

La donación es contrato solemne, y debe constar de escritura pública si excede de quinientos soles bajo pena de nulidad.

Causa seguida por don Juan Cerna con doña Julia E. Gonzales sobre pago de una dote.—Procede de La Libertad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos; con los ofrecidos como prueba de los que se dá cuenta en la fecha, y resultando: que a fojas 1 interpuso don Juan Cerna, por su esposa doña Carmen Ortega de Cerna, demanda ordinaria, por haberse declarado sin lugar la ejecutiva que anteriormente interpuso, para que doña Julia E. Gonzales, como hija única y heredera de don Felipe Gonzales, primer marido de su expresada esposa, le pagase a ésta la suma de 4,000 soles, é intereses que se devenguen como valor de la dote que el referido don Felipe Gonzales constituyó a favor de aquélla, recaudando la demanda con la escritura pública de su propósito, que corre en el expediente ejecutivo, que solicitó se pidiera por oficio al señor Juez doctor Ottone, ante cuyo despacho lo había iniciado; que corrido traslado de la demanda, y pedido dicho expediente, la demandada contestó a fs. 2 negando la obligación al pago de la dote que le cobra su madre doña Carmen Ortega de Cerna, por falta de solemnidades legales de la

escritura con que se recauda la demanda, deduciendo al mismo tiempo, la excepción perentoria de prescripción, e interponiendo mutua reconvencción para que la demandante le pague 3110 soles, como tercera parte de los arrendamientos producidos por la casa de su padre, situada en la calle de Ayacucho, en once años cinco meses transcurridos desde que cumplió 21 años; que corrido traslado de la mutua reconvencción, fué contestado por el demandante a fojas 4, negando la obligación de efectuar el pago que se reclama, recibándose la causa a prueba por diez días, que fueron prorrogados al máximum de ley, por decreto de fojas 6; que, por su recurso de fojas 8, el demandante ofreció como prueba, la testimonial a que se refiere, la pericial para la tasación de las mejoras implantadas en la finca, que aparecen de la razón que acompaña, y los expedientes de inventarios de los bienes de don Felipe Gonzales y el que siguió con don Fidel León por cantidad de soles, provenientes de alquileres de la misma finca; que, por su recurso de fojas 20, la demandada ofreció como prueba la testimonial de los testigos a que se refiere y la instrumental consistente en la escritura dotal que obra en el expediente ejecutivo, en los registros de los notarios públicos que funcionaron en los meses de Enero y Febrero de 1883, en las partidas de matrimonio y de defunción de D. Felipe Gonzales y de bautismo de la demandada, y en los expedientes de declaratoria de herederos y de inventarios de los bienes de don Felipe Gonzales; cuyas pruebas, así como las de inspección ocular y pericial ofrecidas por la misma demandante a fojas 26, se actuaron en la for-

ma que aparece de autos, habiéndose producido respecto de ellas, diversas incidencias que fueron tramitadas [y resueltas, como asimismo consta del expediente; que a fojas 147 se avocó el Juez que suscribe el conocimiento de la causa, y puesta por el actuario a la vuelta de dicho folio la certificación sobre el vencimiento del término de prueba, se entregaron los autos a las partes para que presenten su alegato, absolviendo este trámite a fojas 149 la demandante y no habiéndolo hecho la demandada, se expidió a fojas 153 el decreto de autos con citación para sentencia; que a fojas 154 presentó la demandada un informe para que se tenga presente al resolver la causa, mandándose por decreto del folio siguiente y a pedido de la demandante que se dé cuenta con los expedientes ofrecidos como prueba, notificándose con tal objeto al actuario Morales, y oficiándose al señor Juez doctor Ottone; que a fojas 157 y fojas 159 se presentaron por ambas partes los certificados de los Notarios Públicos sobre las escrituras extendidas en 1883, mandóse nuevamente a fojas 162 y a fojas 164 que se dé cuenta con todos los expedientes ofrecidos como prueba, y habiéndose traído a despacho la causa con dichos expedientes, menos el de declaratoria de herederos de don Felipe Gonzales, se expidió el decreto de fojas 168 vuelta, para que se traiga dicho expediente, del que se ha dado cuenta sólo en la fecha, por lo que ha quedado expedita la causa para pronunciar el fallo. Y teniendo en consideración: Primero: que aún cuando doña Carmen Ortega de Cerna ha demandado a su hija doña Julia Estela Gonzáles Ortega para el pago de 4,000 soles provenientes de la

