

Donación, condición y conversión jurídica material

(Notas con ocasión de una nota crítica)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

SUMARIO: *Motivos de estas notas.*—I. *Concepto de donación.*—1. ¿Es la donación un contrato? ¿No es un contrato?—2. El concepto de la donación a través de la Historia.—3. Posición del Código civil, según la doctrina.—4. La donación, según el título II del Libro III del Código civil.—5. Nuestro Código civil y las donaciones «liberatorias» y «obligatorias».—6. Distinción entre las donaciones promisorias con obligación de dar y las donaciones traditorias contraídas bajo condición o plazo suspensivo.—7. Encuadramiento dogmático de la donación «mortis causa», del art. 620, entre las donaciones traditorias.—8. Configuración histórica de la donación «mortis causa», como donación condicionada.—II. *La condición y su encaje con las donaciones.*—1. Problemas que suscita el concepto estricto de la condición.—2. Concepto y caracteres del evento condicionante.—3. Causa y condición.—4. El supuesto de hecho de la donación «mortis causa» y el de la sucesión testamentaria.—5. La retroactividad y la irretroactividad del cumplimiento de las condiciones.—6. La situación de pendencia condicional y su normal irrevocabilidad.—7. Aplicación de la doctrina expuesta a las donaciones «mortis causa».—III. *Las donaciones de ulterior grado; su naturaleza.*—1. Origen histórico del artículo 641 C. c.—2. Intranscendencia de la aceptación de los ulteriores donatarios en vida del donante.—3. La transmisibilidad o intransmisibilidad en los fideicomisos contractuales.—4. Revocabilidad por el donante de las donaciones de ulterior grado en estado de pendencia.—IV. *La conversión jurídica material aplicada a las donaciones entre esposos.*—1. Naturaleza de la «confirmación donationis» en la Oratio y en el Corpus.—2. El problema en el Derecho histórico de Castilla.—3. Concepto y requisitos de la conversión jurídica material.—4. ¿Hay base objetiva para la conversión en donaciones «mortis causa» de las otorgadas entre cónyuges?—5. El tiempo del matrimonio, a través de la prohibición, con referencia al otorgamiento y a la efectividad de las donaciones.—6. La conversión y el artículo 1.334 del Código civil.

Terminada nuestra Guerra cuando dejé las armas para volver a abrir los libros de Derecho, entre los nuevos autores que con mayor interés y sugestión leí, desde sus primeras publicaciones, se contó Amadeo de Fuenmayor Champín.

No obstante, por curiosa paradoja, apenas me atreví a desenfundar mi pluma, me hallé en varios de mis trabajos enfrente de la opinión de Fuenmayor. Es de notar que si bien coincido con él en muchos extremos, sobre los que no he tenido ocasión de escribir, por pura casualidad resulta que de los menos de discrepancia me he ocupado principalmente en mis publicaciones.

Hace escasamente tres años conocí a Fuenmayor en el Seminario de Anuario de Derecho civil, en esas reuniones tan simpáticas que se celebraban los miércoles por la tarde en el Instituto de Estudios Jurídicos bajo la inteligente y afectuosa dirección de don Federico de Castro. Desde entonces, mi admiración hacia Amadeo ha aumentado y mi simpatía se ha convertido en sincera amistad. No obstante, muchas veces, seguimos discrepando en terreno jurídico. Discrepancias que, si cabe, aumentan y fortalecen nuestra buena amistad, pues los dos estamos igualmente convencidos de que, como dice Palomino, el Derecho sería muy aburrido si todos opinásemos igual, y porque, ambos, sabemos tomar con espíritu deportivo esas escaramuzas jurídicas.

Precisamente, es Fuenmayor un maestro en el difícil arte de defender opuestas opiniones, cuando hace falta, para dar color y sabor a un debate jurídico. Hábil en la argumentación, rápido en la respuesta, es capaz de hacer cambiar en unos instantes la opinión de la mayoría, con ese arte de los grandes abogados, que saben convencer a los demás aunque ellos mismo duden.

Creo que en la nota crítica a mí dedicada (1), ha hecho gala de esa cualidad suya. Para que una nota crítica tenga «salsa» hay que discrepar del autor comentado. Debe defenderse la opinión opuesta. Eso ha hecho Fuenmayor con extraordinaria habilidad y en escasas líneas de clara y precisa prosa. De lo que no estoy del todo seguro es de que haya quedado completamente convencido de llevar la razón. Ha suscitado interés en torno a un tema que lo merece, por su trascendencia, y nos ha obligado a volver sobre algunos de los extremos, que a su fino sentido crítico le han parecido menos fundamentados, más quebradizos y frágiles.

Por eso, nuestra contranota crítica no se enfrenta con Fuenmayor, sino con una tesis, que ocasionalmente, como una finta, ha esgrimido en un juego en el que es probable que él mismo no haya tomado seriamente partido.

En sus conclusiones, dice Fuenmayor (2), que «si (*Vallet*) se hubiera limitado a la exégesis del artículo 620 revisando el parecer de la doctrina, apoyado en la letra del precepto, yo confieso (*habla Fuenmayor*), que me habría hecho dudar, y hasta hubiera pasado de la vacilación al convencimiento de que llevaba

(1) *Sobre una revisión de las donaciones "mortis causa" en el Código civil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV-III, págs. 1082 y ss.

(2) Pág. 1095.

de su parte toda la razón. ¿No estaban admitidas antes del Código las donaciones *mortis causa*? ¿No se asemejaban, a la vez, a los legados y a las donaciones *inter vivos*? Pues podían seguir *participando* de la naturaleza de unos y otros: legados en su régimen y donaciones por su otorgamiento».

Pero..., yo no me contenté con esta labor de exégesis, quise explicar la figura. Para explicarla utilicé unos conceptos que, según mi crítico, no son ortodoxos. Por ello me condena: «Tras ese examen (*de las piezas de que me serví*), parece claro que si, por su letra, el artículo 620 no sería obstáculo a la vida de las donaciones *mortis causa*, éstas han sucumbido en nuestro Código civil, porque según ha demostrado cumplidamente Vallet sólo podrían vivir como donaciones, pero de su propia construcción resulta que en el campo de las donaciones no hay en rigor cabida para ellas.»

Aquí observamos un hábil juego de prestidigitación en la crítica. Estima admisible la existencia de las donaciones *mortis causa*, según la exégesis del art. 620 C. c...., pero no le convence, la descripción, la viabilidad de la explicación técnica, que nosotros damos de las mismas, y por eso, en lugar de rechazar simplemente nuestra explicación, niega la posibilidad de aquello que, en principio, estimó posible, pero que no se ha sabido explicar a su satisfacción.

Esto nos recuerda cierta anécdota. Se hallaron por un joven naturalista unos huesos. Restos de un animal prehistórico desconocido. Se publicó el hallazgo, y su descubridor, no contento con ello, quiso aplicar prácticamente la ley de la correlación de Cuvier. Su reconstrucción teórica del animal prehistórico le pareció disparatada a su maestro. Un animal de aquella estructura no podía existir ni haber existido nunca. Era un imposible. Pero el maestro, indignado, no se contentó con esta afirmación, sino que decepcionado proclamó, como consecuencia, que aquellos huesos no existían, ¡que era imposible que se hubieran encontrado!

En nuestro caso, entra en la esfera de lo probable que sea errónea nuestra construcción de la donación *mortis causa*, que hayamos partido en su elaboración de conceptos inexactos; pero ello no podrá ser argumentado para negar la posibilidad conceptual de esa figura milenaria de la donación *mortis causa*. De ella no sólo conservamos sus huesos. Sino que—como nuestro crítico reconoce—puede tener cabida en nuestro Derecho vigente según el texto del artículo 620 C. c. Nuestras deficiencias al pretender su explicación, no bastan para borrar de un solo golpe aquellas realidades. La falta de explicación satisfactoria de un hecho probado no es argumento contra la existencia del hecho que sin fortuna se quiso explicar. Sólo probará la limitación de nuestras facultades. De paso que constituirá un ejemplo más a oponer a quienes quieran abusar del método dogmático.

No obstante, aún aceptando la posibilidad de haber partido en nuestro citado trabajo de unos conceptos fundamentales desenfocados e inexactos, no creemos que ciertamente haya sido así. Modestamente vamos a insistir en las líneas básicas de esos conceptos, que Fuenmayor nos rechaza. Éste va a ser, precisamente, el objeto de las presentes notas.

I

CONCEPTO DE DONACIÓN

Mucho se ha discutido la naturaleza de las donaciones. Autor de la talla de Biondi (3) nos confiesa que «la colocación de la donación en el sistema jurídico presenta dificultades y genera discusiones, que se hacen patentes siempre, incluso hoy, en toda reforma legislativa». Nosotros, sin rotundidad, trataremos de defender nuestra tesis, pues creemos que no faltan razones y argumentos para ello.

1. ¿Es la donación un contrato? ¿No es un contrato?

Antes de contestar a esta pregunta debemos empezar por ponernos de acuerdo acerca de lo que es un contrato.

Castán (4) dice que las definiciones del contrato que encontramos en los autores y legislaciones modernos responden a diversas concepciones. Principalmente a las siguientes:

a) *Concepción amplia*: Identifica la noción del contrato con la convención o acto jurídico bilateral, incluyendo en ella todo acuerdo dirigido a crear relaciones de obligación, o modificar o extinguir las existentes, o a constituir relaciones de derecho real o de familia.

b) *Concepción estricta*: Separa con toda precisión convención y contrato, especie éste y género aquélla. Según ella, contrato es exclusivamente el acuerdo dirigido a *constituir una obligación patrimonial*.

c) *Concepción intermedia*: Sin identificar convención y contrato extiende este concepto a todo acuerdo dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico—obligatorio o real—de contenido patrimonial o económico.

Nuestros clásicos también distinguieron varias acepciones de la palabra contrato. Así el jesuita Luis de Molina (5) separa:

(3) *Donazioni*, en el T. X del *Trattato di Diritto Romano*, dirigido por ALBERTARIO (Milán, 1943), § 1, pág. 631.

(4) *Derecho civil español común y foral*, II-II (Madrid, 1939), pág. 185 y ss.

(5) *Los siete libros de la Justicia y el Derecho* (Traducción, estudio preliminar y notas de MANUEL FRAGA IZIBARNE, Madrid, 1943), T. II, Vol. I, Disp. CCLII, núms. 4, 6 y 7, pág. 199 y ss.

a) *El contrato en sentido propio y estricto*: siguiendo a Labeón, a través de Ulpiano (1. Labeo, II, ff. de verb. signif.): «es la mutua obligación de dos personas». Es decir, «es un pacto del cual surgen obligaciones recíprocas» (6).

b) *En sentido más amplio, pero menos propio*, comprende «todo pacto que produzca obligación al menos para una de las partes». Concepto que recoge de otros textos romanos.

