

LA DONACIÓN REMUNERATORIA: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A SU NATURALEZA Y A SUS ALCANCES

THE REMUNERATIVE DONATION: A CRITICAL APPROACH TO ITS NATURE AND EXTENT

Ulises Bautista Quispe*
Pontificia Universidad Católica del Perú

The remunerative donation has a treatment partially different from that of an ordinary donation; neither the rules of revocation nor those of the obligation of maintenance (including the rules that protect the 'legítima') do not apply to it. However, in the Civil Code such treatment is omitted and there is a tendency to equate it to an onerous act or a payment, which is not uncommon to find also in several sectors of the national and foreign doctrine.

The author criticizes these positions, pointing out several deficiencies, and argues that the remunerative donation is a subtype of donation that is entered into freely. Furthermore, he argues that the remunerative donation should not be equated with mercantile interests, given its essence and the values it promotes. Likewise, in view of the legal gap in the Civil Code, the author identifies and specifies the scope that this contract should have.

KEYWORDS: *Liberalidad; remunerative donation; irrevocable donation; gratuitous provision of services; onerous contract.*

La donación remuneratoria tiene un tratamiento parcialmente diferente al de una donación ordinaria; no se le aplican las normas de la revocación ni las de la obligación de alimentos (entre ellas las normas que protegen la legítima). Sin embargo, en el Código Civil se omite tal tratamiento y existe una tendencia a equipararla a un acto oneroso o a un pago, lo cual no es raro encontrar también en varios sectores de la doctrina nacional y extranjera.

El autor critica estas posturas, señalando varias deficiencias, y sostiene que la donación remuneratoria es un subtipo de donación que se celebra de manera libre. Además, argumenta que la donación remuneratoria no debe ser equiparada con los intereses mercantiles, dada su esencia y los valores que promueve. Asimismo, ante la laguna legal en el Código Civil, el autor identifica y precisa el alcance que debería tener este contrato.

PALABRAS CLAVE: *Liberalidad; donación remuneratoria; donación irrevocable; prestación gratuita de servicios; contrato oneroso.*

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Se desempeña como docente en el curso de Derecho Civil Patrimonial dentro del Centro de Educación Continua de la PUCP. Contacto: ulises.bautista@pucp.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 5 de febrero de 2024, y aceptado por el mismo el 17 de marzo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

En la experiencia común, es probable que rehusemos un pago por el servicio que hemos prestado a un familiar o un amigo cercano, y, en su lugar, prefiramos un regalo u otra liberalidad como compensación. Por intuición, sabemos que una relación mercantil debilita o destruye la amistad o las relaciones de familia; en cambio, una liberalidad mejora la integración, la reciprocidad y la colaboración entre quienes participan de este acto. Por ello, que con determinadas personas se prefiera una liberalidad antes que un acto mercantil.

En el contexto de una retribución por un servicio o un favor entre amigos o familiares, el acto de liberalidad responde a una lógica distinta a los actos mercantiles. Una liberalidad trata de compensar una deuda moral que se ha adquirido en el pasado, pero intensificando la relación humana entre quienes participan de ella. En cambio, el dinero como retribución despierta instintivamente el egoísmo y trata a la otra parte como un mero agente del mercado. Por ello, en una relación de amistad o familiar, se prefiere la liberalidad.

A nivel jurídico, la liberalidad que se da como consecuencia de un servicio recibido es un subtipo de donación que se conoce como **donación remuneratoria**. La importancia de reconocerla está en que se distingue de la donación ordinaria, debido a que, en teoría, no se le aplica alguno de sus remedios, como la revocación y la obligación de alimentos. Por ello, la liberalidad que es calificada como una **donación remuneratoria** tiene una mayor estabilidad que una donación cualquiera, la que siempre es precaria ante una posible causal de ineficacia.

Ahora bien, a nivel legislativo, en nuestro país, la donación remuneratoria cuenta con pocos artículos en el Código Civil, todos con una regulación defectuosa, lo que dificulta la labor del operador jurídico. Las opiniones de la doctrina mayoritaria tampoco ayudan debido a que existe una tendencia a tratar la donación remuneratoria como un acto mercantil, cuando una donación, por esencia, es todo lo contrario. Esta tendencia a mercantilizar no es propia de nuestro país, ya que está presente también en parte de la doctrina extranjera.

Dada la valoración descrita de la donación remuneratoria en nuestro medio, en este trabajo se identificará la naturaleza jurídica de la donación remuneratoria, se precisará su alcance y se dará una relectura al tratamiento jurídico que le debiera corresponder. Con tal propósito, cuando sea de utilidad, se aprovechará de los aportes de la doctrina extranjera, principalmente, la del derecho ita-

liano, por ser uno de los ordenamientos con mayor desarrollo sobre este tema.

II. LA SABIDURÍA DEL DERECHO ROMANO

En la Ley Cincia (204 a. C.), la donación (*donis*) y la remuneración (*muneribus*) aparecían juntas (*lex Cincia de donis et muneribus*) y daban un mayor alcance a la prohibición de donación entre cónyuges que superasen cierto límite (Biondi, 1961, pp. 706-707). La *donis* era una donación libre y espontánea; mientras la *muneribus*, una donación exigible socialmente o por conciencia.

Con el tiempo, la combinación del *donis* y la *muneribus* originó la donación remuneratoria. Hay un *donare remunerandi causa* cuando una donación se celebraba de manera libre y espontánea, inspirada en un deber social de remunerar o recompensar sin que sea calificada como una contraprestación. Como se ha comentado en doctrina, una donación en la que existe una finalidad de remunerar o recompensar el servicio recibido (Biondi, 1961, p. 707).

En el derecho romano, la donación remuneratoria no se equiparaba exactamente a una donación ordinaria. La primera tenía una finalidad gradualmente diversa a esta última y, por la misma razón, se le asociaba un tratamiento parcialmente diferente. Propiamente, la donación remuneratoria era reconocida como un subtipo de donación. Por ejemplo, en uno de los fragmentos de la jurisprudencia romana, se abordó el destino de un bien inmueble donado por Aquilo a su maestro. Ante la controversia sobre el futuro del inmueble, se le instruyó a este último para defender el derecho adquirido ante su eventual ineficacia. Se argumentó que se debía mantener el inmueble adquirido, ya que lo recibido no era una donación común, sino una donación en retribución por las enseñanzas impartidas y porque siempre acompañó al padre de su alumno (D. 39, 5, fr. 27).