dote, según así lo califica, que constituyó a su favor su primer esposo don Felipe Gonzales antes del matrimonio, por la escritura imperfecta protocolizada con posterioridad, con que reanudó la acción corriente a fojas una del juicio ejecutivo que se tiene a la vista; dicha donación no puede estimarse como dote, porque ésta sólo están obligados a constituir la las personas a que se refiere el artículo 980 del Código Civil, entre las que se encuentra el esposo, que es precisamente el que debe dar fé de la entrega y recibir la dote por escritura pública, conforme al artículo 991 del mismo Código, y no es posible legalmente que en una misma persona se reúnan ambas calidades, o sea la obligación de dotar y de recibir lo que el mismo debe dar; no pudiendo considerarse tampoco como donación *propter nuptias*, aunque así también se dice hecho, por la misma escritura, porque esta clase de donaciones, según su origen, son las que hacen los padres a sus hijos, atendiendo al matrimonio que van a contraer para sobrellevar sus cargas; Segundo: que no teniendo, para los efectos legales, la calidad de dote la suma prometida por la referida escritura, sólo puede estimarse como una donación esponsalicia, que es todo lo que el esposo dá a la esposa por razón del matrimonio, y cuya donación está comprendida en el Código Civil en sus artículos 1029 al 1032, bajo la denominación de arras, que hace suyas la esposa una vez verificado el matrimonio, pero el esposo no puede dar en arras más de la décima parte de los bienes que haya capitalizado conforme al artículo 957, y no sólo no está acreditado haberse cumplido con esta formalidad, que no

puede considerarse satisfecha con la declaración que hace don Felipe Gonzales en la misma escritura de los bienes que dice pertenecerle, sino que está de manifiesto que los cuatro mil soles prometidos en dicha escritura, excedían del valor de la décima parte de los bienes, toda vez que en el referido documento se expresa que si esa donación no correspondiese, como arras en su totalidad, se entiende el exceso como donación simple, de donde se deduce claramente que existía exceso sobre el valor de dicha décima parte, pues, de otra manera, no se habría hecho tal declaración; Tercero: que no estando valorizados los bienes que pertenecieron a don Felipe Gonzales, ni existiendo al respecto declaración ninguna; si bien está acreditado por lo que llevamos dicho, que los 4,000 soles excedían del valor de la décima parte, no hay base para apreciar si el exceso sobre las arras, quedó comprendido entre los límites de lo que la ley permite donar conforme al artículo 592 del Código Civil, no pudiendo por consiguiente, tampoco aplicarse la disposición del artículo siguiente 593, según el cual, las donaciones hechas en contravención del artículo anterior, son nulas en cuanto al exceso, el que se regulará por el valor de los bienes que tuvo el donante al tiempo de la donación, desde que no es posible determinar hoy ese valor, tanto por no haberse hecho durante la estación oportuna del juicio, cuanto porque habiendo consistido los bienes en capital movable y en dos fincas, de las que no existe sino una en poder de los herederos, habiendo desaparecido el capital que no se sabe a qué cantidad ascendió, y no conociéndose el valor que tuvieron las fincas en la