Es interesante, a nuestro objeto, el ejemplo que Molina pone para aclarar este segundo concepto: «En esta acepción del contrato, la donación, si se considera desde el momento de la tradición de la cosa donada no es un contrato, ya que por lo mismo que la cosa se entrega, no hay obligación alguna en justicia, ni de parte del donatario que la recibió y la acepta, ni de parte del donante, que en adelante no tiene deber alguno» «Mas cuando la donación se considera en el momento de la promesa, es un contrato en esa segunda acepción, pues si bien de la promesa aceptada no surge obligación alguna por parte del donatario, sí, en cambio, de parte del donante. Pues aunque tal promesa surge por la liberalidad del donante, siendo, por tanto un acto de liberalidad del promitente, y no de justicia, de ella resulta, no obstante, obligación en justicia, por la cual el promitente queda en justicia obligado a cumplir lo que prometió movido por la simple liberalidad.»

c) *En sentido latísimo y todavía menos propio*, comprende todo pacto, produzca o no obligación, considérese en el momento de la promesa o en el de la tradición, desde el momento que sea aceptado.

Explicando que, «aunque la donación aceptada que empiece en la tradición no produce obligación alguna, ni de parte del donante ni del donatario, por cuanto transmite el dominio mediante el concurso de las voluntades del donante, que consiente en donar, y del donatario que consiente en aceptar, estamos ante un pacto y, por tanto, en un contrato en esta última acepción de que ahora tratamos».

¿Cuál es el concepto de contrato que acepta el Código civil?

Ciñéndonos al Título II del Libro IV de dicho Cuerpo legal, creemos que en éste se admite la concepción calificada por Castán de estricta y que el jesuita Luis de Molina consideró intermedia entre las que juzgó más estricta y latísima, o todavía menos propia. Es decir, entiende como contrato todo convenio generador de obligaciones para ambas partes o para una sola de ellas.

El artículo 1.254 nos dice: «El contrato existe desde que una o varias personas *consienten en obligarse*, respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio.»

(6) Según esa acepción, sólo serían verdaderos contratos los llamados por la doctrina moderna contratos bilaterales. Aun entendiéndose que la donación impone obligaciones al donante, LABEÓN y ULPIANO hubiesen felicitado a Napoleón, contra el parecer de todos los juristas del pasado siglo.

Y el artículo 1.261 expresa que: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: ...3.º Causa de la *obligación* que establezca.»

2. *El concepto de donación a través de la Historia.*

Conocido el concepto estricto y técnico de contrato, según nuestro Código civil, podemos entrar en el examen de si, según su régimen positivo, puede la donación ser conceptuada siempre, nunca, o a veces, como contrato en su estricta acepción legal.

Pero, a fin de poder situarnos con más seguridad, estimamos conveniente comenzar por el examen de las diversas concepciones a que la donación ha dado lugar a través de la Historia del Derecho.

Al efecto, podemos resumir que las leyes y los autores han considerado la institución de que nos ocupamos de tres distintas maneras. Como *causa*, como *modo* y como *título*.

La palabra *causa* la empleamos aquí significando *animus justificante* como *fin inmediato perseguido con un negocio dado*.

El término *modo* vamos a usarlo *ampliamente*, como acto por el que *se transmite* el dominio u otra titularidad real o crediticia, bien vaya precedido de título, bien lo lleve insito o en sí mismo o no lo requiera e, incluso cuando el mismo título tenga por sí solo eficacia traslativa.

Finalmente hablaremos del *título*, en su sentido más restringido asimilándolo a contrato dirigido a producir un acto traslativo para cuya efectividad necesita ir seguido de un *modo* de adquirir.

Hacemos estas aclaraciones por la ambigüedad y diversidad de significados con que se usan esas tres palabras.

En el Derecho romano, la donación recorrió esas tres concepciones. En su última fase pudo tener distinta naturaleza según el negocio mediante el cual se efectuaba.

En efecto:

A) Lo mismo en el Derecho primitivo que en el clásico, hasta tiempos de Constantino, la donación no fué sino una *causa* que pudo acompañar a los más diversos actos de naturaleza patrimonial—aunque no fuesen negocios jurídicos—. Así lo explicó Savigny (7) y lo entienden todos los romanistas modernos: Bonfante (8), Arangio Ruiz (9), Jors-Kunkel (10), Biondi (11), etc.

(7) *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. española de MESSIA Y POLEY, 2.ª ed., Madrid, s. f., vol. II, § CXLII y pág. 7 y ss. Habla de la «falsa idea de que la donación es un acto jurídico particular cuando, realmente, tiene un carácter general que pueden revestir los más diversos actos jurídicos, que es simplemente una *justa causa*».

(8) *Instituciones de Derecho Romano*, traducción española de la 8.ª edición, por BACCI Y LARROSA, revisada por CAMPUZANO (Madrid, 1929), pág. 524. Dice que donación es «aquella *causa* gratuita por la que alguno (el donante) realiza

El último de los citados autores señala que después de la *Lex Cincia* fué necesario individualizar la *causa donationis* ya que todos los actos cumplidos *donationis causa* se sujetaron a un régimen particular, coexistente, no obstante, con el régimen privativo de cada acto. Entonces se entendió por donación *toda atribución patrimonial gratuita*. Con este concepto global amplio, aplicable a efectos de aquella ley, coexistió otro concepto igualmente global, pero más restringido, aplicable a efectos de la prohibición de las donaciones matrimoniales. A tal efecto dicha prohibición no se extendió a todo acto realizado *donationis causa*, sino sólo a los que producían *enriquecimiento en el donatario*.

En esta determinación del *animus donandi* y del *enriquecimiento del donatario* puede hallarse el gérmen del concepto específico de donación. Los clásicos no llegaron a él, sino que sólo vieron un grupo genérico de negocios, de la más diversa naturaleza, aproximados a efectos determinados por su *causa* y por uno de sus efectos (el enriquecimiento del donatario).

B) Constantino en una ley, transmitida en los fragmentos Vaticanos (249, núm. 11), orientó las donaciones en otra dirección. Hizo de la donación, como dice Biondi (12), un *negocio típico*, sujeto a su forma propia y régimen jurídico específico. Pero, como negocio *traslativo del dominio—modo de adquirir «donandi animus»*—y rigurosamente formal, para cuya validez requería bajo pena de nulidad: a) un acto escrito; b) *traditio advocata vicinate*; y c) depósito del documento *apud acta*.

Con ello restringió el concepto de la donación. Sólo las donaciones traslativas de la propiedad, o a lo más las constitutivas de derechos reales, quedaron dentro del concepto. Los demás actos realizados «*donationis causa*» quedaron fuera del concepto estricto de donación.

C) Con Justiniano se amplía el concepto de donación. La Constitución 34 del Código, título *De donationis* (VII-LIV), del año 529, abarcando *omnem donationem*, habla de la donación de cosas y de la de prestaciones, verificadas éstas a través de la

a favor de otro (el donatario) el traspaso definitivo de derechos patrimoniales por la pura y simple intención de beneficiar».

(9) *Instituzioni di Diritto Romano* (Napoli, 1943), pág. 578. Expone que «donación no era entre los romanos el nombre de un negocio jurídico que tuviese propia forma y efectos propios; más bien era la indicación de un fin práctico, al cual podían servir variados negocios».

(10) *Derecho privado Romano*, traducción de la 2.ª ed. alemana, por PRIETO CASTRO, Barcelona, 1937, § 153, núm. 1, pág. 350 y s. «La donación en cuanto a tal no creaba por lo menos según la concepción clásica obligaciones por sí; era simplemente una causa, a la que debía seguir una enajenación, cesión o remisión (donación al contado); si el donante quería sólo obligarse, hacia falta, por regla general, una promesa formal o estipulación (hecha *ex causa donationis*); hasta el Derecho Justiniano no se concede valor a la promesa simple de donación».

(11) Op. cit., pág. 672 y ss.

(12) Pág. 679 y ss.

stipulatio. Y la Const. 35, eod., tít., del siguiente año, ya admite las donaciones puramente obligatorias nacidas de meros pactos e incluso prevé el caso de donaciones de cosas no comprendidas en el patrimonio del donante.

En el párrafo quinto, de dicha ley, leemos: «Mas si de ninguna manera hubiere el donador expresado esto (la retención del usufructo), pero en la donación se hubiere insertado una *stipulatio*, sea compelido a fuerza de ésta a hacer la entrega. Pero si también ésta se hubiere olvidado, y él no retuviere el usufructo, impóngasele, sin embargo, por nuestra ley también la necesidad de entregar lo que quiso donar, a fin de que no sea inútil la donación porque no hayan sido entregadas las cosas, y para que no se confirme la donación por la entrega, sino que el efecto necesario de la entrega siga a una liberalidad plena y hecha perfectísima con arreglo a nuestra ley, y el donador tenga necesidad de entregar de todos modos las cosas o la parte de bienes que hubiere designado o todos los bienes...».

Y en la Instituta (II-VII, § 2), hablando de las donaciones *inter vivos*, dispuso: «se perfeccionan, cuando el donante hubiera manifestado su voluntad por escrito o sin escrito, y una constitución nuestra ha querido que, a ejemplo de la venta, tengan también en sí necesidad de la tradición, de modo que, aun cuando no se entreguen, tengan plenísima y perfecta validez, e incumba al donante la necesidad de la tradición».

Como Biondi (13) observa, Justiniano dejó de exigir la *traditio* para la existencia de la donación. «Aquella *traditio* exigida por los clásicos para la *perfectio donationis*, y por Constantino como formalidad y cumplimiento del acto, no la exigió Teodosio para la donación *ante nupcias* y desapareció del todo con Justiniano. Como en la venta, no es elemento de perfección de la relación, sino obligación del donante.»

Ahora bien, siguiendo al propio Biondi, en el régimen Justiniano debemos distinguir:

a) *Donaciones reales* para las que, según su cuantía, se exigía el acto escrito y la *insinuatio apud acta*. La propiedad, en ellas, se transfiere por el consentimiento legítimamente prestado. No requieren la tradición para la perfección de la relación; aquélla es sólo una obligación posterior del donante. Esas donaciones eran, pues, negocios traslativos del dominio. *Modo* de adquirir en sentido lato, aunque no en sentido estricto. No eran donaciones meramente obligatorias, sino traslativas, sin necesidad de *traditio*. La obligación de realizar ésta: puede decirse, por lo tanto, que era una consecuencia del cambio de dominio. Además, en la práctica, las donaciones se llegaron a otorgar con la fórmula *dono, cedo, trado, et mancipio et ex meo iure in vestro iure transcribo*.

(13) Pág. 688 y ss.