En otros ejemplos, en la jurisprudencia romana, de manera expresa, se señaló que la donación remuneratoria era irrevocable. Tal era el caso de que quien había recibido una donación como recompensa por salvar a otra persona de los atacadores o de un enemigo. Para que no queden dudas, se manifiesta que se trata de **una donación irrevocable**. Ello obedecería —en la explicación de la jurisprudencia— a que la vida tiene un gran valor; es inestimable y no se puede cuantificar en términos monetarios (D. 39, 5, 34.1).

Esta disciplina jurídica particular tenía una justificación moral. Como se ha manifestado, “[r]epugnaba

a la sabiduría de los romanos que tales atribuciones [las donaciones remuneratorias] estuvieran sujetas, de igual a igual, a toda la disciplina de la donación [ordinaria]" (Biondi, 1961, p. 710). En ese sentido, los romanos fueron prudentes en la aplicación del derecho al caso concreto. De allí que, en la donación remuneratoria, no se aplicara el régimen de la revocación de la donación ordinaria.

III. LA DONACIÓN REMUNERATORIA EN EL DERECHO PERUANO: UN ROMPECABEZAS

En el derecho peruano, prescindiendo de la época en que se propusieron, se han expuesto, por lo menos, tres posiciones sobre lo que se entiende por donación remuneratoria: (i) las que la asocian a un contrato oneroso; (ii) las que la asocian a un contrato que acopla a un acto oneroso y un acto gratuito; y (iii) las que la asocian a un subtipo de donación. A continuación, se comentarán cronológicamente estas posturas, teniendo en cuenta el Código Civil vigente en su momento.

A. Durante el Código Civil de 1852

El Código Civil de 1852 señalaba, en su artículo 603, que:

[e]n las donaciones remuneratorias, si el valor de la cosa donada fuere mayor, que el de los servicios, en más de la mitad, de estos apreciados en dinero, el exceso quedará sujeto a las reglas de las donaciones gratuitas: de modo, que, si se da una cosa que vale más de quince, por servicios que solo valen diez, el exceso se reputa donación sin causa remuneratoria.

Esta norma parece distinguir y separar la donación remuneratoria en dos actos: (i) el que representa al costo del servicio; y (ii) el que representa al exceso. El primero, aunque no se diga expresamente, parece que se asociaba al tratamiento de un acto oneroso o a la de una donación remuneratoria en sentido estricto; el segundo, superado el monto que establece el Código Civil, se asociaba a una donación ordinaria.

B. Durante el Código Civil de 1936

El Código Civil de 1936 no reguló expresamente la donación remuneratoria; sin embargo, la doctrina sí la desarrolló. Al respecto, hubo por lo menos dos posiciones sobre esta: (i) una que la asociaba a un acto oneroso; y (ii) una que la asociaba a un acto de liberalidad.

De acuerdo con la primera posición —que la asocia a un acto oneroso—, en la donación remuneratoria, a diferencia de la donación pura, no existe gratuidad, sino una compensación (Del Carpio

Bacigalupo, 1970, p. 85) o un acto oneroso (Castañeda, 1967, pp. 54-55). Así, por ser un acto oneroso, no se encuentra sujeta a la formalidad de la donación (Castañeda, 1967, p. 54) ni a las reglas sobre la revocación de este contrato (Del Carpio Bacigalupo, 1970, p. 85). En igual sentido, se expresaba la exposición de motivos del Código Civil de 1936, que consideraba a la donación remuneratoria como ‘un vicio del lenguaje’, ya que era un acto celebrado a título oneroso, por lo que debía sujetarse a las reglas del pago, sea que trate de cumplir con una deuda exigible o no exigible (Aparicio y Gómez Sánchez, 1942, citado en Remy Llerena, 1968, p. 27).

De acuerdo con la segunda posición (que lo asocia a una liberalidad), la donación remuneratoria se celebra con un *animus donandi* por un servicio recibido al que no se está obligado a pagar, por lo que no hay un *animus solvendi* (León Barandiarán, 1992, p. 190). Se precisa que existe una donación remuneratoria siempre que exista una correspondencia con el costo del servicio recibido; si la donación supera el servicio, el exceso debe ser calificado como una donación simple (León Barandiarán, 1992, p. 190). Según esta posición, la donación remuneratoria es un subtipo de la donación y, a diferencia de esta última, no se le aplica la revocación y la ingratitud, debido a que esta donación se sustenta en un deber moral de reconocimiento por el servicio prestado (Barandiarán, 1992, pp. 190-191). En ese sentido, la donación remuneratoria tiene un tratamiento diferente al de la donación ordinaria.

C. Durante el Código Civil de 1984

El Código Civil de 1984 reconoce la donación remuneratoria en el artículo 767 y el artículo 1642. El primero señala que “[e]l legado remuneratorio se considera como pago, en la parte en que corresponda razonablemente al servicio prestado por el beneficiario del testador y como acto de liberalidad en cuanto al exceso”. Por su parte, el segundo artículo señala que “[e]n el caso de donaciones remuneratorias [...], su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del servicio prestado [...]”.

Redactados de esa manera los artículos mencionados, más allá de que el primero solo menciona al ‘legado remuneratorio’, su contenido se aproxima a uno de los probables alcances del artículo sobre donación remuneratoria redactada en el Código Civil de 1852, ya que distinguen en este tipo de donación un acto oneroso y un acto gratuito. Y, en teoría, nada impide que lo que se señale sobre el legado remuneratorio se aplique a la donación remuneratoria en general.

Sobre la naturaleza de la donación remuneratoria, se proponen dos posiciones: (i) una posición que combina al acto oneroso y al acto de liberalidad; y (ii) una posición que la asocia, únicamente, a un acto de liberalidad.