época de la donación, en el estado actual de la causa no sería procedente yá una valorización para reducir el valor de las arras y de la donación a sus justos límites; Cuarto: que la referida tasación por otra parte, carecería de objeto, por no haber estado formado el capital de bienes del marido por escritura pública, en conformidad con los artículos 957 y 958, para el efecto de la validez de las arras, según el artículo 1030 de la misma codificación, y porque la donación en cuanto al exceso sobre las arras tampoco puede considerarse válida, con arreglo al artículo 526, por no haberse otorgado por escritura pública desde su principio, como pudo haberse hecho, desde que está acreditado por el certificado de fojas 157, que no obstante la ocupación chilena, funcionó la Notaría Pública de don José Vicente Aguilar, precisamente en la época en que se efectuó la donación, y en que debió hacerse la escritura pública de capitalización de bienes, pues, de dicho certificado aparece que se otorgó una escritura en 30 de Enero de 1883, o sea tres días antes de que se otorgase con fecha dos de Febrero del mismo año el documento privado de donación, con que se ha recaudado la acción, cuya protocolización, que aparece hecha tres años después, en 26 de Diciembre de 1886, no lo hace convalecer, porque tanto conforme al artículo 809 del antiguo C. de E. C., como según el artículo 407 del C. de P. vigente, si la ley exige como solemnidad de algún acto o contrato el otorgamiento de la escritura pública, este es el único medio de probar su realidad y legitimidad; Quinto: que de otro lado la donación de lo que excediera sobre el valor de las arras, si éstas hubieran sido otor-

gadas conforme a ley, también sería nula a tenor de lo dispuesto por el artículo 589, por no haber sido hecha en bienes poseídos por el donante en la fecha de su otorgamiento, como se comprende por el hecho de no haber entregado la suma donada, como debía haberlo efectuado, si la hubiera tenido en su poder; y es prueba de que no la tuvo, y de que no la poseía, la forma como se redactó el documento en el que se otorga como dote la suma de 4,000 soles, sin entregarla, obligando al pago sus bienes el donante, sin señalar plazo para la entrega, y sin formalizar siquiera la garantía hipotecaria, por no haberse llegado a registrar; todo lo cual quiere decir que no tenía el dinero donado, habiendo prometido solamente entregarlo, con una garantía ficticia, como medio, seguramente, de conseguir la decisión de la presunta cónyuge para conseguir la celebración del matrimonio; promesa que no tuvo voluntad de cumplir, cuando no la hizo durante la vida conyugal, y si la llegó a cumplir, entregando, como es muy posible haya sucedido, el dinero por partes a su esposa, no ha quedado ni se ha presentado constancia de ella, dando con todo esto lugar para que por desacuerdos surgidos entre la madre y la hija, inicie aquélla a ésta una demanda que no encierra ningún fondo de moralidad, porque hiere en lo más íntimo los sentimientos filiales, al desconocer el amor que deben profesarse mutuamente los padres y los hijos, el cual debe excluir y hacer desaparecer toda clase de entredichos, con tanta mayor razón, si se trata, como en el presente caso, de un litigio en que la madre reclama de la hija un dinero que le ofreció y no cumplió en darle el padre, y que le

exige que lo pague íntegramente, como heredera de su padre, siendo así que la hija no es únicamente la heredera, sino que lo fueron también sus dos hermanos yá fallecidos Rafael y Víctor Gonzales, de quienes ha sido declarada heredera su madre la demandante, la que, por consiguiente, no tendría derecho a reclamar sino la tercera parte de la cantidad debida por su esposo, en caso de que se hubiera acreditado que la donación de los 4,000 soles, se hizo en forma legal, cuya suma la reclama íntegra la madre, no obstante de todo lo dicho anteriormente, y de que debe haber percibido mayor cantidad que la expresada, por los usufructos de los bienes de sus hijos durante todo el tiempo que lo ha administrado desde el fallecimiento de su esposo don Felipe Gonzalez; Sexto: que en mérito de todo lo expuesto, y no pudiendo, por consiguiente, deferirse a la demanda para el pago de una suma, cuyo monto ya sea que se reclame o considere como arras, o como donación simple, no se ha comprobado haya sido reducida a su límite o máximo legal, y para cuyo otorgamiento, efectividad y validez, no se han observado tampoco los requisitos y solemnidades prescritas por la ley; debe declararse infundada dicha demanda, desde que, como se ha visto, ella no está amparada por ningún fundamento que repose estrictamente en la ley, en la justicia ni en la moralidad; Sétimo: que aparte de todo esto, y aún en el caso de que la demandante tuviera derecho para reclamar de su hija el pago de la parte que le correspondiera abonar como heredera de su padre don Felipe Gonzales, la acción está prescrita, a tenor de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 560 del C.