Más delante se habló de *sollemnis et legitima traditione*, fórmula que acabó siendo de estilo y con la cual se fundieron en un solo acto y único instrumento la donación formal traslativa del dominio *solo consensus* y la *traditio* de la cosa donada.

b) Las demás donaciones reales que no excedían del valor de 500 sueldos sólo se perfeccionaban por la *traditio*, como en el régimen de Constantino. Sin *traditio* no había donación. Pero las rigideces y publicidad de la *traditio advocate vicintate* es suavizada hasta el máximo, admitiéndose al efecto la eficacia de la *traditio ficta* o *tácita*.

c) La donación obligatoria sólo había sido factible antes de Justiniano a través del contrato formal: la *stipulatio* otorgada *donationis causa* (14). Pero Justiniano da al simple pacto valor de *causa donationis* y fuerza de obligar, exigible a través de una *condictio* a la que sólo era oponible el beneficio de competencia (15). Es más, Justiniano llega a prescindir de la aceptación en algunos casos, como en la constitución de dote por un tercero (fr. 43, § 1.º Dig. XXIII-III) (16).

D) En el *Derecho común* la doctrina no fué unánime, conforme nos expone Bussi (17). Placentino añadió a los contratos reales, enumerados por Gayo, la *permutatio*, la *donatio* y las figuras de contrato cuyo nombre comenzaba con la sílaba «do». Y fué doctrina común, que, significando *donatio*, *donidatio*, *datio*, *dominii traslatio*, debía deducirse que *proprie loquendo non dicitur donatio nisi cum pervenitur ad traditionem et ad dominii traslationem*. En cambio, Paulo de Castro observó que la donación *et olim et hodie erat et est contractus nominatus, quoniam habet speciale nomen quod alteri non convenit* y que se perfeccionaba con el simple *consensus* (18).

E) En *Derecho histórico español*, de una parte, vemos recogida en las Partidas la doctrina justiniana. Así la ley 4, del Título IV, de la Partida quinta, admitió que «cuando la donación es fecha simplemente por carta o palabra, más non es aún entregado aquél a quien la fazió, tenuto es de cumplirle aquel que la

(14) Ver BONFANTE, op. cit., pág. 526, y JÖRS-KUNKEL, op. cit., pág. 351.

(15) Ver LUIS DE MOLINA, op. y vol. cit., Disp. CCLV, núm. 8, pág. 229.

(16) Respecto al régimen anterior se planteó una discusión acerca de la necesidad de la aceptación de las donaciones. En ella terciaron, entre otros, de una parte, WINSCHIED y ASCOLI, y de otra, PEROZZI. Los primeros apoyándose en el famoso texto de ULPIANO (Dig. XII-I-18) defendieron su necesidad, PEROZZI, con sólida argumentación, contrarrestó esa tesis. Dicha polémica la recoge XIRAU PALAU, en el tomo CXLIII, de la Rev. Gral. de Leg. y Jur., página 317 y ss.

(17) *La formazione dei dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune* (Padua, 1937), núm. 53 pág. 234 y s.

(18) Ad. 1, 7, pr., D. II-XIV, núm. 5, cita de BUSSI (op. cit. núm. 55, página 240 y s.).

faze o sus herederos. Pero esto se deve entender de esta guisa: que si aquel que la donación ha de cumplir, fuese tan rico, que aya, de lo que le fincare, tanto de lo suyo que puede bien bevir, de guisa que non aya que demandar lo ageno; entonces es tenuto en todas guisas, de la dar complidamente. Mas si por aventura non le fincasse de que pudiese bevir, si la compliesse, estonces non sería tenuto de cumplir la donación».

Pero, en cambio, vemos como el Derecho genuinamente castellano, el Fuero Real, recoge solamente la donación dispositiva. Así lo comprobamos en la Ley 1.^a del Tít. XII, Libro III: «Maguer que cualquiera ome que *diere alguna cosa a otro*, non gela pueda después toller...». La ley 2.^a añade: «Toda cosa que *un home diere a otro e la metiere en su poder o la diera dende carta (traditio cartae*, o injerto germánico en la tradición romana; como glosó Díaz de Montalvo) (19): *qui dat instrumentum, videt rem donare, et tradere*) no gela pueda después toller, sino por alguna de las cosas que manda la ley». Y, la ley 6.^a (recogida como ley 1.^a Título VII, Libro X, de la Nov. Rec.), distinguiendo las donaciones *inter vivos* de las *mortis causa*, dijo: Donaciones fazense en dos maneras, o por manda en razón de muerte, o en sanidad sin manda: la que es fecha por manda puedela aquel que la fizo dar a otro, o retenerla para sí si quisiere; e la que es fecha de otra guisa, *non la pueda toller aquel que la dió*, sino por las razones que manda la ley; *y esto si fuere hecha la donación assí como manda la ley.*»

No obstante, los clásicos castellanos, entendidas las normas de las Partidas y del Derecho romano como supletorias del Derecho real, distinguieron dos formas de donación, que ya habían sido diseccionadas por Accursio.

Antonio Gómez (20), al efecto, dice: *Et talis donatio sit et celebratur dupliciter. Primo modo, «traditione rei». Secundo modo, «promissione». «Traditione», quando nulla praecedente promissione vel obligatione quis tradit rem suam alteri, causa donationis: qua tunc statim valet, et perficitur donatio, et transit domium, et plenum jus rei in accipiantem ex illo titulo, et causa donationis. «Promissione», quando quis se obligavit alteri ex causa donationis dare, vel tradere aliquam rem. Qua cosa de jure antiquo requirebatur solemnis stipulatio: et talis contractus celebrabatur verbis... Hodie tamen sufficit pactum nudum, et sic solo consensu partium.*

El citado Molina (21), coloca entre los contratos reales a la *donación en sentido estricto*, que dice se considera perfecta y toma el carácter de contrato nominado cuando se celebre la tradición real o fingida. Y añade, que algunas veces se toma la *donación en*

(19) Glosa a la citada ley del Fuero Real, Ed. Salamanca 1569, fol. 130 vto.

(20) *Variae Resolutiones Iuris Civile Romani et Regni* (Lugduni, 1701), Lib. II, cap. IV, núm. 1, pág. 243.

(21) Op. y vol. cits. Disp. CCLIV, núm. 14, pág. 221, y Disp. CCLXXIII, números 2 y 3, pág. 393 y 5.

sensu lato, comprendiendo también la promesa gratuita antes de su cumplimiento.

Entre ambas figuras, donación en sentido estricto y donación en sentido lato, se señalan, en cuanto a sus respectivos efectos, las siguientes diferencias:

1.ª La primera transmite el dominio, mientras la segunda sólo engendra acción personal a favor del donatario; por lo cual «si el promitente entrega a otro la cosa prometida, por título gratuito u oneroso, le confiere el dominio, mientras que la persona a quien hubiese prometido sólo tendrá una acción personal para reclamar la indemnización de daños y perjuicios al promitente» (22).

2.ª El requisito de la tradición, en la donación propiamente dicha, excluye a los bienes futuros como posible objeto. En cambio, tales bienes podían constituir el objeto de una donación promisoria (23).

3.ª El donante en una donación *stricto sensu* no debe responder por evicción ni saneamiento. Incluso pactándose expresamente dicha responsabilidad, ésta no sería consecuencia de la donación sino de dicho pacto adjunto. Y si el donante al donar sabía que la cosa donada pertenecía a un tercero, y el donatario hizo gastos en ella, si bien debe responderle de dichos gastos y demás perjuicios, nunca del valor de la cosa donada, dicha obligación procede de dolo del donante, mas no de la donación. Es una obligación cuasi delictual (24).

Por el contrario, se entendió que la donación promisoria engendraba esas obligaciones de evicción y saneamiento. Pues, «aunque tal promesa surge por la liberalidad del donante, siendo, por tanto, un acto de liberalidad del promitente, y no de justicia, de ella resulta, no obstante, obligación en justicia, por la cual el promitente queda en justicia obligado a cumplir lo que prometió movido por simple liberalidad».

Menos radical que Gómez; el jesuita Molina distingue según la cosa prometida fuese cierta y determinada en singular o genérica o indeterminada. En el primer caso, sólo admite el deber de evicción para cuando el donante «al prometerla tuviere la intención de obligarse a dar una cosa semejante o su valor, en el caso de que aquella no fuese suya», y cuyo ánimo estima que, en general, no puede presumirse en el promitente. En cambio, Gómez, al contrario que para la donación traditoria (*quod... non tenetur donator de evictione, nec ad aestimationem rei, modo scienter donavit, modo ignoranter*), estima que, en todo caso, el donante en la donación promisoria *indistincte teneatur de evictione, modo scienter donet rem alienam, modo ignoranter, modo in genere, modo in specie*».

(22) Disp. CCLXXXIII, núm. 3, pág. 394.

(23) Ver LUIS DE MOLINA, Disp. CCLXIX, núm. 1, pág. 362.

(24) ANTONIO GÓMEZ (op. cit., II-II, núm. 35, pág. 217), y LUIS DE MOLINA (Disp. CCLII, núm. 6, pág. 200 y s.).

4.ª Mientras la donación perfecta sólo se podía revocar por las causas concretamente previstas por el Derecho, a la donación promisorias se le añade otra causa: la mutación en el estado de las personas o de las cosas o negocios. Entre las cuales, la más importante se refiere al hecho de caer el donante en estado de pobreza, en cuyo caso se le concedía el *beneficium competentiae*. Dice Molina (25), que «en la promesa, que es una especie de ley que el promitente se impone a sí mismo, no se juzgan comprendidos los casos que hubiere exceptuado si se le hubieran ocurrido o propuesto. Y nadie puede ser mejor intérprete de su propia promesa que el mismo promitente, aunque haya prometido en absoluto y no haya pensado en tales casos inopinados. Mas cuando sobrevengan, deberá preguntársele si cuando, al prometer, se le hubiere interrogado sobre ellos, hubiera contestado que era su intención no comprenderlos en su promesa, y si así lo declara, deberá estarse a su afirmación».

5.ª La donación traditoria requería la aceptación por el donatario o bien por un nuncio o un mandatario suyos. En cambio, tratándose de la donación promisorias se afirmó que, en Castilla, en virtud de la célebre ley única, Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, la promesa donatoria era obligatoria aún antes de la aceptación por el donante. Así lo entendieron Antonio Gómez (26) y el jesuita Luis de Molina (27). En cambio, opinaron contrariamente que era revocable la donación no aceptada, el otro Luis de Molina (el Doctor) (28) y Covarrubias (29), así como Gregorio López (30), aunque éste admite que si por las palabras de la donación constase que el donante ha querido obligarse, o que ha prometido no revocar la donación, o si la ha confirmado por juramento, será irrevocable en virtud de aquella ley de Castilla, incluso antes de la aceptación.

En estos casos excepcionales, observa el propio Gregorio López, el donante «se obligará personalmente, en virtud de dicha ley, a favor del ausente, pero no se transferirá el dominio al donatario mientras su aceptación no exista».

6.ª Para la donación perfecta hacía falta capacidad para disponer, por tratarse de un acto de enajenación, en cambio, en la donación promisorias bastaba la capacidad para obligarse, sin

(25) Disp. CCLXXII, núm. 2, pág. 387.

