítico.	Observación Interpretación., y Argumen tación.	Fichas de Observación,

**Anexo 3.** Ficha de observación para textos.

**FICHA DE OBSERVACIÓN PARA TEXTOS.**

Libro:.....

Página:.....Editorial:.....

Fecha:..... Otro:.....

OBSERVACIONES:.....

Puno, Agosto del 2017.



**Anexo 4.** Modelo de escritura de donación entre vivos

ACTO NUMERO: \_\_\_\_\_

En la ciudad de Santiago de los Caballeros, Municipio y Provincia de Santiago, República Dominicana ,A los dos (2) días del mes de enero, del año mil novecientos noventa y siete (1997), por ante mí, **LICENCIADA AMARILYS B. PAYAMS TAVAREZ**, Abogado, Notario Público de los del Número para el Municipio de Santiago de los Caballeros, con estudio profesional abierto en la calle General Cabrera, No.62, Edificio Báez Álvarez, segunda planta, de esta ciudad de Santiago de los Caballeros, asistido de los testigos que serán nombrados al final del presente acto, comparecieron personalmente el señor **ALFREDO POLANCO**, dominicano, mayor de edad, casado, abogado, domiciliado y residente en Monte Adentro, Santiago, portador de la cedula de identidad y electoral número 031-0041860-1, en representación del señor **RAMON ANTONIO BETANCES ROSARIO**, dominicano, mayor de edad, casado, agricultor, domiciliado y residente en la Comunidad de Monte Adentro, de esta ciudad de Santiago, portador de la cedula de identidad personal número 22869, serie 31, persona a quien doy fe conocer, y me declara, libre y voluntariamente, lo siguiente: Que por medio del presente acto el compareciente señor, **ALFREDO POLANCO** en representación del señor **RAMON ANTONIO BETANCES ROSARIO** en completo estado de razón y conforme y entera voluntad, hace **DONACION ENTRE VIVOS**, desde ahora y para siempre, en favor de también compareciente **DOMINGO ANTINOE PEYANS ROSARIO**, portador de la cédula de identidad y electoral número 095-0004390-7, **DIGNA ELENA PAYAMS ROSARIO**, portadora de la cédula número 095-0004788-2, **LUIS RAFAEL GERONIMO ROSARIO RIVAS**, portador de la cédula número 095-0004498-8, **ALBANIA ALTAGRACIA PPAYAMS ROSARIO**, portador de la cédula número 095-0011329-6, **ANTONIO ANIBAL PEYAMS ROSARIO**, portador de la cédula número 095-0004389-9, por sí y en representación de la señora **MARIA DOLORES ROSARIO VDA DE PAYAMS**; todos dominicanos, mayores de edad, domiciliados y residentes en la carretera Don Pedro, Licey Arriba, Santiago, Quienes declaran aceptar el bien inmueble que se describe a continuación:

UNA PORCION DE TERRENOS DENTRO DE LA PARCELA NUMERO 2719, DEL DISTRITO CATASTRAL NUMERO 11, DEL MUNICIPIO Y PROVINCIA DE SANTIAGO, PARTE ATRAS, CON UNA EXTENSION SUPERFICIAL DE OCHOCIENTOS VEINTE Y OCHO (828) METROS CUADRADOS, LIMITADA: AL NORTE: P. No.2634, Y UN CALLEJON, AL ESTE: RESTO DE LA PARCELA NUMERO 2719, AL SUR: P. No.2718, AL OESTE: P. NUMERO 2718; la cual será á distribuida de la siguiente manera: para los señores DOMINGO ANTINOE PAYAMS ROSARIO, DIGNA ELENA PAYAMS ROSARIO, ANTONIO ANIBAL PAYAMS ROSARIO, MARIA DOLORES ROSARIO VDA. PAYAMS le Corresponde para cada uno CIENTO VEINTE Y CINCO PUNTO SEIS (125.6) METROS CUADRADOS, y para los señores LUIS RAFAEL GERONIMO ROSARIO RIVAS Y ALBANIA ALTAGRACIA PPAYAMS ROSARIO, le corresponde únicamente CIENTO VEINTE Y CINCO PUNTO SEIS (125.6) METROS.