C., ya sea que se cuente el término para la prescripción desde la fecha en que se otorgó el documento de donación, o desde que falleció don Felipe Gonzales, por haber transcurrido con mucho exceso más de los 15 años a que se refiere la disposición legal citada, como se comprueba al examinar el documento de donación y la partida de defunción de don Felipe Gonzales que corren en el expediente de declaratoria de herederos que se tiene a la vista, pues, doña Carmen Ortega debió demandar a su esposo para el pago de la suma donada con garantía de los inmuebles de su propiedad, en cuyo caso, si como lo sostiene la demandante, dichos inmuebles están afectos al pago, sería de aplicación al artículo 1097, conforme al cual el término de la prescripción de la dote, arras, y bienes parafernales corre contra la mujer cuando el término para prescribir hubiese empezado antes del matrimonio, como sucede con la escritura de donación otorgada antes del matrimonio; y si no demandó a su esposo debió demandar a su herencia haciéndole nombrar un defensor, ya que como madre de sus hijos menores representados por ella misma, no podía demandarlos directamente, pero como no ejercitó oportunamente su acción, por el trascurso del tiempo, sin que pueda alegar en su favor que ella sólo podía demandar desde la mayoría de edad de su hija, ni acogerse al art. 533 del C. C. conforme al cual el término de la prescripción no corre entre los hijos y sus padres, tanto porque dicha disposición, ha sido dictada en favor de aquéllos y no de éstos, así como también en amparo de las mujeres casadas y de los menores en general, como por que la acción la ha entablado doña Carmen

Ortega contra doña Julia E. Gonzales, no en su calidad de hija, que no hubiera podido acogerse a la prescripción, si prevaleciera el concepto de la demandante respecto de la interpretación del artículo 533 ya citado, sino la ha demandado en su calidad de deudora, como heredera de su padre, en cuyo caso, ya se trata de una entidad distinta, como lo es la herencia responsable del deudor, a la que debió demandarse en su oportunidad, y, por consiguiente, no es ni puede ser de aplicación lo dispuesto por el mencionado artículo 533; siendo, por lo tanto, fundada la excepción de prescripción deducida por la demandada, en apoyo de la cual cabe reproducir aquí la autorizada opinión del ilustre jurisconsulto don Toribio Pacheco, que en su obra "Tratado de Derecho Civil", página 153 dice "El C. Civil, después de sentar el principio general de que el término de la prescripción no corre contra el menor durante su minoría, agrega más abajo, que tampoco corre ni entre los hijos y sus padres, ni entre los menores y sus guardadores (artículo 533). Evidentemente esto es una superfluidad, puesto que en el principio general estaban comprendidos estos dos casos particulares. Y, lo es más todavía, si se considera que los padres y los guardadores son meros poseedores precarios de los bienes de sus hijos o pupilos, y la ley tiene cuidado de decirnos en otra parte, que los administradores de bienes ajenos, por ministerio de la ley, o por encargo particular, no pueden adquirirlos por prescripción (Arts. 469, 553), y ya hemos establecido antes que los poseedores precarios no prescriben jamás, porque no les es concedido cambiar, por sí y en favor suyo el título de su posesión. Advertiremos únicamente que la manera de