(26) Op. cit., II-IV, núm. 3, pág. 245, «Hodie tamen de Jure regio attenta praedicta lege ordinarie indistincto modo sit constitutus Procurator, modo nuncius, modo nullus, sed simpliciter coram testibus donet, vel promittat efficaciter tenetur, et non potest actus revocari».

(27) Op. y vol. cit., Disp. CCLXIII, núm. 9, pág. 296.

(28) *De Primogenitorum Hispanorum Origine ac Natura* (Lugduni 1.749), IV-II, núm. 69, pág. 589.

(29) *Variarum ex Jure Pontificio Regio et Caesareo resolutionum*. Lib. I, cap. XIV, núm. 11, en *Opera Omnia* (Antuerpiae 1.614). Vol. II, págs. 63 y ss.

(30) Glosa a la Ley 4, tit. IV, Partida quinta.

perjuicio de que el menor pudiese ejercitar la *restitutio in integrum* (31).

7.^a La promesa liberal de transferir una cosa o un derecho imponía al donante la obligación de entregarlos, actuando la tradición de modo complementario del título representado por aquel contrato. De forma que si la donación promisorias era condicional o a plazo, el título se purificaba al vencimiento de aquéllos y la tradición seguía siendo necesaria para que la titularidad se transfiriese. En cambio, en la donación dispositiva aplazada o condicionada se transmitía *ipso iure* el dominio o derecho real objeto de la donación, tan pronto como se cumplía la condición o el plazo, sin necesidad de tradición (32). Esta transferencia eliminaba la existencia de obligación en el donante, que nada debía hacer, pues la disposición se cumplía automáticamente. El posterior deber de entregar la cosa, era consecuencia inmediata del cambio de dominio y sólo mediata de la donación. Ahora bien, si la obligación faltaba siempre en las donaciones dispositivas, en cambio, según la donación fuera *inter vivos* o *mortis causa*, se daba o no vinculación en el donante. En las donaciones dispositivas *inter vivos* condicionales o aplazadas el donante se hallaba vinculado, aunque no obligado. En las *mortis causa* ni vinculado ni obligado. En las promisorias obligado de modo puro, condicional o a plazo, según la modalidad que hubiere acompañado al contrato liberal.

E) *En el siglo pasado* se pueden observar en la doctrina las siguientes orientaciones:

a) La que siguiendo la opinión clásica, a través de Febrero, separaba la donación hecha con tradición sin proceder promesa, «en cuyo caso se transfiere inmediatamente el dominio al donatario», y la promesa que uno hace a otro de dar cierta cosa, «por la cual queda obligado» (33).

(31) Ver el jesuita LUIS MOLINA, Disp. CCXLI, núm. 3, pág. 273, y Disp. CCLXXIV, núm. 1 pág. 396.

(32) COVARRUBIAS (Op. y cap. cit., núm. 3, pág. 61) entendió: «et ad haec insignis Regia leg. 7, tit. 4, Part. 5, quae ad Hispanum sermonem traducens dicit. leg. quoties constitutionem plane probat, dominium et possessionem rei donatae post diem a donatore definitam absque ulla traditione acquiriri ipsi donatori, vel alteri, cui rem donatam ipse restitui voluit, quoquidem sensu eam intellegit Rodr. Suárez, Quoniam, in quaest 9 ad legem Regiam et idem in allegat., 19».

Más modernamente, GUTIÉRREZ (*Códigos o Estudios fundamentales de Derecho Civil Español*, T. III—Madrid, 1863—, pág. 35), con referencia a las donaciones hasta cierto tiempo, si se hubiere designado la persona a quien debieren pasar concluido el plazo, deduce de la ley 7, tit. IV, Part. VI, que en ellas no es necesaria la tradición. Lo que entendemos debe aplicarse igualmente, sensu contrario, a las ordenadas desde cierto tiempo.

(33) Febrero reformado y anotado o librería de escribanos, por el licenciado JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ (Madrid, 1805) (P. I, T. II, Cap. XII, § 1.º, núm. 1, pág. 128), que en su nota a) señala la concordancia de la opinión de FEBRERO con la de GÓMEZ (*Variae... L. II, cap. IV, núm. 1*).

Algún autor, como Escriche (34), confundió ambas formas sin diferenciarlas debidamente: Así, vemos que define la donación *inter vivos* como: «*Renuncia y traspaso gratuito que hacemos actual e irrevocablemente de una cosa que nos pertenece, a favor de una persona que la acepta.*» Y, en otro lugar, dice que: «Como la donación entre vivos es un contrato, y no hay contrato sin mutuo consentimiento, es necesario que intervenga la aceptación del donatario para que el donante *quede obligado a dar* lo que ofrece.» Definiciones a las que da carácter general, pese a ser contrapuestas, precisamente por corresponder a la primera a la donación traditoria y la segunda a la promisoria. (Siendo de notar que ni siquiera sumadas ambas definiciones completan el concepto amplio de donación. Este tiene otros sumandos más que los dos señalados: así la donación *mortis causa* o las *inter vivos* dispositivas, pero aplazadas a condicionales, la remuneratoria, etc.).

b). Una segunda dirección es la que quiere unificar las donaciones entendiendo que son siempre contrato consensual, simple título que, cuando se refiere a cosas, necesita de la tradición, como modo para transferir el dominio.

Así vemos que en la edición del Febrero, reformada sucesivamente por García Goyena y Aguirre, por el propio Aguirre y por Montalbán y, finalmente, por Vicente y Caravantes (35), se añade este comentario a la antes transcrita distinción original de Febrero: «Ninguna utilidad puede seguirse de esta división que hace Febrero entre los modos de celebrarse la donación, porque son comunes a todos los contratos, y la donación se perfecciona como todos ellos por el solo consentimiento; la entrega de la cosa no es más que la consecuencia y complemento de la donación. Entre los romanos antiguamente no había donación sin entrega de la cosa y por esto era uno de los modos de adquirir; pero después vino a quedar, como hoy entre nosotros, en simple causa o título, porque nacía desde luego e independientemente de la entrega de la cosa.»

Varios errores se deslizan en esta nota crítica:

1) Olvido de las trascendentales consecuencias que, como antes señalamos, se derivaban de dicha distinción.

2) Es equivocada la afirmación que todos los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento. Olvida la existencia de los contratos reales.

3) La entrega de la cosa es complemento y consecuencia de la donación si ésta le ha precedido. Pero si no es así, y ambas han sido simultáneas, mal puede ser la entrega consecuencia de la donación. Habrá habido donación precisamente en virtud de la entrega hecha con ánimo liberal.

4) Se dice, finalmente, que en Derecho romano la donación de

(34) *Diccionario razonado de Jurisprudencia y Legislación* (3.^a ed. Madrid, 1847). T. I, págs. 650 y 69, respectivamente.

(35) Tomo II, núm. 2.918, pág. 267 (Madrid, 1852).

modo pasa a ser simple *causa* o *título*, cosa sólo exacta en parte. Ya vimos al examinar el Derecho justiniano que la donación promisoria tuvo la eficacia de un contrato obligatorio y valor de justo título. Pero a la par con esta forma siguió existiendo la donación dispositiva con sus dos modalidades real y formal.

Sin embargo, esta opinión generalizadora, y por tanto del agrado de la moda dogmática racionalista que se iniciaba, fué compartida por varios otros autores como Gutiérrez (36) y Gómez de la Serna (37).

c) Una tercera posición es la que se pretendió adoptar, por influjo francés, en el Proyecto de Código civil de 1851. Este reguló la donación como un contrato consensual, pero translativo. Título suficiente por sí sólo para transferir el dominio o cualquier derecho real, sin necesidad de tradición real o fingida. «Donación entre vivos es un acto de espontánea liberalidad por el cual se transfiere desde luego irrevocablemente al donatario la propiedad de las cosas donadas» (art. 940).

Para explicar la posición del Proyecto de 1851, respecto a las donaciones, hay que recordar que frente a la concepción clásica del título y el modo, como elementos necesarios para la transmisión del dominio, se adoptaba el sistema francés de la transmisión consensual, producida por el solo acuerdo contractual o título.

Así, vemos cómo su artículo 548 proponía: «La propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción». Comentando García Goyena, en esta forma, la palabra *contrato*: «Entiéndese de los que sean traslativos del derecho de propiedad, como el de compraventa, que por Derecho romano y patrio eran simples títulos» (38).

Y el artículo 981 relativo, precisamente, a la compraventa comenzaba con estas palabras: «La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad;...» «Desde entonces (desde el instante en que el vendedor queda obligado a entregar la cosa), asiste al acreedor—dice García Goyena (39)— no ya un simple derecho a la cosa (*jus ad rem*), sino un derecho de dominio (*jus in re*)».

La donación, que García Goyena considera un contrato como

(36) Op. cit., vol. III, loc. cit., «*sensu contrario*», y vol. V, pág. 86 y siguientes, en las que, además, extiende a la donación en general el *beneficium competentiae*, que sólo correspondía al donatario en la donación promisorio no ejecutada.

(37) *Elementos del Derecho Civil y Penal de España* (Madrid, 1881), T. II, pág. 380, núm. 443, donde dice que: requieren para quedar perfeccionadas el consentimiento del donante y del donatario, siendo, por consiguiente, títulos para adquirir que deben ser seguidos de la tradición, que hace al donatario dueño de la cosa.

(38) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*—Madrid, 1852—, vol. II, pág. 4.

(39) Op. cit., vol. III, pág. 12.

otro cualquiera (40), en el expresado régimen debía ser traslativa del dominio ni más ni menos como fué concebida la compraventa.

3. Posición del Código civil, según la doctrina

El examen de cuál sea la interpretación que los autores dan al concepto encerrado en las normas del Código civil, debe hacerse con la reserva del diferente significado terminológico con que usan la palabra contrato. Unos, dándole su sentido lato equivalente a negocio jurídico bilateral. Otros, en su acepción estricta de negocio jurídico bilateral generador de obligaciones en una de las partes, cuando menos.

Con esta salvedad, puede ser clasificada la doctrina nacional en torno a este tema, formando tres grupos principales:

1) Posición de quienes desde el punto de vista francés, que inspiró nuestro Proyecto de Código de 1851, consideran la donación como contrato consensual y traslativo.

2) Tesis que la conceptúa como un *modo de adquirir*, que enlaza en cierto modo con su concepción como *negocio jurídico dispositivo*.

3) Opinión que aplica la doctrina general de los contratos dirigidos a producir una transmisión dominical. Entiende que es un título adquisitivo, al igual que la compraventa, que *a posteriori* requiere su correspondiente *modo* para producir la transmisión.

Valverde Valverde (41), representa la *primera posición*. Dice que la donación es «contrato unilateral, gratuito y consensual, mediante el cual una persona, que se llama donante, traspasa en forma irrevocable una utilidad de su patrimonio a otra persona, que se llama donatario, para aumentar la fortuna de éste en la misma proporción que disminuye la de aquél».