Sigue al dorso

EL DONANTE justifica sus derechos sobre el inmueble objeto de la presente DONACION mediante la presentación del Certificado de Título Número 138, libro numero 544, folio número 207, de fecha 1 de agosto del año 1995. Queda expresado que dicho documento es con la finalidad de cumplir con el acuerdo realizado entre el señor ALFREDO POLANCO y los señores antes mencionados, donde, éstos se comprometieron a trasladar sus casitas a la porción Donada, en un plazo de dos (2) días, según acuerdo establecido en fecha siete (7) del mes de octubre del año 1996, instrumentado por el LICENCIADO ARNALDO GOMEZ SALCEDO, representante legal de los donatarios. HECHO Y PASADO EN MI ESTUDIO, el día, mes y año antes indicados, acto que he leído a las comparecientes, en presencia de los señores ELVIS DOMINGUEZ Y PATRICIO RODRIGUEZ, ambos dominicanos, mayores de edad, solteros, domiciliados y residentes en esta ciudad, abogados, respectivamente, portadores de las cédula número 040(c) 0004851(c)4 y 031(c) 0216447(c)6; testigos instrumentales requeridas

DONACION-CONTINUACION. -----

Al efecto, libres de las tachas y excepciones que establece la Ley, personas a quienes también doy fe conocer, quienes después de aprobarlo, comparecientes  
y

Testigos, lo han firmado y rubricado junto conmigo y ante mí, notario infrascrito que CERTIFICO Y DOY FE.

\_\_\_\_\_  
ALFREDO POLANCO DOMINGO ANTINOE PAYAMS ROSARIO

Compareciente Compareciente

\_\_\_\_\_  
DIGNA ELENA PAYAMS ROSARIO ANTONIO ANIBAL PAYAMS ROSARIO

Por sí y en representación de

MARIA DOLORES ROSARIO VDA. PAYAMS

\_\_\_\_\_  
LUIS R. GERONIMO ROSARIO RIVAS ALBANIA ALTAGRACIA PAYAMS  
ROSARIO

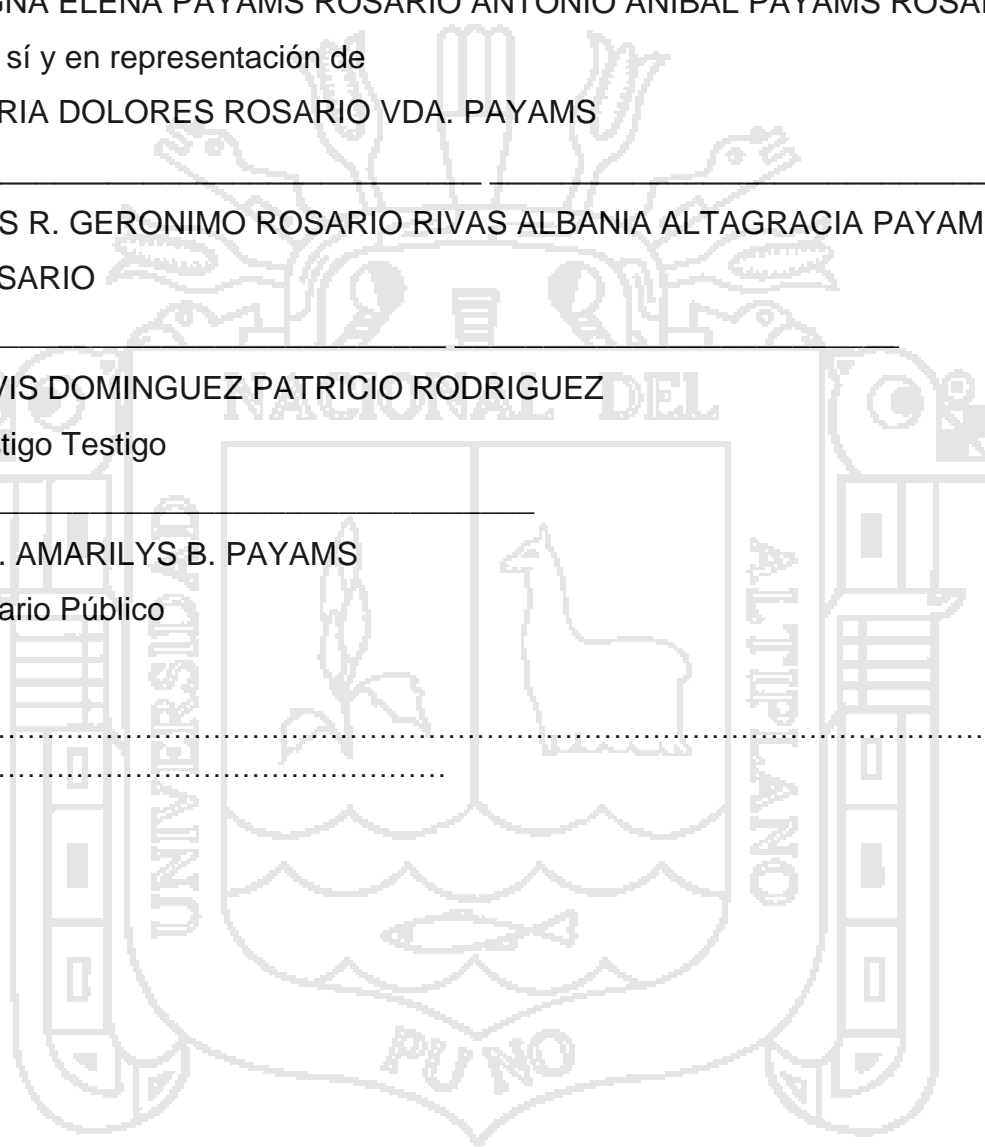
\_\_\_\_\_  
ELVIS DOMINGUEZ PATRICIO RODRIGUEZ

Testigo Testigo

\_\_\_\_\_  
LIC. AMARILYS B. PAYAMS

Notario Público

.....  
.....