expresarse la ley, al decir que el término no corre entre los hijos y sus padres, es algún tanto absoluta y podría dar lugar a interpretaciones un tanto arbitrarias. Y, en efecto, cualquiera tendría razón para decir: la ley habla de los hijos sin distinción alguna; luego la disposición es aplicable a todos, menores y mayores. Pero bien se comprende que la ley sólo ha podido hablar de los menores, por la relación de estrecha dependencia en que están con sus padres; mas, un hijo mayor es una persona civil distinta e independiente del padre y los derechos del uno no pueden ni deben confundirse con los del otro; así que en rigor de derecho, no hay inconveniente para que un hijo mayor prescriba contra su padre o éste contra aquél, como tampoco lo habría para que el guardador prescriba contra su pupilo que ha llegado a la mayor edad, o viceversa, siempre que la prescripción se funde en un título que no sea precario"; Octavo: que en cuanto a la mutua reconvencción interpuesta por la demandada en el otrosí de su recurso de fs. 2, ella es fundada en lo que se refiere al pago de la 3.ª parte de los arrendamientos producidos por la casa del referido Felipe Gonzales, situada en la calle de Ayacucho, desde la fecha en que cumplió su mayor edad la demandada o sea desde el 12 de Noviembre de 1904, como consta de su partida de nacimiento corriente a fojas 5 del expediente de declaratoria de herederos de don Felipe Gonzales, pues, la demandante al contestar la mutua reconvencción aunque niega la deuda en lo que se refiere, seguramente, al monto de ella, conviene en el derecho de su hija para reclamar la parte que le corresponde en los productos de la finca, cuando sostiene que ésta sólo produce 32 soles, como asegura, consta del ex-

pediente de inventarios, y que de esta suma sería participe la señorita Julia E. Gonzales en la proporción concerniente, deduciendo, según lo insinúa, lo que le correspondería por cuarta conyugal y por mejoras que dice ha introducido y que deben pagársele, sin formalizar demanda ninguna al respecto; Noveno: que esta contestación por los términos en que está concebida implica el reconocimiento del derecho de doña Julia E. Gonzales a la tercera parte de los productos de la finca, pues, importa, también, la declaración de que no ha llegado a percibirlos desde que se le reconoce que tiene derecho a participar de ellos en la proporción conveniente, cuyo derecho está, además, probado con el expediente de declaratoria de herederos que se tiene a la vista en el que se declara herederos de don Felipe Gonzales a su hija Julia E. Gonzales y a sus hermanos Víctor y Rafael, por quienes hereda su parte su madre la demandante, correspondiéndole, por consiguiente, a la demandada la tercera parte de los productos de la finca, desde que no los ha percibido desde su mayoría, como implícitamente lo reconoce la demandante, y está, además, probado con las declaraciones de la mayor parte de los testigos ofrecidos por la demandada en sus declaraciones de fojas 54, 54 vuelta, fojas 59, fojas 68 vuelta, fojas 82, fojas 87 y fojas 88; y si bien el monto de lo producido por la finca durante el tiempo transcurrido desde que cumplió su mayor edad doña Julia E. Gonzales, no puede determinarse con exactitud, porque para ello no aportan datos fehacientes las declaraciones de los testigos; lo que corresponde a la demandada por razón de dichos productos, puede perfectamente ser