La *tercera postura* tiene ilustres sostenedores: Clemente de Diego (42), De Buen (43), Castán (44), Blas Pérez y J. Alguer (45) y Puig Peña (46). Para ellos, en el sistema de nuestra legislación, la donación «es un título traslativo, necesitando de la tradición para que el dominio quede trasladado de un modo efectivo al donatario», siendo aplicable «el artículo 609, en cuanto dispone que la propiedad y los demás derechos reales se transmiten por el *contrato mediante la tradición*; y que una vez aceptada, da lugar al perfeccionamiento de un contrato obliga-

(40) *Op. cit.*, vol. III, pág. 289 (comentario al art. 941).

(41) *Tratado de Derecho civil español*, T. III (4.ª ed., Valladolid, 1937), página 440.

(42) *Curso Elemental de Derecho civil*, T. V (Madrid, 1920), pág. 30.

(43) *Notas al Curso elemental de Derecho civil*, de COLÍN y CAPTANT, tomo VIII (Madrid, 1928), pág. 454.

(44) *Derecho civil español común y foral* (Madrid, 1952), T. I, vol. II, página 23.

(45) *Notas al Tratado de Derecho civil*, de ENNECCERUS, etc., vol. II-2, página 114 (Barcelona, 1944).

(46) *Tratado de Derecho civil español* (Madrid, 1946), IV-II, pág. 168.

torio, pero no implica negocio de disposición mientras no subsiga la entrega».

No obstante, notemos que tanto nuestros maestros Blas Pérez y J. Alguer, como Puig Peña, admiten que es dispositiva la donación manual. Los dos primeros también reconocen que «el artículo 618 habla de disponer una cosa, con lo cual deja de incluir la donación obligatoria (constitución de un crédito) y la liberatoria (liberación de una deuda o de un gravamen)».

La *segunda posición* presenta varios matices, gravitantes entre el modo de adquirir y el negocio dispositivo formal, que a veces pueden representar simples puntos de vista diferentes de un fenómeno concebido del mismo modo en cuanto a su esencia y trascendencia, pero que, en otros casos, encarnan en dos líneas visuales muy próximas, pero que casi paralelas no llegan a encontrarse. Sucintamente referiremos las principales opiniones que pueden ser englobadas en esta dirección.

α) Mucius Scaevola (47), y Sánchez Román (48) conceptuaron que la donación es conjuntamente un contrato y un modo de adquirir, pero utilizando, al parecer, en estos casos la palabra contrato en sentido lato. También latamente, Manresa (49), llamó contrato a la donación, pues le atribuyó carácter dispositivo, al decir que: «no es solamente la entrega o la disposición de una cosa lo que constituye la donación. También es donación la disposición o dación de un derecho, como lo prueba el artículo 640 y se desprende del 609. El perdón o condonación de una deuda y la renuncia de un derecho adquirido son también donaciones verdaderas. Por eso el Código no dice que se da, cede o entrega gratuitamente, sino que se *dispone*...» «...la palabra *disponer*, que comprende uno de los derechos inherentes al dominio, indica que, para que exista la donación, no es preciso la entrega de lo donado por regla general, aunque se trate de cosas materiales (¿a qué entrega se refiere?—preguntamos nosotros—¿a la material?, ¿a la tradición jurídica?), pues por más, que esta entrega se difiera, no por esto queda menos obligado (¿querrá decir vinculado?, volvemos a preguntar nosotros), el donante, que, al disponer, expresa su voluntad de desprenderse de lo suyo, sin que pueda ya arrepentirse». Añadiendo que: «Una cosa, sin em-

(47) *Código civil comentado y concordado extensamente* (5.ª ed., Madrid, 1943), T. XI, vol. II, pág. 539. Hace presente que «siendo la donación un modo de transferir *inter vivos* el dominio de las cosas o de los derechos en la cosa, la perfección contractual y el traspaso consiguiente de los derechos dominicales eliminan la posibilidad de revocar la transmisión por la sola voluntad del transmitente».

(48) *Estudios de Derecho civil* (Madrid, 1899), T. IV, pág. 670, núm. 5 —donde señala su carácter de contrato y no de simple acto unilateral—y página 702 y s., en la que destaca su carácter de modo de adquirir, que resalta de la sistemática del Código.

(49) *Comentarios al Código civil español*, T. V (5.ª ed., Madrid, 1932), página 70 y ss.

bargo, *es disponer*, y otra *prometer que se dispondrá o donará*. *La promesa de donar aún aceptada, no implica donación*» (subrayamos nosotros).

b) Más claramente orientada tenemos la posición de Calvo Soriano (50). A su juicio «la donación regulada en el título segundo, libro III del Código civil, es decir la donación de cosas, tiene, por sí, carácter traslativo del dominio, sin necesidad de haber a cargo del donante una previa obligación de dar, que se cumplirá necesariamente por medio de la tradición». Referida a inmuebles, es, a su juicio, «un típico negocio dispositivo..., en el cual la virtud traslativa se produce por la incorporación de la voluntad a una forma pública». Y, en este supuesto «aunque admitiéramos la inexcusabilidad del juego traditorio en la donación, éste sería siempre un elemento formal del negocio, de carácter esencial, y simultáneo, pues la escritura pública debe considerarse por declaración legal—artículo 1.462—con virtualidad traditoria». Pues, «lo mismo la entrega de la cosa, que el escrito privado en los muebles y la escritura pública, en los inmuebles, operan la transmisión real».

c) Núñez Lagos (51) afirma: «Es evidente el mal acomodo de la donación entre los contratos obligacionales. La donación es modo de adquirir—no título—en la Instituta de Justiniano, en las obras de los postglosadores y en el artículo 609 de nuestro Código civil...» «...la declaración de voluntad de donar es inescindible de la *datio* como hecho. *Donare* en las fuentes es el hecho del que *da* en el momento de la *mancipatio*; *capere* es el hecho del que recibe (*manu capit*). <No se transmite la propiedad porque se haya donado, sino donando>, decía Winscheid. Se hacía la donación dando, no obligándose. Para el 618 del Código civil, la donación es *acto de disposición* de cosas, no de obligación, al paso que la compraventa es contrato por el que los contratantes se *obligan* (1.445, C. c.)».

Junto a esas posiciones, no falta la más amplia y comprensiva, que recoge las tres modalidades clásicas de la donación. Roca Sastre (52), en este sentido, nos dice que el elemento *objetivo* o *económico* de la donación es «un *desplazamiento patrimonial gratuito*», cuya *atribución* puede efectuarse: *dando* (donación real), *promitendo* (donación obligatoria) y *liberando* (donación liberatoria).

Por lo que se refiere a la unilateralidad o bilateralidad de la donación no pueden olvidarse las salvedades observadas por

(50) *Tradición y donación*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. III, pág. 449 y ss.

(51) *Pago de lo indebido sin error*, en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, T. 179 (primer trimestre 1936), pág. 142.

(52) *La donación remuneratoria*, en *Rev. Der. Priv.*, vol. XXXI (Noviembre 1947), pág. 828, y *Estudios de Derecho privado* (Madrid, 1948), vol. I, capítulo XV, pág. 531.

nuestros autores. Tanto por lo que se refiere a su concepto general, como a su concepción normal, más restringida, recogida en los artículos 625 y 629 del Código civil.

En torno al concepto más genérico, ha dicho Clemente de Diego (53), que «si lo ordinario es que la donación venga a la vida por un contrato, puede venir también por un acto simplemente unilateral» (v. gr.: dote constituída por un tercero, liberación de un deudor resultante de una prescripción dejada correr o de una indefensión en juicio, gastos hechos por cuenta de otro sin intención de reclamarlos, y liberación de un deudor por un pago, novación o fianza hechos por tercera persona con ánimo liberal).

Xiráu Paláu (54), afirmó que, para definir la donación «parece más propio emplear la palabra *acto*, no sólo para poder comprender las donaciones *mortis causa*, sino porque la donación *inter vivos* es algunas veces acto unilateral».

Díez Pastor (55) ha destacado la enorme flexibilidad del concepto de donación que abarca desde la forma promisoria obligacional, pasando a la traditoria, hasta algunas que no implican negocio jurídico entre donante y donatario; así como subraya la innecesidad de aceptación por parte del reversionario de la donación, de ulterior grado, dispuesta a su favor.

A propósito de esta diversidad de formas, ha explicado Valverde (56), que «la multiplicidad de formas jurídicas en que la donación se manifiesta en la vida del Derecho, es lo que motiva la divergencia de opiniones existentes entre los autores al fijar su naturaleza, criterio vario que los legisladores no han podido reducir a unidad, al catalogarla en el cuadro de las instituciones legales».

Además, pese a la bilateralidad del concepto normal de donación que reflejan los artículos 623 y 629, no han faltado juiciosas observaciones, que la han diferenciado de la que es característica de los contratos *stricto sensu*. Roca Sastre (57) ha hecho notar que la fuerza dispositiva de la donación radica en la voluntad del donante; Calvo Soriano (58) ha sostenido que la aceptación del donante sólo significa la entrada del objeto donado en su patrimonio. Núñez Lagos (59), agudamente, dice: «La donación en su esencia ha encarnado con piel ajena, y los padecimientos y defectos de esta piel ha perturbado su vida. Se le han aplicado o querido aplicar elementos y requisitos propios del negocio con que aparecía a la vida, ajenos por completo a

(53) Op. vol. cit., pág. 24 y ss.

(54) *Estudio sobre la formación del concepto de la donación en el Derecho privado*, en *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, T. 143 (2.º semestre 1923), pág. 334.

(55) *La donación al no concebido*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 27 de febrero 1948. «Anales...», vol. VI, pág. 125.

(56) Op. y vol. cit., pág. 430.

(57) *Derecho Hipotecario* (Barcelona, 1948), T. IV, pág. 347.

(58) Op. y loc. cit., pág. 466 y ss.

(59) Op. y loc. cit., pág. 143.

su osamenta y encarnadura. Nunca mejor dicho que se ha juzgado a flor de piel. Así, por ejemplo: la aceptación de la donación, en vez de tener una configuración analógica con la aceptación de herencia, fué traída constantemente por la teoría del consentimiento contractual.» Y, Díez Pastor (60) subraya que en los títulos sinalagmáticos la aceptación encierra una oferta recíproca, mientras el beneficiario de una liberalidad nada promete; ni su voluntad nada añade al acto de disposición, en el que debe distinguirse el problema de la perfección del acto dispositivo y el de la adquisición del donatario.

4. *La donación, según el Título II del Libro III del Código civil*

A juicio nuestro, el Código civil en los artículos 618 y siguientes regula exclusivamente las donaciones dispositivas, actuales o diferidas.

He aquí los argumentos en que basamos nuestra opinión:

a) *Literalmente.*

El artículo 618 del Código civil define la donación: «es un acto de liberalidad por el cual una persona *dispone* gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta». La palabra que hemos subrayado señala su *naturaleza dispositiva*. Es un negocio jurídico de disposición.