La primera posición, que combina al acto oneroso y al acto de liberalidad, más apegada a la literalidad de los artículos del Código Civil, asume una naturaleza mixta. La donación remuneratoria, por una parte, es un acto a título oneroso y, por otro, un acto a título gratuito (Ferrero, 1999, p. 334). Otros por su parte, aunque con matices, han señalado que el legado remuneratorio –donación remuneratoria– consiste en una “obligación legal de pago estimable en dinero” y en una donación (Fernández Arce, 2014, p. 334).

En la exposición de motivos del primer artículo en comentario (artículo 767), también, se considera que el legado remuneratorio tiene una naturaleza doble: oneroso por el servicio recibido y liberalidad por el exceso, que vendría a ser el legado en sentido estricto (Lanatta Guilhem, 1985, p. 95). Dada la onerosidad parcial, un sector de la doctrina, a su vez, considera que la finalidad del otro artículo (artículo 1642) es evitar un enriquecimiento injustificado (Arias-Schreiber Pezet, 1985, p. 304).

Una aproximación similar a lo anterior se encuentra en un sector de la doctrina, que considera que la función del artículo 767 es evitar que se “disfracen liberalidades que terminarían por perjudicar a los herederos cuando concurren con el legatario” (Aguilar Llanos, 2011, p. 413). Bajo esta postura, el artículo pretende que se pague un ‘adeudo’ de manera razonable (a valor de mercado); de manera que solo el exceso se considere una liberalidad (Aguilar Llanos, 2011, p. 414).

A diferencia de todo lo anterior, la segunda posición, que asocia –únicamente– la donación remuneratoria a un acto de liberalidad, considera que la donación remuneratoria se celebra con *animus donandi* por el servicio recibido, sin que se esté obligado a pagar jurídicamente por este último (siguiendo a León Barandiarán, citado en Luca De Tena, 2017, 159). Es decir, la donación remuneratoria es un acto de liberalidad, por lo que no tiene naturaleza onerosa (ni siquiera parcial). Nada menciona esta posición sobre qué pasa si la donación excede largamente el servicio prestado.

Para esta posición, de modo similar a una de las posiciones vigentes durante el Código Civil de 1936, debido a que la donación remuneratoria se sustenta en un deber moral de retribución, no se aplica la ineficacia por desheredación, la indignidad o la ingratitud (Luca De Tena, 2020, p. 458).

IV. LA DONACIÓN REMUNERATORIA EN EL DERECHO EXTRANJERO

La donación remuneratoria en el derecho extranjero, tómese como referencia Francia e Italia, no es uniforme. Hay varias posiciones que tratan de explicar cuál es su naturaleza jurídica. Por lo menos hay cuatro posiciones: (i) la que la asocia a un servicio patrimonialmente invaluable; (ii) la que la asocia a una prestación de mayor valor; (iii) la que la asocia al exceso del costo del servicio prestado; y (iv) la que la asocia a un subtipo de donación. En cambio, hay un mayor consenso cuando se tiene que definir cuáles son las normas jurídicas de la donación que se le inaplican.

Bajo la primera posición, la cual asocia a la donación remuneratoria con una prestación de mayor valor, la donación remuneratoria solo es posible cuando el servicio prestado es patrimonialmente inestimable como, por ejemplo, cuando se da a favor de quien salva la vida. En cambio, si el servicio es estimable económicamente, se está ante una remuneración, que no califica como donación por no existir el *animus donandi* (Ascoli, 1898, pp. 117-129; Lambert & Putman, 2006, p. 413). Consecuencia de esta postura, el servicio de un abogado no es objeto de una donación remuneratoria debido a que el servicio es cuantificable económicamente.

Bajo la segunda posición, que asocia la donación remuneratoria a una prestación de mayor valor, la cual tiene sus antecedentes en la doctrina alemana y francesa (Oppo, 1947, p. 163), la donación remuneratoria solo existe si la atribución patrimonial es superior al servicio prestado. Si solo existe equivalencia (igualdad de prestaciones), no hay donación sino simplemente pago (Maroi, s. f., y Messineo, s. f., citado en Torrente, 2006, p. 310)¹.

Bajo la tercera posición, que asocia la donación remuneratoria al exceso del costo del servicio prestado, similar a la de la doctrina peruana, la donación remuneratoria es un acto oneroso en el límite de la equivalencia del servicio prestado y donación en el exceso².

¹ Véase a Oppo, 1947, p. 146; mientras que, en el derecho francés, véase a Malaurie & Aynès, 2012, p. 182.

² Véase al comentario de Oppo, 1947, p. 166; Biondi, 1961, p. 729; Malaurie & Aynès, 2012, p. 182; la posición mayoritaria de la doctrina y varios pronunciamientos franceses, como la Corte de Apelación de Nancy, Primera Sala Civil, expediente 18/01581 del 20 de enero de 2020.

Bajo la cuarta posición, que asocia la donación remuneratoria a un subtipo de donación, la donación remuneratoria es un acto que se celebra de manera libre y espontánea como agradecimiento a una prestación recibida sin que sea calificada como una contraprestación. Esa es la posición mayoritaria en el ordenamiento jurídico italiano, principalmente, la de los últimos años.

En cuanto a su tratamiento jurídico, la donación remuneratoria tiene un régimen parcial que se aleja de la donación ordinaria. Sin embargo, muchos códigos civiles, similar a lo que sucede en el Código Civil peruano, omiten una regulación normativa expresa de este subtipo de donación, lo que dificulta a los operadores jurídicos aplicar el tratamiento jurídico correspondiente.

De manera excepcional, el Código Civil italiano sí le da un tratamiento normativo suficiente. Es así que el artículo 437³ del Código Civil italiano exonera a la donación remuneratoria de las obligaciones de alimentos al donatario cuando se lo requiera; asimismo, el artículo 797, inciso 3⁴, limita la garantía de evicción hasta el monto de la prestación recibida antes de la donación; mientras el artículo 805⁵ señala que no se la puede revocar por causa de ingratitud o sobrevinencia de hijo. Se trata de una verdadera donación, tan solo se le inaplican algunas normas sobre esta.