**Anexo 5.** Proyecto de Ley**PROYECTO DE LEY**

Que: Deroga los tipos de testamentos especiales, suprime la participación de testigos, y el suscribirlos con puño y letra los testamentos.

**1.- Exposición de motivos.**

El Actual Código Civil que se ha promulgado y puesto en vigencia en el año 1994, y continúa vigente con muchas modificaciones, actualmente tiene que continuar modificándose, en razón de que ha quedado en desuso ciertas figuras normativas como en el presente caso, en el Libro de Sucesiones, referido al tema de los testamentos. En tal sentido la realidad se ha impuesto puesto que no solamente ya no tienen sentido hablar por ejemplo de los testamentos especiales, como son el Militar, el Marítimo porque no se ajustan a la realidad, y dadas las circunstancias, y las formas de cómo se desarrollan, en tal sentido se hace poco accesible o dificultosamente accesible materializarlo, en posible que en su momento haya podido tener vigencia, pero ahora tiene poco sentido material. Más aún cuando la gente recurre más a la forma de Sucesión Intestada, es decir que resulta menos oneroso, cómodo y factible recurrir a este tipo de sucesión y optar como es la finalidad del presente trabajo por la donación entre vivos, para transmitir la herencia o los bienes de los padres hacia los hijos. Por lo tanto los artículos que corren del 712 al 720 del Código Civil que comprenden tanto los testamentos de tipo militar y marítimo, deben de ser derogados.

Por otro lado la figura de los testigos testamentarios que se tienen que presentar bajo las formalidades de ley sin impedimento alguno en los testamentos por Escritura Pública y Testamentos Cerrados, consideramos que es innecesario ya que dificulta más los requisitos que se requieren para que los testamentos funcionen y se validen debidamente, siendo solamente necesario que se esté ante el Notario Público como es el caso del Testamento por Escritura Pública, y en el caso del Cerrado, que se entregue ante la autoridad, sin necesidad de estar acompañado de los testigos mencionados. Este aspecto coadyuvaría a que los testamentos se otorguen de manera más simplificada, rápida y no se tenga que reunir a dichos testigos para su validación y formalidad legal. Por lo que se debe modificar los artículos que establecen la participación de los testigos testamentarios, como son los Arts. 704 hasta el 706 del Código Civil.

En tercer lugar, se debe suprimir el Art. 696 inciso 3) del Código Civil que establece que para el otorgamiento del Testamento por Escritura Pública se debe escribir con puño y letra, lo que consideramos que ya no es correcto para estos tiempos en el siglo XXI, donde la era digital y las redes sociales, con el internet y la tecnología informática ha avanzado notablemente, y por lo tanto ya no son tiempos en que se le daba valoración al escribir de puño y letra, que pertenece más al tiempo de los escribanos que deviene desde la colonia, ahora la computadora ha reemplazado inclusive a las antiguas máquinas de escribir, es por ello que debe suprimirse este requisito, y teniendo en cuenta que la forma de escrituración es lo secundario en el otorgamiento de un testamento como es el tipo de Escritura Pública, es por ello que no tiene vigencia, realidad, y operatividad en nuestro tiempo.

## **II. Análisis de Costo- Beneficio.**

En el presente Proyecto de Ley, no se irrogará ningún gasto al Estado, y su implementación solo será lo que implique la aplicación y vigente que confiere el presente proyecto de Ley.

## **III. Fórmula legal.**

**1.- DERÓGUESE LOS ARTICULOS 712 AL 720 DEL CODIGO CIVIL REFERIDOS A LOS TESTAMENTOS ESPECIALES, COMO SON EL TESTAMENTO MILITAR Y EL TESTAMENTO MARITIMO.**

**2.- DERÓGUESE LOS ARTICULOS 704,705 Y 706 DEL CODIGO CIVIL, REFERIDOS A LA ACTUACION DE LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS, Y TODO PRECEPTO DONDE SE LES EXIGE SU ACTUACION EN EL CASO DEL OTORGAMIENTO DE LOS TESTAMENTOS.**

**3.- DERÓGUESE EL ARTICULO 696 INCISO 3) DEL CODIGO CIVIL DNDE SE EXIGE QUE EL TESTAMENTO POR ESCRITURA PÚBLICA DEBA SER REDACTADO CON PUÑO Y LETRA.**

**Regístrese, Comuníquese**

**Dada su promulgación en la Casa de Gobierno**

**El día 27 de diciembre del 2017.**

**PEDRO PABLO KUSZCYNKY**

**Presidente Constitucional del Perú.**