En sentido inverso, sólo podría alegarse la letra del artículo 629: «La donación no *obliga* al donante, ni produce efecto, *sino desde la aceptación.*» Para deducir, *sensu contrario*, que obliga al donante después de la aceptación del donatario. Pero, el argumento pierde su valor si tenemos en cuenta que el mismo Código civil, en los fideicomisos testamentarios, alude a obligaciones del fiduciario de conservar y transmitir los bienes, siendo así que la transmisión a favor del fideicomisario se opera *ipso iure*, automáticamente, haciéndose ineficaces cuantas disposiciones hubiera verificado el heredero sustituido. En uno y otro caso el Código emplea impropriamente el verbo *obligar*, en lugar de expresarse correctamente mediante el verbo *vincular*.

El verbo *disponer* tiene en nuestro Código una amplitud no restringida por la nota de actualidad o inmediatividad, como sucede en el Código francés, con las palabras «se desprende desde luego», del artículo 994, y en el Código italiano de 1865, con la expresión de que «el donante se despoja actual o irrevocablemente», del artículo 1.050. De su amplitud da una idea el artículo 667 al utilizarlo en la definición del testamento.

Un examen del articulado, contenido en el título que el Código dedica a la donación, confirma esa amplitud del verbo *disponer*, referido a las donaciones, no ceñida por la nota de su actualidad, ni por la irrevocabilidad.

No sólo nos lo confirma el artículo 620 al incluir las dona-

(60) Conf. cit., I-3, vol. cit., págs. 125 y ss.

ciones *mortis causa*. Prescindiendo de éstas, vemos en el artículo 641 la posibilidad de donaciones suspendidas durante el plazo de vigencia de la donación interpuesta, o suspensivamente condicionadas en este tiempo. En el artículo 639 observamos una facultad potestativa del donante de disponer de alguno de los bienes donados o de alguna cantidad, con la cual puede inutilizar parcialmente la donación que dispuso; y, en el artículo 641, la cláusula de reversión *stricto sensu*, pactada a favor del donante, nos demuestra que no es esencial en las donaciones la nota de irrevocabilidad por la voluntad del donante.

En el acto dispositivo no es esencial, aunque sí normal, la vinculación del disponente. En cambio, es completamente extraña toda obligación por parte del mismo. Así lo comprobaremos al examinar la pretendida obligación de entregar.

b) *Lógicamente.*

Toda la regulación contenida en el Título II del Código es acorde con lo expresado. En los artículos 620, 639 y 641 se comprueba en cuanto al significado del verbo disponer, y en su conjunto se constata la ausencia de obligaciones por parte del donante (61).

A diferencia de lo que sucede en la compraventa, no se impone al donante la obligación de poner la cosa donada «en poder y posesión» del donante. El artículo 1.461 señala al vendedor las obligaciones de entrega y saneamiento. Entrega que define el § 1.º del artículo 1.462 y cuya forma de cumplimiento regulan su párrafo segundo y los artículos sucesivos. En cambio, al respecto nada dicen los preceptos que, en su título correspondiente, dedica el Código a la donación. Los artículos 632 y 633 regulan la forma de las donaciones, que de modo esencial e intrínseco tienen el mismo valor traditorio que, extrínsecamente a la compraventa, llenan las formas de tradición reguladas en los artículos 1.462 a 1.464.

Como ha hecho notar Calvo Soriano (62): «Aunque admitiéramos la inexcusabilidad del juego traditorio en la donación (*Calvo Soriano no lo admite, nosotros nos inclinamos a admitirlo en la forma que a continuación expresa*), éste sería siempre un elemento formal del negocio, de carácter esencial y simultáneo, pues la escritura pública debe considerarse por declaración legal—artículo 1.462—con virtualidad traditoria.» Así es en la donación de inmuebles. En la de muebles: «El artículo 632 admite, como la forma más corriente de donación en los muebles «la entrega

(61) Incluso en las donaciones onerosas. En ellas las obligaciones y cargas se imponen al donatario—donaciones con «causa onerosa» dice el art. 622—, más no al donante. Por tanto, requieren una donación y una obligación o una prestación impuesta o aceptada por el donatario. Por otra parte, estas obligaciones del donatario son obligaciones que nacen *ex post facto*, después de perfeccionada la donación en la que tienen su causa, y cuya resolución pueden producir con su incumplimiento, dando lugar a una causa revocatoria.

(62) Loc. cit., pág. 459 y ss.

simultánea de la cosa donada», y de aquí podríamos extraer también una doctrina legal aplicable a todos los supuestos. La entrega de la cosa, unida a la voluntad, es incuestionable, sobre todo en los muebles, que opera la transmisión: luego el Código regula aquí una donación traslativa. Ahora bien, si los demás supuestos formales se admiten en forma alternativa y al mismo nivel, sin degradarlos en su eficacia con respecto a aquél, la solución lógica es que, para el Código, lo mismo la entrega de la cosa que el escrito privado en los muebles y la escritura pública en los inmuebles, operan la transmisión real. Además, el artículo 632, después de referirse a la forma normal de la donación mobiliaria, es decir, a la entrega de la cosa, admite la forma escrita, pero condiciona al escrito el que *surtia efecto*; si el efecto de la donación, en el supuesto inmediatamente anterior en el texto legislativo, es la transmisión, el «no surtirá efecto», querrá decir que no transmitirá, y en caso de que se extienda el escrito, que sí.»

Es decir, la transmisión es necesariamente simultánea a la donación no aplazada ni condicionada suspensivamente. Sin transmisión del bien donado, no hay donación actual.

Consecuentemente, en las donaciones aplazadas o condicionales es la misma transmisión lo que se halla aplazado y condicionado. Por eso—como luego veremos—, llegado el día o cumplida la condición, la transmisión se realiza automáticamente, *ipso iure*.

Por lo tanto, en ningún caso existe, por parte del donante, obligación de entregar derivada de modo inmediato de la donación. De ésta se deriva la transmisión y de la transmisión—y sólo mediatamente de la donación—dimana el deber del donante de entregar al donatario lo que ya es suyo. Tal como sucede en cualquier otro caso de posesión de cosa o derecho ajenos sin causa o título que justifique su posesión en concepto distinto (63).

c) *Históricamente.*

En primer lugar, es de notar que las características expuestas

(63) En la Sentencia de 31 de octubre 1951 vemos claramente diferenciada la obligación de entregar correspondiente a la tradición dominical complementaria de un negocio obligatorio dirigido a producir una transmisión real y la obligación de entregar subsiguiente a una tradición simbólica que ha consumado el contrato básico. Desde cuyo momento «queda extinguida la acción de entrega de la cosa, sin posibilidad de prescripción de acción personal, que ya no existe, y sin posibilidad tampoco de que por mero transcurso del tiempo prescriba la acción real dimanante del dominio adquirido por título y tradición si... el período de inactividad del propietario en el ejercicio de las acciones reales que le asisten no se mantiene durante treinta años, según estatuye el art. 1.963 del Código civil, salvo que por tiempo más breve se haya producido la prescripción adquisitiva del dominio».

Así ocurre en la compraventa, en la que son perfectamente diferenciables ambos momentos. En cambio, en la donación real, así que se perfecciona ésta, se consigue directamente la situación que en la compraventa sólo se alcanza con la tradición complementaria. Bien sea porque la donación tenga, *per se*, insita fuerza traditoria o porque su perfección presuponga la tradición fáctica o fingida de la cosa o derecho donado.

por nuestros autores clásicos para la donación traditoria son recogidas en nuestro Código civil en el título correspondiente a las donaciones. No, en cambio, las que, en contraste, se señalaron a la donación promisoria. Así constatamos la exclusión de los bienes futuros como objeto de la donación ordinaria (art. 635), la irresponsabilidad por evicción y saneamiento, excepto en las donaciones onerosas (art. 638); la no recepción del *beneficium competentiae* (típico en las donaciones promisorias); la capacidad para disponer exigida al donante (art. 624), la necesidad de aceptación por el donatario en todas las donaciones directas de primer grado (arts. 623 y 629) y, finalmente, el automatismo de la transmisión en las donaciones de ulterior grado, por analogía a las reglas de los fideicomisos hereditarios (art. 641). Todo ello, unido al dato sistemático que a continuación vamos a valorar, inclina al convencimiento de que el título II del libro tercero del Código civil sólo ha recogido la especie traditoria o real de la donación.

d) *Sistemáticamente.*

Es de observar que la donación tiene reservado su título en el libro tercero del Código, que figura con el epígrafe: «De los diferentes modos de adquirir la propiedad.» Es decir, un libro distinto que las obligaciones y contratos. Clasificándola entre los modos de adquirir, en oposición al mero valor como *título* de los contratos dirigidos a producir una transmisión dominical. Así es confirmado en el § 2.º del artículo 609 (*disposición preliminar* del expresado libro): «La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, *por donación*, por sucesión testada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.» Es decir, esos *ciertos contratos* requieren la tradición; mientras que a la donación no se le exige complemento alguno para lograr ese efecto transmisivo. Bien sea por presuponer la tradición (real o fingida), como requisito inseparable de toda donación, o por tener ésta insita, *per se*, fuerza traslativa.

No contradice esa concepción el artículo 621 con su llamada supletoria a «las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título» (el de las donaciones). En efecto, no debe olvidarse que en el Código civil falta una doctrina general del negocio jurídico y de su subespecie el negocio bilateral de disposición. Por eso se debe acudir, por analogía, en cuanto no contraríe la naturaleza de la donación, a las reglas generales del negocio jurídico bilateral más detenidamente regulado en el Código: el contrato *stricto sensu*; es decir, el contrato obligacional.

5. *Nuestro "Código civil y las donaciones «liberatorias y obligatorias».*

a) No ofrece duda la posibilidad en nuestro régimen de la donación *in liberando*. Así resulta del artículo 1.187, § 2.º: «Una

y otra (*condonación expresa y tácita*) estarán sometidas a los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas. La condonación expresa deberá, además, ajustarse a las formas de la donación.» Aparte de que, como hizo notar Manresa (64), la palabra *disponer* puede comprender también, en su sentido amplio, el perdón o condonación de una deuda y la renuncia de un derecho adquirido. Estos actos, ante la distinción de los negocios jurídicos—tan discutida—en negocios de disposición y de obligación, deben clasificarse en el primer grupo, en cuanto no crean obligaciones, y, en cambio, suponen un acto que afecta a la propia titularidad de un derecho adquirido.

b) Más discutible es la cuestión relativa a la donación obligatoria.

Núñez Lagos (65) ha observado: «Para el 618 del Código civil, la donación es *acto de disposición* de cosa, no de obligación, al paso que la compraventa es contrato por el que los contratantes se *obligan*» (1.445, C. c.).

Por el contrario, Blas Pérez y J. Alguer (66), apoyándose en el artículo 632, afirmaron que «la donación manual es acto de disposición; no así la promesa gratuita y por escrito de una cosa mueble que, una vez aceptada, da lugar al perfeccionamiento de un contrato obligatorio, pero no implica negocio de disposición mientras no subsiga la entrega».