Al respecto, se ha manifestado que la revocación por ingratitud y la prestación de alimentos en la donación ordinaria se debe a que la donación origina un 'deber moral de gratitud hacia el donante'. Sin embargo, en la donación remuneratoria tal deber se elimina debido a que esta se celebra "en cumplimiento de un deber de reconocimiento que deriva de una prestación de servicios" (D'Angelo, 1942, pp. 62-63). En otras palabras, el deber moral se neutraliza con el deber de reconocimiento.

V. EL ALCANCE DE LA DONACIÓN REMUNERATORIA EN EL DERECHO EXTRANJERO

Normalmente, se identifica como donación remuneratoria la que se celebra por un servicio específico recibido (donación por especial remuneración). No obstante, en algunos ordenamientos, como el italiano, se la ha ampliado al que se celebra por reconocimiento y al que se celebra por méritos; en otros como el español, solo al que se celebra por méritos. Al respecto, no existe consenso de que los nuevos supuestos sean una donación remuneratoria, ya que hay quienes consideran a estos, a más, como una donación ordinaria. El ordenamiento peruano guarda silencio sobre este tema.

El Código Civil italiano, en el artículo 770⁶, señala que "[e]s también donación la liberalidad celebrada por reconocimiento o en consideración de los méritos del donatario o por especial remuneración" [traducción libre]; mientras, el Código Civil español de 1889 señala que "[e]s también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles".

Al respecto, hasta cierto grado existe consenso en considerar que la donación por reconocimiento se da como gratitud a quien ha ayudado; en la donación por mérito se reconoce al donatario por su 'cualidad personal' o por su 'particular actividad'; mientras, en la donación por especial remuneración, esta se celebra para recompensar un servicio específico que no es exigible jurídicamente. A continuación, se comenta cada uno de estos supuestos.

A. La donación por reconocimiento

La donación por reconocimiento es la que se celebra como agradecimiento por cualquier beneficio recibido por el propio disponente o su familia (Torrente, 2006, pp. 301-302; Zinno, 2019, p. 65). Se ha manifestado que la gratitud se trata de un

³ Artículo 437: Il donatario è tenuto, con precedenza su ogni altro obbligato, a prestare gli alimenti al donante, a meno che si tratti di donazione fatta in riguardo di un matrimonio o di una donazione remuneratoria (1942).

⁴ Artículo 797:

Il donante è tenuto a garanzia verso il donatario, per l'evizione che questi può soffrire delle cose donate, nei casi seguenti:

[...]

3) se si tratta di donazione che impone oneri al donatario, o di donazione remuneratoria, nei quali casi la garanzia è dovuta fino alla concorrenza dell'ammontare degli oneri o dell'entità delle prestazioni ricevute dal donante. (Código Civil Italiano, 1942)

⁵ Artículo 805: Non possono revocarsi per causa d'ingratitudine, né per sopravvenienza di figli, le donazioni remuneratorie e quelle fatte in riguardo di un determinato matrimonio (1942).

⁶ Texto original:

Artículo 770: È donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione. Non costituisce donazione la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi. (1942)

“deber ético universal reconocido desde la antigüedad, como un sentimiento connatural con el espíritu humano, que impulsa a al beneficiario a otorgar una liberalidad al benefactor” (Biondi, 1961, p. 712).

En la donación por reconocimiento, a diferencia de la donación por especial remuneración, como ya se ha indicado, el beneficio del servicio lo podría recibir una persona con quien se tiene un vínculo especial; mientras en la donación por especial remuneración, solo lo recibe el donante. Otra diferencia es que en la primera el reconocimiento puede consistir en un comportamiento general de toda la vida; mientras la segunda, compensa un determinado servicio recibido (Biondi, 1961, p. 713).

No se puede identificar la donación por reconocimiento y la donación por especial remuneración, más allá que ambas puedan coincidir como un acto de agradecimiento, ya que tienen finalidades distintas: el reconocimiento pretende cumplir ‘un carácter ético altruístico’; mientras la ‘especial remuneración’, una ‘compensación’ (Biondi, 1961, p. 714; en línea parecida, Oppo, 1947, p. 135).

B. La donación por méritos del donatario

La donación por méritos del donatario es la que se celebra por un sentimiento de admiración o de reconocimiento de la cualidad personal del donatario o su actividad (Oppo, 1947, p. 140; Biondi, 1961, p. 715; Zinno, 2019, p. 66). Se trata de una cualidad o un servicio digno de admiración que no es realizada por cualquiera, sino por quien es un ejemplo para seguir y que beneficia a la generalidad, como, por ejemplo, un descubrimiento científico.

A diferencia de la donación por reconocimiento y la donación por especial remuneración, en la donación por mérito el beneficio es indirecto debido a que la prestación de servicios es a favor de la generalidad de personas; en cambio, en la primera, la prestación de servicios es más delimitada, ya que es a favor del donante o personas con especial vínculo respecto a este último; mientras en la segunda, el beneficio siempre es directo al donante.

Se precisa que nada obsta a que la donación por mérito sea a un grupo más determinado o a una sola persona, como el que el padre otorga a su hijo por distinguirse académicamente de los demás (Torrente, 2006, pp. 299 y 305). Si se quiere expresar con otros términos, en la donación por méritos no se ofrece la donación por el servicio prestado, sino como premio por la cualidad de la otra parte, su conducta, entre otros.

C. La donación por especial remuneración

La donación por especial remuneración es la que se celebra inspirada en un servicio recibido sin que esta llegue a calificar como una contraprestación. Al ser una liberalidad, se trata de un acto libre y espontáneo, inspirada en un servicio prestado, pero no sujeto a un deber jurídico (Biondi, 1961, p. 717). Es decir, no existe correspectividad jurídica entre el servicio recibido y la donación; tan solo existe una coincidencia temporal, pero no interdependencia entre el servicio y la donación (Biondi, 1961, p. 723).

Por ello, se habla de **especial remuneración** para señalar que no se está ante una correspectividad o una remuneración entendida en el sentido común de la palabra; por lo que, no se trata de una remuneración debida por ley ni por el uso social (costumbre) (Oppo, 1947, p. 137); o, si se quiere expresar, en otros términos, en la donación por especial remuneración, la **remuneración** no es pasible de exigencia judicial (D’Angelo, 1942, p. 87).