calculado con aproximación por peritos que se nombrarán para la ejecución de la sentencia en esta parte, los que tendrán a la vista los expedientes de inventarios, de embargo preventivo, el seguido contra don Fidel León por pago de arrendamientos, y el de administración judicial, derivado del que siguen las mismas partes sobre división y partición de la misma finca; Décimo: que en cuanto a la cuarta conyugal a que se refiere la demandante al contestar la mutua reconvencción, ella debe ser materia del expediente de división y partición o de juicio aparte, para determinar la participación que por este concepto le corresponde a la viuda en la propiedad de la finca, sin que esto obste en lo menor para disminuir la parte que corresponde a doña Julia E. Gonzales en la tercera parte de los productos de la finca; y en cuanto a las mejoras que se dicen introducidas por la demandante, no habiéndose formalizado demanda respecto a su abono, no es posible resolver nada al respecto en esta sentencia; y como la mayor parte de los testigos ofrecidos por ésta lo han sido con el objeto de acreditar tales mejoras, a cuyo fin tiende, también, el acta de inspección ocular de fojas 50 vuelta, y algunas contestaciones y preguntas a los testigos de la demandada, carece de objeto analizar tales pruebas, teniendo su derecho expedito la demandada para hacerle valer respecto a las mejoras en el expediente de división y partición, o en la forma que viere convenirle; Décimo primero: que por la misma razón, y por no haberse llegado a formar el incidente, ni a tramitar la tacha interpuesta a fojas 68 vuelta al testigo don Agustín Bustamante, de la demandada; carece, i-

gualmente, de objeto resolver nada sobre dicha tacha, que debe estimarse como retirada o no formulada, desde que el interesado no ha vuelto a solicitar nada sobre ella, ni a dar el papel sellado correspondiente para su tramitación. Por estos fundamentos administrando justicia a nombre de la nación. FALLO: declarando, como en efecto declaro, infundada la demanda interpuesta a fojas 1, de la que absuelvo a la demandada; fundada la excepción de prescripción de la misma demanda, deducida a fojas 2, y fundada la mutua reconvencción interpuesta por el otrosí del mismo recurso por la demandada en lo que se refiere a su derecho para percibir la tercera parte de los productos de la finca de la calle de Ayacucho, desde el 12 de Noviembre de 1904, en que cumplió su mayor edad, cuyo monto será determinado por peritos en el modo y forma que se deja expresado en el noveno considerando de esta sentencia, exonerando del pago de costas a la demandante por haber tenido motivos atendibles para litigar. Y por esta mi sentencia definitiva-mente, juzgando en primera instancia, así lo pronuncio, mando y firmo, estando en audiencia pública en la sala de mi despacho, en Trujillo, a los 31 días del mes de Diciembre de 1925.

Julio F. Quevedo

Ante mí

Samuel Medina

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Trujillo, 17 de Agosto de 1927.

Vistos; confirmaron la sentencia apelada de fojas 169, su fecha 31 de Diciembre de 1925, que declara infundada la demanda interpuesta a fojas 1 por don Juan Cerna, en representación de su esposa doña Carmen Ortega de Cerna, de la que se absuelve a la demandada doña Julia Estela Gonzales; fundada la excepción de prescripción deducida a fojas dos y fundada la mutua reconvencción interpuesta en el otrosí del mismo escrito en lo que se refiere al derecho de la demandada para percibir la tercera parte de los productos de la finca de la calle de Ayacucho, desde el 12 de Noviembre de 1904 en que cumplió su mayor edad, con lo demás que se expresa; y los devolvieron.

Tejeda—Vázquez—Boloña.

Se votó y publicó conforme a ley; de que certifico.

G. del Castillo.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

No sólo porque las arras a que se refiere la escritura protocolizada de fojas 1 de los ejecutivos, no se

constituyeron en escritura publica, sino en documento privado, en 2 de febrero de 1883, el que se protocolizó después, durante el matrimonio del donante don Felipe Gonzales con doña Carmen Ortega, sino porque el pago de los cuatro mil soles prometidos, se ha exigido a los herederos de Gonzales a los 30 años, cuando la acción había prescrito, es que resulta infundada la demanda de doña Carmen Ortega contra su hija Julia Gonzales.

De otro lado, está suficientemente probada la mutua reconvencción, y justificada, también, en esta parte, la sentencia de vista, que declara que doña Julia Gonzales tiene derecho a percibir la tercera parte de los frutos de la casa de la calle de Ayacucho, desde la fecha en que llegó a su mayor edad, apreciada por peritos.