Claro que—como hemos visto—parece más lógico y sistemático dar otra interpretación a esa admisión de la forma escrita en la donación de bienes muebles.

Más, antes de entrar en esta cuestión, conviene precisar la diferencia que media entre la *promesa de donar* y la *obligación contraída* «*animus donandi*».

Pichardo de Vinuesa (67) estudió esta cuestión, ya planteada por el glosador Accursio. Notemos que, en el momento en que aquél escribe, rige en Derecho común la Constitución de Justiniano del año 530 (35, h. t. del Codex), y en Derecho real, la ley única, título XVI del Ordenamiento de Alcalá. Accursio aceptó que la donación pudiera disponerse tanto en términos de presente—*do no tibi centum*—como por palabras de futuro—*vi donabo tibi centum*—. En cambio, Alejandro y otros entendieron—según palabras de Pichardo—que «per verba futuri temporis donatione non perfici, sed pactum de donando, quod longe dissimile est donationi», y que: «neque ei civiliter permitentem donaturum obligat, nisi stipulatione confirmetur». Siguiendo a Accursio, aceptó Pichardo la primera opinión: «dupliciter enim donatio considerari debet, aut presens, quae acquisitio est, et traditione confirma-

(64) Op. y vol. cit., pág. 70.

(65) Loc. cit., pág. 142.

(66) Op. y vol. cit., pág. 144.

(67) *Comentaria*, T. I (Lugduni, 1671), Lib. II. Institutionum, tit. VII, «Aliae autem, i uncto., § Sciendum 2, núm. 9, pág. 120.

tur..., aut futura quae est obligatio de donando..., haec obligatio vel ex stipulatione oritur, vel ex nudo pacto, et utrumque *per verba futuri temporis contrahitur*... Igitur donatio haec *per verba futuri temporis contrahi debet, quod si contingat per verba praesentis fieri, in futura resolvetur*».

Por lo tanto, asimilaba totalmente la donación celebrada con palabras de futuro—promesa de donación—con la obligación contraída *animus donandi*.

Hoy el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de junio de 1908, ha declarado que *no arguye donación la simple promesa de donar, aunque sea aceptada, porque siendo la mera voluntad ambulatoria* la que determina la naturaleza de estos actos, es necesario para su efectividad *la acción o realización del acto* por el donante y la aceptación probada, por parte del donatario, en la forma y término que establece el artículo 632 del mencionado Código.

Manresa (68) se expresa en este sentido: «Una cosa es disponer y otra prometer que se dispondrá o donará. La promesa de donar, aun aceptada, no implica donación.» Y Núñez Lagos (69) subraya: «Si la donación fuera realmente un acuerdo obligacional, la *datio* subsiguiente sólo sería ejecución de un convenio previo, cumplimiento de una obligación de dar; en una palabra, pago; y la *traditio*, en todo caso se verificaría *causa solvendi*. ¿Habrá que partir antes que nada del hecho y momento de la *datio*? La promesa de donar ¿es donación? ¿Sería posible obtener la condena a daños y perjuicios contra el promitente donante? Creo que la declaración de la voluntad de donar es inescindible de la *datio* como hecho... *Se hace donación dando, no obligándose.*»

Pero, si no es posible obligarse a donar, ¿cabe obligarse *donandi animus*? ¿No se trata del mismo resultado formulado en términos distintos, el primero mediante su expresión con palabras de futuro y el segundo formulando con términos de presente una obligación con causa lucrativa? Hemos visto la asimilación de ambas figuras en el Derecho común. En otra ocasión (70) identificamos ambas formulaciones: promesa de donación y obligación a título de donación. A la alegación de que, en esta última, la donación se produce en el momento inicial de la obligación y no en su ejecución, observamos: «Pero no olvidemos que, como ha escrito Alguer (71) «en su concepto general la obligación no tiene por fin un acto del deudor, sino un resultado de prestación». Siguiendo con ello la afirmación de Degenkolb (citado por el propio

(68) Loc. últ. cit.

(69) Loc. y pág. últ. cits.

(70) Nota 307, págs. 748 y 749 del tomo V de los *Anales de la Academia Mairritense del Notariado*, en nuestro cuestionado trabajo. *La donación «mortis causa» en el Código civil.*

(71) *Para la crítica del concepto del precontrato*, en *Revista de Derecho Privado*, tomo XXII, pág. 424 (diciembre 1935).

Alguer) de que «la esencia del crédito no consiste en la tensión dada con su existencia, sino en su futura *solutio*, no en la ligadura del deudor en sí y por sí, sino en la prestación por ella asegurada...» Por ello, si yo me comprometo «*animus donandi*» a transferirte una cosa, en definitiva lo que realmente hago es obligarme a donártela. Lo demás no es sino un juego de palabras. Un disfraz sofisticadamente dogmático. Si yo te dono una obligación contra mí mismo, prácticamente me comprometo a donarte su contenido. Con lo que se vuelve a caer en el concepto antes rechazado.» (Es decir, en la promesa de donación con su pretendida obligación de donar.)

No obstante, hemos visto, en la breve exposición histórica perfilada, que en el Derecho anterior al Código civil y en el Derecho romano con posterioridad a Justiniano, fué aceptada la donación contraída *nudo pacto*. E, incluso, que el Derecho castellano aceptó la donación nacida de una simple promesa unilateral. No ya la donación con una fórmula abstracta como en la *stipulatio*, sino una mera obligación *donandi causa*, cuyo contenido lo constituye una prestación gratuita. Solamente en el Proyecto de 1851, al dar fuerza traslativa a toda expresión de la voluntad de donar—como en la compraventa al acuerdo de comprar y vender—se transforman en dispositivas—puras, aplazadas o condicionales—todas las formas de donación.

Esto nos hace reflexionar. Bajo la concepción clásica de la obligación, entendiendo que su objeto lo constituye un acto del deudor, la prestación, cabe llegar sin duda a una asimilación inversa a la que nosotros hemos defendido. Bajo esta concepción, en lugar de asimilarse la obligación contraída *donandi causa* a la promesa de donar, resulta equiparada ésta a aquélla. Prometer donar equivaldría a obligarse *donandi causa* a realizar la prestación prometida. Donar con palabras de futuro sería tanto como obligarse a título de donación a transferir el objeto prometido. Sin duda, fué éste el punto de vista de Accursio, Pichardo y demás autores, que defendieron la eficacia de la fórmula «*vi donavi tibi centum*».

Tal observación obliga a examinar cuidadosamente, a este efecto, nuestro Código civil, prescindiendo incluso de la Sentencia de 6 de junio de 1908.

Insistimos en un hecho que nos parece evidente. En el título II del libro III no tiene cabida la donación obligatoria. Ni sistemáticamente es admisible en un libro dedicado a los modos de adquirir; ni cabe en concepto del artículo 618; ni se recoge en su articulado ninguno de los preceptos característicos de la donación promisoria, mientras son aceptadas las normas clásicas de la donación traditória.

Pero fuera de él, ¿tiene un lugar la donación obligatoria en el libro IV del Código civil?

El artículo 1.274 entiende por causa en los contratos de pura

beneficencia «la mera liberalidad del bienhechor». ¿Se regirá, por tanto, la donación promisorias por las reglas generales de las obligaciones, sin perjuicio de la aplicación analógica que deba hacerse de las reglas de fondo (reducción, revocación e inoficiosidad) de las donaciones ordinarias?

No obstante, notemos que el artículo 1.274 pudo no referirse a la donación al aludir a los contratos de *pura beneficencia*. Necesariamente gratuito es el comodato y pueden serlo la fianza, el depósito, el mutuo, el mandato, etc.

Además, el artículo 1.901 señala como supuestos de *pago indebido* no repetibles, los hechos «a título de liberalidad o por otra justa causa». Esto es, en virtud de donación o en cumplimiento de alguna de las llamadas obligaciones naturales o de un deber moral. Por tanto, si el pago hecho a título de donación es un caso de pago de lo indebido, aunque no sea repetible, sin duda la obligación de dar contraída con ánimo de liberalidad no será exigible, aunque una vez pagada no puede repetirse. Con ello llegamos a la conclusión que ya sostuvimos en nuestra citada nota: «La mal llamada obligación de donar, aunque parezca paradójico, sólo es obligación cuando ya se ha cumplido.»

No obstante, confesamos que es posible sostener que la excepción de «que la entrega se hizo a título de liberalidad», contenida en el artículo 1.901, sólo se refiere a las donaciones traditorias, sin previa promesa, y que las promisorias escapan del artículo 1.901. Pues su cumplimiento no supondrá nunca un pago indebido, sino el cumplimiento de una obligación anteriormente contraída.

Con lo cual debe concluirse que si no es decisivo el argumento favorable a la donación obligatoria, basado en el artículo 1.274, tampoco el contrario a su posibilidad, apoyado en el artículo 1.901, deja de ser discutible. Nuestros precedentes históricos en Derecho común y real apoyan la primera tesis; el Tribunal Supremo, en la referida Sentencia de 6 de junio de 1908, parece rechazarla.

6. *Distinción entre las donaciones promisorias con obligación de dar y las donaciones traditorias contraídas bajo condición o plazo suspensivo.*

Calvo Soriano (72), a pesar de defender el carácter dispositivo y traslativo de la donación en nuestro Código civil, entiende, no obstante, que: «Cuando concurre la condición adopta una estructura actual que se caracteriza por una expectativa de derecho cuya protección juega mejor dentro del campo de las obligaciones, como situación necesariamente previa a la transmisión real.»

Creemos que en esta observación hay una confusión, en cuanto a la referencia al campo de las obligaciones.

La donación obligatoria supone una obligación del donante directamente derivada de la donación: la de cumplir lo prometi-

(72) Loc. cit., pág. 450.

do, realizar la obligación creada. En cambio, la donación dispositiva o traditoria aplazada o condicional no crea de modo inmediato ninguna obligación en el donante. El deber de no dañar la cosa o derecho objeto de esa donación—que tiene el donante, en caso de estar vinculado por la donación que dispuso bajo condición o aplazada—dimana sólo mediatamente de la donación y su causa inmediata está en la sujeción que normalmente protege a toda expectativa condicional o aplazada.

La propiedad de la cosa o la titularidad del derecho donado se adquiere automáticamente cumplido el evento o llegado el día. No es consecuencia de una previa obligación de entregar el posterior deber del donante de entregar materialmente la cosa después de operada aquella transmisión automática. Sólo es consecuencia del tránsito de titularidad operado: el donante ha dejado de ser dueño y carece de causa para retener el objeto donado; por tanto, debe entregarlo a su actual titular.

La diferencia se observa ya en el Derecho romano. Comparando las donaciones verificadas por tradición bajo condición suspensiva o mediante *stipulatio* condicionada suspensivamente. El cumplimiento del evento, en el primer caso, producía la transmisión dominical; en el segundo caso, purificaba la obligación (73).