Detallados cada uno de los supuestos de donación remuneratoria existentes en los códigos civiles, hay tres posiciones sobre cuáles son las verdaderas donaciones remuneratorias: (i) la que considera donación remuneratoria a todos los supuestos reconocidos por ley; (ii) la que delimita la donación remuneratoria a la donación por reconocimiento y la donación por especial remuneración; y (iii) la que restringe la donación remuneratoria tan solo al de especial remuneración.

Entre los argumentos que se dan a favor de la primera posición, está que es una decisión legislativa que así sea, todo lo demás solo es una crítica a la ley (Oppo, 1947, pp. 140-143). De manera similar, se indica que los tres supuestos de donación remuneratoria serían establecidos a modo de ejemplo, sin distinguir la disciplina jurídica entre ellas (Palazzo, 1991).

Entre los argumentos que se dan a favor de la segunda posición, está que la donación por mérito es excluida, debido a que se refiere a un servicio que no beneficia de manera directa al donante o personas cercanas con las que tiene una especial relación. La donación por mérito es un servicio genérico a una asociación, una comunidad, la patria o la misma humanidad, por lo que el beneficio solo es indirecto; en ese sentido, se ha manifestado que es “injustificado anteponer el interés del donatario *ob merita* (por mérito) al del hijo sobreviviente del donante” (D’Angelo, 1942, p. 64).

Entre los argumentos que se dan a favor de la tercera posición, se señala que hay una valoración de la donación por especial remuneración como una

cuasi compensación especial; lo que no sucede con la donación por reconocimiento y la donación por méritos; en ese sentido, debe primar una interpretación restrictiva (Biondi, 1961, pp. 737-739). En el fondo se señala que el único supuesto de donación remuneratoria es la donación por especial remuneración.

Una discusión similar no se ha presentado en el ordenamiento peruano. En este ordenamiento, la doctrina mayoritaria, cuando se refiere a la donación remuneratoria, tan solo se refiere al servicio recibido, sin precisar cuál es su alcance. Por lo que, de una interpretación literal, pareciera que la donación remuneratoria solo se restringe a lo que la doctrina extranjera conoce como 'donación por especial remuneración'.

VI. UNA RELECTURA SOBRE LA DONACIÓN REMUNERATORIA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Empecemos con una advertencia: el que no existan artículos en el Código Civil que desarrollen la donación remuneratoria no quiere decir que no exista esta última donación. Las instituciones jurídicas adquieren cierta autonomía independiente de las normas de rango legal que las integran. El derecho civil, en especial el sistema contractual, tiene una lógica de integración distinta a áreas como la del derecho administrativo o el derecho tributario, en las que predomina un principio de legalidad.

Normalmente, el sistema contractual, casi siempre, tiene una dosis de atipicidad, por lo que los operadores jurídicos tienen el deber de integrar el contenido de las instituciones, ya sea por ausencia de normas o la presencia de normas deficientes. Claro está, siguen (o deben seguir) un procedimiento lógico que disminuya el riesgo de la arbitrariedad y privilegie la justicia al caso concreto. Por ello, la donación remuneratoria no debiera ser vista como una institución huérfana a falta de artículos.

La 'donación remuneratoria' como su propio nombre lo señala es un subtipo de donación. Lo que quiere decir que existen elementos en su formación con relevancia que le dan un tratamiento, parcialmente, distinto al de una donación ordinaria. Aunque nada impide que las liberalidades diferentes a la donación sean celebradas con una fi-

nalidad remuneratoria; es decir, es posible que un comodato o un depósito gratuito sean celebradas con una finalidad remuneratoria.

La donación remuneratoria es una liberalidad que se celebra en respuesta a una prestación recibida a título gratuito, sea total o parcialmente. En otras palabras, es un acto libre y espontáneo del donante, a título de liberalidad, como reconocimiento a quien le ha prestado un servicio gratuito. Por su propia característica, esta donación se celebra como agradecimiento al otro y no en cumplimiento de una obligación exigible jurídicamente o como parte de una obligación natural.

En cuanto a esta última, la donación remuneratoria se diferencia de la obligación natural, en la medida que en la primera existe una menor intensidad de conciencia social y mayor libertad sobre el reconocimiento del deber moral o social que mantiene inalterable el *animus donandi*; mientras en la obligación natural, la intensidad es mayor, al punto de que se debe cumplir para estar bien con la conciencia y evitar la desaprobación pública (Biondi, 1961, p. 748; Zinno, 2019, p. 85).

Ahora bien, por ser un subtipo de donación, la donación remuneratoria (i) no depende de que el servicio prestado sea patrimonialmente inestimable; (ii) ni que la donación remuneratoria sea mayor al servicio prestado; (iii) ni que sea un acto oneroso, como lo sostenía un sector de la doctrina durante la vigencia del Código Civil de 1936; y (iv) ni que sea un contrato que acopla elementos de onerosidad y gratuidad, como lo ha sostenido un sector de la doctrina durante la vigencia del Código Civil de 1984.

Sobre la primera crítica, ya un sector de la doctrina ha cuestionado esta posición, debido a que confunde el bien inestimable, como la vida o la libertad, que por sí mismas no podrían ser objeto de contrato, con el servicio prestado para salvarla o resguardarla, la cual es cuantificable en dinero (Biondi, 1961, p. 721; entre otros, Gallo, 2009, p. 412). Además, en el Código Civil, existen 'servicios inestimables', como salvar la vida, que aceptan una compensación equitativa en dinero sin que haya lesión (D'Angelo, 1942, pp. 83-84), —el artículo 1447⁷ del Código Civil señala que la desproporción entre prestaciones no debe exceder las dos quintas partes—.

⁷ Artículo 447:

La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos. (1984)

Sobre la segunda crítica, al igual que la anterior, ya un sector de la doctrina ha cuestionado esta posición. Se señala que no se puede excluir la donación remuneratoria cuando las prestaciones son equivalentes, debido a que la donación remuneratoria se celebra *animus donandi* y no es una contraprestación o pago (Oppo, 1947, p. 146); muestra de ello, es que la ley la sigue tratando, salvo algunos remedios, como una donación ordinaria (Oppo, 1947, p. 167).