No hay nulidad.

Lima, 22 de Octubre de 1928.

Araujo Alvarez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, Diciembre 10 de 1928.

Vistos: de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal; y considerando: que por documento pri-

vado, fechada en Trujillo el 2 de Febrero de 1883, ante cuatro testigos, don Felipe Gonzáles declaró que, teniendo pactado matrimonio con doña Carmen A. Ortega, la dotaba en la suma de cuatro mil soles plata, que correspondía a lo que libremente podía disponer de sus bienes, consistentes en capital movable y dos casas, una en la calle de Ayacucho y otra en la de la Unión, y que si esta donación *propter nuptias* no correspondiese como arras en su totalidad, se entendiese el exceso como simple donación; dejando constancia de que tal declaración no se hacía ante Escribano Público, por no funcionar ninguno, por razón de las circunstancias, pero que se elevaría a instrumento público en primera oportunidad: que, pocos días después, el 13 del mismo mes y año, se celebró el matrimonio: que el 3 de Noviembre de 1885, la Ortega se presentó al Juez y solicitó que su marido reconociera dicho documento; y practicada esta diligencia, se protocolizó el instrumento en 27 de Diciembre de 1886, después del fallecimiento de Gonzalez, ocurrido el 2 del propio mes y año: que casada la viuda en segundas nupcias con don Juan Cerna, demandó ejecutivamente a sus hijos, en Noviembre de 1914, como herederos de su primer marido, para el pago de la dote; y declarada sin lugar la acción ejecutiva, ha interpuesto, con el mismo fin, la demanda ordinaria de fojas 1 contra la única hija sobreviviente doña Julia Estela Gonzales Ortega, quien contradice la acción, deduciendo la excepción de prescripción, e interpone reconvencción para el pago de la tercera parte de los frutos producidos por la finca de Ayacucho, desde que llegó a la mayor edad: que la donación ve-

rificada por ese instrumento, es un contrato solemne, pues, según el artículo 596 del Código Civil, sin escritura pública no es válida la donación que exceda de 500 pesos; y conforme al Código procesal vigente en la época del contrato, lo mismo que al que hoy rige, si la ley exige, como solemnidad de algún acto, el otorgamiento de instrumento público, éste es el único medio de probar la realidad y legitimidad del acto: que es esencial la prueba legal sobre el hecho de que la donación precedió al matrimonio, porque si le siguiera, caería bajo la sanción del artículo 627 del Código Civil, según el cual son nulas las donaciones entre marido y mujer, durante el matrimonio: que como excusa por el no otorgamiento de escritura en registro público en la fecha del instrumento privado, Febrero de 1883, se alega que, en esa época la ciudad de Trujillo se hallaba ocupada por ejército extranjero, por consecuencia de la guerra, y que, por ausencia de garantías para celebrar transacciones y contratar públicamente, o no había notarías, o los vecinos se retraían, cautelosamente, de ocurrir a ellas: que consta de autos que la ocupación duró desde Febrero de 1881 hasta Junio de 1883, y que el Notario don Mateo Ortega ocultó su archivo en casa de un vecino respetable, y se vino a Lima, y que en el del otro, don José Vicente Aguilar, no se extendió en todo ese tiempo sino la escritura de cancelación de un pequeño crédito, el 30 de Enero de 1883, o sea tres días antes de la fecha del documento de donación: que si esto demuestra que no hubo verdadera imposibilidad para Gonzales de acudir a esta última Notaría, no se pueden desconocer los efectos naturales del sentimiento