Sobre la tercera crítica, no es un acto oneroso debido a que la donación no se celebra como una contraprestación a un servicio prestado. Es una compensación como agradecimiento al servicio prestado, que como tal no siempre se tiene que dar (si no se da, no pasa nada). Quien prestó servicios de manera gratuita antes, no tiene manera de exigir jurídicamente una compensación a quien se benefició, ya que en la programación de la prestación de servicios, que favoreció al donante no se estableció una contraprestación.

Sobre la cuarta crítica, la donación remuneratoria tampoco es un contrato que acople elementos de onerosidad y gratuidad. No es suficiente invocar el artículo 767 del Código Civil y señalar que la norma expresamente indica que “[e]l legado remuneratorio se considera como pago, en la parte en que corresponda razonablemente al servicio prestado por el beneficiario del testador y como acto de liberalidad en cuanto al exceso” (1984).

En el derecho de contratos un artículo no cambia la naturaleza de las cosas. Si una norma dice que la donación es una compraventa, no por ello la donación debe ser tratada bajo las normas de este último contrato. Los contratos y sus subtipos tienen una existencia independiente al Código Civil; lo mismo sucede con la donación remuneratoria. Por ello, el operador jurídico debe pretender acercarse con sus decisiones a la auténtica naturaleza del contrato.

Como se indicó arriba, la donación remuneratoria es un subtipo de donación, por lo que no se puede decir que tenga elementos de onerosidad o sea equivalente al pago. ¡Es un contrasentido! En consecuencia, la donación remuneratoria no es un pago en lo que corresponda al servicio prestado, tal como lo establece el artículo 767 del Código Civil.

Si la lógica que está detrás de este artículo es que no se quiere beneficiar al donatario más allá de lo que le costó la prestación de servicio, se presentan puntos cuestionables que no encajan. Por ejemplo, los más importantes: ¿será el juez quien determine la equivalencia de las prestaciones en-

tre la donación remuneratoria y la prestación de servicios recibida?; ¿se puede sostener que dos prestaciones son equivalentes?

En cuanto al primero, el valor de los bienes y los servicios es subjetivo; es decir, lo determina cada sujeto de acuerdo con su propia valoración. Así, un vaso de agua para quien se muere de sed en un desierto podría valer más que un diamante y ello no guarda relación con el valor de mercado. En esa línea, la carta de una madre fallecida para un hijo podría valer más que todo el dinero acumulado en una vida. Por lo tanto, esa valoración no corresponde a un juez, sino a quien celebra la liberalidad. Lo contrario llevaría decir que, en todo contrato con prestaciones recíprocas, el exceso del valor del bien o de pago es una donación ordinaria. El intercambio de bienes y prestación de servicios no se condice con la equivalencia de los valores en el mercado.

Segundo, aunque haya cierta lógica en que las prestaciones sean equivalentes conforme al valor de mercado, ello no es correcto. Como se indicó en el párrafo anterior, la valoración es subjetiva por lo que no hay una equivalencia objetiva, ni siquiera una razonable, como da entender el artículo 767 del Código Civil. De esta manera, una donación remuneratoria de mayor costo que el servicio prestado es posible.

Por ello, como lo manifestaba un sector de la doctrina durante la vigencia del Código Civil de 1936, es impreciso separar una parte como ‘pago’ o como ‘donación remuneratoria’ y la otra como donación. Ello no es posible, salvo que quien celebra el contrato manifieste que una parte es pago y la otra una liberalidad; si no se exterioriza tal manifestación de la autonomía privada, entonces no se puede escindir una liberalidad en dos actos distintos.

Por más bien intencionado que sea parte del artículo 767 del Código Civil, es una norma inaplicable. Por ello, en una futura reforma del Código Civil se debiera derogarlo; o si se quiere mantenerlo como está, se lo podría interpretar para supuestos en los que, efectivamente, por autonomía privada se celebre dos contratos y se acople en un solo documento un contrato oneroso y una donación remuneratoria.

De manera similar al artículo anterior, tampoco tiene sentido el artículo 1642 del Código Civil que señala que “[e]n el caso de donaciones remuneratorias [...], su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del servicio prestado [...]” (1984).

Sobre esto último, ¿por qué la invalidez o ineficacia de la donación remuneratoria ocasiona el retorno del valor del servicio prestado? ¿Acaso, como lo ha indicado un sector de la doctrina nacional, es para evitar un enriquecimiento injustificado? En verdad, no existe justificación; ni siquiera hay un enriquecimiento injustificado, debido a que la prestación de servicios recibido de manera anterior es justificada (tiene una causa); es decir, tiene su origen en un contrato gratuito, que como tal es unilateral.

Va contra el sentido común que quien benefició a otro con un servicio gratuito, exija el retorno del costo bajo el argumento de que se empobreció. Quien ve así las donaciones remuneratorias (o las liberalidades en general) incorpora valores mercantiles a un área del derecho, justamente, donde este elemento tiene poca importancia. Las liberalidades se sustentan en otros valores que están fuera del mercado. Como se indicó en la introducción de este artículo, el interés mercantil corroe los valores que un acto de liberalidad promueve. De lo contrario, el dinero podría comprar la amistad.

Contrario a la naturaleza misma de la donación, el Código Civil ha tomado una posición utilitarista; le interesa más el sacrificio económico que la otra parte sufre. No le interesa el deber moral de agradecimiento que genera el servicio prestado, sino el perjuicio económico de quien lo presta. Cuando lo que debe prevalecer es el acto de liberalidad frente al perjuicio económico –por lo antes señalado, tampoco se comparte el contenido del artículo 797, inciso 3, del Código Civil italiano–.

Sumado a lo anterior, si la donación remuneratoria es inexigible jurídicamente, no se entiende por qué su patología tendría que dar al donatario el derecho de exigir el valor del servicio prestado. No hay ninguna justificación moral y, más bien, como se señaló antes, desnaturaliza los valores en que se sustentan los contratos de liberalidad. Por ello, en una próxima reforma del Código Civil, sería recomendable que se proponga, también, la derogatoria del artículo 1642 del Código Civil.

VII. EL ALCANCE QUE SE LE DEBERÍA DAR A LA DONACIÓN REMUNERATORIA

Las escasas normas sobre la donación remuneratoria en el Código Civil peruano, y los pocos comentarios de nuestra doctrina, impiden que haya claridad sobre el alcance de la donación remuneratoria. Por ello, a continuación, se toma una posición sobre este tema a fin de que ayude a los operadores jurídicos con la aplicación del derecho.

En doctrina extranjera, hay todo un debate –principalmente, en el derecho italiano– si esta com-

prende (i) a la ‘donación por reconocimiento’; (ii) a la ‘donación por mérito’; o, tan solo, (iii) a la ‘donación por especial remuneración’. Al respecto, considero que la donación remuneratoria se debe restringir a la donación por reconocimiento y a la donación por especial remuneración, ya que solo estas merecen un tratamiento jurídico diferente al de una donación ordinaria.

Con tratamiento jurídico diferenciado, me refiero a que en la donación remuneratoria no se aplican las normas de la revocación y las normas de la obligación de alimentos –entre estos, las normas sobre la protección de la legítima–. En cambio, sí se le aplican las demás normas de la donación, como son, enunciativamente, las normas que regulan una responsabilidad diferenciada, interpretación favorable en caso de duda, entre otras. Ya en el derecho romano se intuía este tratamiento diferenciado.

La justificación de negar la revocación o la prestación de alimentos es que, en principio, no hay un perjuicio en el patrimonio del donante. En una prestación de servicios anterior, el donante se enriqueció con una prestación gratuita. En cierta manera hay una compensación entre lo recibido y lo que se entrega como donación remuneratoria –con ello, se salda una deuda moral–. Entre estas prestaciones, como ya se indicó antes, no tiene que existir una equivalencia.

Se podría agregar que esta liberalidad es una alternativa al mercado. De hecho, si se remonta en la historia, en ausencia del mercado, son las liberalidades las que permiten la circulación de riqueza y el funcionamiento de la sociedad. Aún en nuestros días tienen una función importante, ya que se rigen y promueven valores que cohesionan la sociedad. El dinero no resulta siempre ser el mejor medio para pagar las deudas morales.

La donación remuneratoria, a pesar de su menor espontaneidad, es una liberalidad –no un acto mercantil–. Es gobernada por sus propios valores y se le aplican algunas normas de la donación ordinaria. Por ello, es un subtipo de donación. No se puede equiparar esta donación con la donación ordinaria ni tampoco con un acto oneroso, ni mucho menos someterla al régimen jurídico de este último –de la sola inaplicación de la revocación y la obligación de alimentos no se puede equiparar al contrato oneroso–.

Señalado esto, se debe justificar por qué la donación por mérito no es una donación remuneratoria. La justificación está en que la exigencia moral de premiar una cualidad personal o un servicio genérico es difusa. Cuando esta cualidad se presen-

ta corresponde al Estado, como representante de la sociedad, reconocerla de alguna manera. Dada que la exigencia moral para un particular es menor, no se justifica una regulación con especial protección para el beneficiario.

Por su parte, la donación por reconocimiento solo será remuneratoria cuando el beneficio lo reciba el propio donante o un familiar con respecto al cual existe una obligación legal de alimentos. Por ejemplo, un hijo o la cónyuge. No podría ser una familiar fuera de esta obligación, ya que un familiar independiente debe ser responsable de su propia situación jurídica y de sus deberes morales. De lo contrario, resultaría excesivo la menor protección al donante y sus herederos, en favor del donatario.

Entonces, ante el silencio de nuestro ordenamiento jurídico y de nuestra doctrina, ¿cuál debe ser el alcance de la donación remuneratoria en el Perú? Por las razones expuestas en los párrafos anteriores, la donación remuneratoria en nuestro ordenamiento debe comprender lo que la doctrina extranjera conoce como (i) donación por reconocimiento; y (ii) donación por especial remuneración, con la precisión que comento; en cambio, no a la donación por mérito del donatario.

A nivel práctico, el operador jurídico tendrá que reconocer la finalidad remuneratoria de compensar. Si no concurre esa finalidad y se demuestra que no existieron los hechos de la remuneración, no se le podría dar un tratamiento jurídico diferenciado. Además, si no concurren los hechos, se estará ante un supuesto de inexistencia de la causa, por lo que el contrato nacería con una patología en su formación.

Como un sector de la doctrina ya lo ha manifestado, dado el tratamiento particular de la donación remuneratoria, no puede sustentarse en el 'arbitrio de la psicología individual'; de lo contrario, se estaría eludiendo normas imperativas que protegen al mismo donatario, a su familia y a terceros (D'Angelo, 1942 p. 128; Oppo, 1947, p. 133). No basta la mera alegación de que se celebró una donación remuneratoria.

Por ello, quien señala que ha celebrado una donación remuneratoria lo debe probar. No necesariamente la donación que se celebra luego de un servicio prestado es una donación remuneratoria; depende mucho de la finalidad concreta que se persigue con ella. Como regla general, deberá presumirse que se trata de una donación ordinaria, salvo que se demuestre lo contrario con pruebas que la respalden.

VIII. CONCLUSIONES

La donación remuneratoria es un subtipo de donación por el que el donante como agradecimiento —sin que se entienda como una contraprestación— compensa al donatario por un servicio recibido o por uno que recibió una persona con la que tiene un especial vínculo. Nada impide que esta se presente en otras liberalidades diferentes a la donación.

Asimismo, tiene un tratamiento parcialmente diferente al de la donación ordinaria desde el derecho romano. No se le aplica los supuestos de la revocación ni la de obligación de alimentos. Ello se justifica en gran medida debido a que el donante no sufre una disminución patrimonial, ya que solo compensa un beneficio anterior que no le costó nada. Las demás normas de la donación le son aplicables, en la medida que la donación remuneratoria es un contrato de liberalidad.