público de desconfianza que reinaba entonces, pero que no autorizan a prescindir del único medio probatorio que consagra preceptivamente la ley, como condición *sine qua non* de la validez del acto, porque igual imposibilidad material existe y ha existido siempre en algunas provincias, en donde no hay notarios, por falta de candidatos o por muerte del que ha servido el cargo, mientras es reemplazado, y la ley no dispensa, en esa, ni en ninguna otra eventualidad, del requisito ineludible de la solemnidad, a los actos y contratos que la requieren, porque ello revolucionaría las instituciones, engendraría el régimen peligroso de la arbitrariedad y produciría más daño que beneficio: que bajo ningún concepto y por excepcionales que sean las circunstancias, puede el instrumento privado, que carece de fecha cierta, producir el efecto de una escritura pública; y, aunque se protocolice, por este medio se hace pública su existencia solamente desde que se agrega al registro, que es el único momento en que el Notario interviene: que la protocolización no se intentó siquiera en cuanto cesó el motivo de la ocultación, o sea en cuanto las fuerzas extranjeras evacuaron la plaza, Junio de 1883, sino en Noviembre de 1885, más de dos años después, y, todavía la protocolización misma se hizo en el año subsiguiente, después de la muerte del donante, no existiendo, por consiguiente, prueba o indicio de que la donación se efectuó en la fecha del documento o en cualquiera otra anterior al matrimonio: que, además, sobre la demandada, no recaen, exclusivamente, todas las obligaciones de su padre, porque de los 3 hijos que quedaron de su matrimonio, la demandante es heredera declarada de

los dos que han fallecido; y que, en virtud de lo expuesto, carece de objeto apreciar el fundamento de la excepción de prescripción. Por estas razones, y las contenidas en la sentencia apelada acerca de la reconvencción: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas 196, su fecha 17 de Agosto del año próximo pasado, confirmatoria de la de 1.ª Instancia de fojas 169, su fecha 31 de Diciembre de 1925, que declara infundada la demanda interpuesta a fojas 1 y fundada la reconvencción respecto al derecho de la demandada para percibir la tercera parte de los productos de la finca de la calle de Ayacucho, desde el 12 de Noviembre de 1904, cuyo monto se determinará por peritos, sin costas: condenaron en las del recurso a la parte que la interpuso: y los devolvieron.

Barreto.—Pérez.—Huamán de los Heros.—Quiroga.—Umeres.

Certifico: que el fundamento del voto del señor vocal doctor Quiroga es como sigue: considerando: que está probado que no se otorgó la escritura pública que exige el artículo quinientos noventa y seis del Código Civil para la donación que excede de quinientos soles, por la situación anormal de la provincia de Trujillo a causa de la ocupación extranjera: que este hecho notorio con trascendencia en todo el territorio del país y que también se hizo constar en la escritura privada de donación, constituye caso de excepción, proveniente de fuerza mayor, que subsistió has-

ta después de realizado el matrimonio de don Felipe Gonzales con doña Carmen Ortega en 13 de Febrero de 1883: que por consiguiente, está justificado el otorgamiento de dicha escritura privada, conforme a los principios generales del derecho, que es necesario concordar con las disposiciones de la ley: que no obstante la anterior consideración, debe tenerse en cuenta que no se pidió la protocolización cuando desapareció la situación anormal y como además se había convenido expresamente, sino trascurridos más de 2 años, ni se terminó el expediente de la materia, sino después de la muerte del marido en Diciembre de 1886: que este retardo inexplicable para verificar la comprobación, que autorizaba el artículo 851 del Código vigente entonces, enerva el mérito del instrumento que se ha presentado: que concurre igualmente el hecho de no haberse reclamado el pago de los cuatro mil soles, en el transcurso de casi treinta años desde la fecha de la protocolización; y que si bien es cierto que la prescripción no corre entre padres e hijos conforme al artículo 533 del Código Civil, esta razón no es suficiente para desvirtuar las expresadas anteriormente y en que se funda la contradicción a la demanda.

Agustín M. Escudero.

Se publicó conforme a ley.

Agustín M. Escudero.

Causa N.º 1560.—Año 1927.