La donación remuneratoria solo abarca a lo que la doctrina conoce como (i) donación por reconocimiento, pero con algunas limitaciones; y (ii) la donación por especial remuneración, en las que existe una prestación de servicios recibidos. En cambio, no comprende la donación por méritos del donatario, debido a que no hay una prestación recibida de manera directa, sino un beneficio a la generalidad.

La donación remuneratoria no se celebra en compensación de prestaciones patrimonialmente no estimables. Esta posición confunde el bien inestimable, como la vida, salud, entre otros, con el servicio prestado, el cual siempre es valorable económicamente. Además, el propio Código Civil reconoce que es posible una prestación cuando la finalidad es salvar la vida, siempre que no haya una lesión.

En el mismo sentido, se debe tener en cuenta que esta figura tampoco tiene que ser superior al servicio prestado. La equivalencia de la donación remuneratoria y el servicio recibido es subjetiva. La donación remuneratoria puede ser inferior, equivalente o superior, todo depende de cómo el donante valora el servicio recibido y el que se presta.

La donación remuneratoria no tiene una equivalencia razonable abstracta con el servicio recibido. La valoración de los bienes es subjetiva y corresponde a las partes; son ellas las que dan la valoración correspondiente (es concreta y no abstracta). La única manifestación del valor del servicio recibido lo expresa el donante con la donación remuneratoria. Por lo demás, los valores mercantiles no

son los mejores para medir el bienestar o la riqueza de la donación.

La donación remuneratoria no es un acto oneroso ni un pago, sino un contrato de liberalidad que se celebra de manera libre y con relativa espontaneidad, y no en cumplimiento de una obligación jurídica. Por ello, más allá de la inaplicación de la revocación y la obligación de alimento —en la que se incluye las normas que protegen la legítima—, se le aplica las demás normas de la donación ordinaria.

Los artículos 767 y 1642 del Código Civil peruano deben ser derogados debido a que no son compatibles con la naturaleza de la donación remuneratoria. Existe en esos artículos una tendencia a dar a la donación remuneratoria un tratamiento mercantil que no se condice con los valores presentes en un contrato de liberalidad.

Finalmente, para fines prácticos, se tendrá que verificar que concurra la finalidad remuneratoria de compensar en la donación para que pueda calificarse como donación remuneratoria. Además, se tendrá que verificar que los hechos en que se sustenta existan; de lo contrario, el contrato tendrá que ser calificado como nulo por ausencia de la causa —no basta la mera alegación para recibir un tratamiento diferenciado—. 🗑️

REFERENCIAS

- Aguilar Llanos, B. (2011). *Derecho de Sucesiones* (2da ed.). Ediciones Legales.
- Arias-Schreiber Pezet, M. (1985). Exposición de motivos y comentarios. Donación. En *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Thomson Reuters.
- Ascoli, A. (1898). *Trattato delle donazioni: secondo il diritto civile italiano, con riguardo al diritto romano e alla giurisprudenza moderna*. Firenze.
- Biondi, B. (1961). *Le donazioni*. Unione Tipografico Editrice Torinese.
- Castañeda, J. (1967). *El contrato de donación*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Corradi, G. (2014). Art. 770. (Donazione remuneratoria). En *Commentario del Codice Civile diretto da Enrico Gabrielli. Delle donazioni art. 769-809 a cura di Giovanni Bonilini* (pp. 85-104). Utet Giuridica.
- D'Angelo, A. (1942). Studi di diritto privato diretti da Giuseppe Messina. *La donazione remuneratoria*. Giuffrè Editore.

Del Carpio Bacigalupo, A. (1970). *Contrato de donación* [tesis de bachiller no publicada, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio Institucional de la UNMSM.

Fernández Arce, C. (2014). *Derecho de sucesiones*. Fondo Editorial PUCP.

Ferrero Costa, A. (1999). *Tratado de derecho de sucesiones*. Gaceta Jurídica

Gallo, P. (2009). La causa della donazione. En *Trattato di diritto delle successioni de donazioni. Le donazioni* (pp. 405-430). Giuffrè Editore.

Lambert, S. & Putman, E. (2006). *L'intention libérale dans les donations*. Presses Universtaires D'Aix-Marseille.

Lanatta Guilhem, R. E. (1985). Exposición de motivos y comentarios. Derecho de sucesiones. En *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios* (pp. 11 - 147). Thomson Reuters.

León Barandiarán, J. (1992). *Tratado de derecho civil peruano*. Gaceta Jurídica.

Luca De Tena, J. G. (2017). *Derecho de sucesiones. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial* (tomo 2). Gaceta Jurídica.

Luca De Tena, J. G. (2020). Artículo 1642 (Invalidez de donaciones remuneratorias o sujetas a cargo). En *Código Civil Comentado. Tomo VIII. Artículos 1529-1712* (4ta ed.). Gaceta Jurídica.

Malaurie, P. & Aynès, L. (2012). *Les successions. Les libéralités* (5ta ed.). Lextenso Éditions.

Oppo, G. (1979). *Adempimento e liberalità*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Remy Llerena, G. R. (1968). *Algunos aspectos del contrato de donación en el Código Civil peruano* [tesis de bachiller no publicada, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio Institucional de la UNMSM.

Palazzo, A. (1991). Donazione. En *Digesto delle discipline privatistiche-Sezione civile*. Utet Giuridica.

Torrente, A. (2006). *La donazione* (2da ed.). Giuffrè Editore

Zinno, M. (2019). Art. 770. (Donazione remuneratoria). En *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano a cura di Giorgio De nova. Libro secondo: Sucessioni art.*

769-809 a cura di Enrico del Prato (pp. 59-90). Zanichelli Editore.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 29 de diciembre de 1851 (Perú). [Derogado].

Código Civil [CC], Ley 8305, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de agosto de 1936 (Perú). [Derogado].

Code Civile [CC], Decreto Real 262, Diario Oficial *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* 16 de marzo de 1942 (Italia).

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Código Civil [CC], Decreto Real 206, Diario Oficial *Gaceta de Madrid*, 24 de julio de 1889 (España).