Y el automatismo traslativo que acompaña a las donaciones reales condicionadas o aplazadas se observa tanto en las Partidas como en el Código civil. Allí en las leyes 5.ª y 7.ª del título IV de la Sexta Partida (74). Aquí en el artículo 641 (75).

(73) Ver antes nota 32 y texto correspondiente.

(74) La ley 5.ª comienza con estas palabras: «So condicion faziendo algund donadio und ome a otro, como si dixesse que la faze: *Dote* tal campo o tal heredad, si ...; si la condición se compliesse, *vale el donadio...*» Prueba nuestro aserto la conjugación en presente de indicativo del verbo donar «Dote» y la declaración de su validez «vale el donadio», al cumplirse la condición.

La ley 7.ª confirma lo expuesto, al examinar una situación inversa, regulándola en este sentido: «Fasta cierto día, o a tiempo señalado puede ser fecha la donación... E de aquel día en adelante ganarian la possession, e señorio della, sus herederos del que ovisse fecha la donación, o el otro a quien nombrasse para averla...»

(75) La ley 7.ª, tít. IV de la Partida Sexta, como antecedente histórico del art. 641, sirve para explicar el sentido de este precepto (desembocadura de aquella doctrina tradicional).

El art. 639, al examinar el supuesto de reservarse el donante la facultad de disponer de alguno de los bienes donados o de alguna cantidad con cargo a ellos, concluye que *si el donante muriese sin haber hecho uso de este derecho pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado*. Es decir, la titularidad de la cosa reservada, o la correspondiente a la cantidad reservada sigue siendo del donante, el donatario sólo adquiere provisoriamente su usufructo. La imposibilidad—por muerte del sujeto—del incumplimiento de la condición negativa—de no disponer de ellos—purifica la donación—la condición negativa se tiene por cumplida conforme al art. 1.118 C. c.—y con ella se perfecciona *automáticamente* «pertenecerán», dice el art. 639—la transmisión del dominio pleno de la porción reservada.

7. *Enquadramiento dogmático de la donación «mortis casa» del artículo 620 C. c. entre las donaciones traditorias.*

En el estudio que acabamos de realizar destaca el carácter real o traditorio de las donaciones comprendidas en el título II, libro III del Código civil. Sin perjuicio de que pueda haber o no la donación obligatoria en el libro IV del propio Código.

La donación traditoria pura produce una transmisión de la titularidad del objeto donado. El donante transfiere, no se obliga.

La donación traditoria resolutoriamente condicionada también supone una transmisión inmediata pero reversible automáticamente al cumplirse el evento resolutorio.

La donación traditoria suspensivamente condicionada o aplazada no supone una transmisión inmediata, sino la disposición actual de una transmisión condicionada o aplazada. Con dicho plazo o condición—que suspende la transmisión—se suspende, igualmente, la perfección de la donación. Llegado el día o cumplido el evento, una y otra—transmisión y donación—se perfeccionan automáticamente; sin necesidad de acto alguno del donante. Este, por tanto, no está obligado a transferir la cosa o derecho donados. La transmisión se perfecciona *ipso iure*.

Toda donación real, si bien no obliga al donante, en cambio, normalmente le vincula. Si la donación se perfecciona inmediatamente le vincula a respetar la transmisión consumada mientras no concurra alguna causa de resolución. No obstante, no siempre es así, porque cabe que la donación haya sido resolutoriamente condicionada al ejercicio de una facultad de disponer reservada por el donante (76). Y si la donación queda suspensivamente condicionada, también vinculará normalmente al donante, como en general toda condición pendiente vincula al titular actual del derecho cuya transmisión se halla condicionada.

Pero, como veremos, esa regla no es absoluta. Además, aunque lo fuera, si en una donación actual puede estipularse que sea reversible potestativamente para el donante, con mayor razón, si se reservó tal facultad (o la ley la confirió, puesto que no repugna a su naturaleza), se podrá revocar la donación que aún no se haya perfeccionado por estar suspensivamente condicionada.

En resumen, la donación traditoria o real supone un negocio

(76) El art. 1.115 no es obstáculo para que la reversión propiamente dicha de las donaciones puede depender de una condición puramente potestativa. En efecto, el apartado primero de dicho precepto dice: «Cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula». Es decir, se refiere *solamente* a las condiciones rigurosamente potestativas del *deudor* respecto al cumplimiento de su *obligación*. Mientras que en nuestro caso ni hay deudor ni la condición se refiere a ninguna obligación, sino a la revocación de una disposición, de un acto traslativo, que surte sus efectos, mientras la revocación no llegue. Evento potestativo que, no obstante, no invalida el disfrute que hasta aquel momento hubiera realizado el donatario. Sobre este punto insistiremos al estudiar el concepto de la condición y su aplicación a las donaciones.

jurídico dispositivo *inter vivos* que no impone obligación alguna al donante, al que normalmente vincula aunque no siempre sea así, y que supone una transmisión de una cosa o un derecho del donante al donatario. Esta última circunstancia es esencial para que exista una donación consumada. En la donación dispuesta bajo condición suspensiva, o el evento se cumple y, por tanto, hay donación, que se perfecciona a la vez que la transmisión, automáticamente al cumplirse la condición, o si el evento no se realiza no hay transmisión, ni, por tanto, tampoco hay donación. La donación fué previamente dispuesta en previsión de un hecho futuro e incierto, pero no se realiza, no se perfecciona mientras no se cumpla aquella previsión (77).

Así sucede en la donación *mortis causa* de tipo suspensivo.

Si la condición se cumple—si el donante no sobrevive al donatario—y la disposición no ha sido revocada, la donación se consuma. Se produce automáticamente la transmisión de la cosa o derecho donados. Del donante, al realizarse el evento, pasan *ipso iure* al donatario: hay donación.

Si la condición no se cumple, no hay donación. Hubo sólo una previsión, un proyecto, para un supuesto que no llegó a tener lugar. Se dispuso condicionalmente, y al no realizarse la condición, la disposición fracasó sin llegar a dar fruto. La donación abortó antes de llegar a ser.

8. Configuración histórica de la donación «*mortis causa*» como donación condicionada.

Pero como nuestro contradictor no sólo niega que las llamadas donaciones *mortis causa* sean donaciones, sino que rechaza igualmente que estén sometidas a una verdadera condición, debemos intentar demostrar ese aserto que hemos proclamado en los tres párrafos anteriores. Ese será el objeto principal de la segunda parte de estas notas.

No obstante, antes de entrar en ella, nos interesa hacer constar que clásicamente las donaciones por causa de muerte estaban comprendidas en el concepto genérico de donación y se clasificaron entre las donaciones condicionales.

La ley 67, § 1.º (Dig. L-XVI) recoge un texto de Ulpiano que proclama lo primero «*<Donationis> verbum simpliciter loquendo,*

(77) Ese es nuestro concepto de la donación real, descriptivamente expuesto para mayor claridad. Por ello, es inexacto, como se ha comprobado, que nosotros hayamos querido reducirla—como dice FUENMAYOR (pág. 1092)—a un negocio jurídico dispositivo del que «no surge derecho alguno para el donatario ni impone ninguna obligación al donante». Sólo la última afirmación, concretada a la donación real, coincide con nuestro punto de vista: la donación träditoria, aunque esté aplazada, no obliga al donante, ni le impone de modo inmediato obligación alguna. En cambio, la primera parte la rechazamos: si la donación se consuma, el donatario adquiere el derecho donado; si no lo adquiere es porque la donación no se ha perfeccionado, porque el supuesto de hecho condicional no ha llegado a completarse.

omnem donationem comprehendisse videtur, sive, mortis causa, sive non mortis causa fuerit».

Su naturaleza condicional la reconocen expresamente diversos textos. Al decir *expresamente*, aludimos a los que emplean esta denominación, y prescindimos de los más, que revelan su naturaleza condicional, aunque sin utilizar el término técnico que la expresa. Así en el Libro XXXIX, del Título VI tenemos el fragmento 18, pr., de Juliano (78), el frag. 42, § 1.º de Papiniano (79), y en el Libro XI, Título I, el frag. 15 de Marcelo (80). Pero, especialmente es de citar el texto de Juliano recogido en el proemio de la ley 1, Título V, del citado Libro XXXIX. Enumera las especies de donación. Distingue la otorgada puramente, la condicionada suspensivamente y la que se resuelve bajo condición; y, concluye que esta última *donatio est, quae sub conditione solvatur, qualis est mortis causa donatio* (81). También es de notar el § 4.º del Título XV, Libro III de la Instituta, que trata de la *stipulatio sub conditione*, que dice en uno de sus versículos: *Si quis ita stipulatur: «si in Capitolium non ascendero, dare spondes» perinde erit* (será lo mismo) *ac si stipulatus esset, quum morietur, sibi dari*.

También los modernos romanistas destacan este carácter de donación condicional que tuvo a las fuentes la otorgada *mortis causa*. Así lo han entendido, entre algunos de los más insignes: Savigny (82), Ascoli (83), Bonfante (84), Jors-Kunkel (85), Bion-

(78) «... veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea *condicione*, ut, si convaluerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium».

(79) Este fragmento, discutiendo la aplicación de la Falcidia a una donación otorgada por un padre en las postrimerías de su vida a un hijo emancipado, resuelve que no, pues entiende que la donación no era *mortis causa*—«non tam mortis causa, quam morientem donare»—, pues se había donado «sine ulla *condicione* redhibendi».

(80) Habla expresamente de la condición tácita por causa de muerte, «*propter mortis causa tacitam condicionem*».

(81) Algún autor ha afirmado que, precisamente, este texto dice de la donación *mortis causa* que «*non proprie donatio appellabitur*». Pero esta calificación es aplicada, en él, a toda donación condicionada en su existencia o en su resolución. Afirmación exacta, pues mientras el evento no se realice no hay propiamente donación, ésta sólo existirá verdaderamente cuando quede purificada de toda condición. Para constatarlo basta leer íntegramente los versículos segundo y tercero de dicho proemio: «*Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, quum aliquid secutum fuerit; non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub conditione est. Item quum quis ea mente dat, ut statim quidem accipientis; si tamen aliquid factum fuerit, aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est quae sub conditione solvatur...*».

(82) Op. y vol. cit., pág. 162 y es.

(83) *Trattato delle donazioni* (2.ª ed., Milán, 1935), § 12, pág. 139. «Era ésta—dice—una donación sometida a la doble condición de la sobrevivencia del donante al donatario y de la perseverancia de la voluntad liberal, *usque ad mortem*» (luego veremos que la perseverancia no era propiamente condición, sino el ejercicio de una facultad de arrepentimiento que acompañaba a las donaciones

di (86), etc. El primero nos dice que es una especie de donación condicional por su fin y sus resultados, y señala cómo se disponía a través de una *traditio* condicionada suspensiva o resolutoriamente, o por una *stipulatio* condicional que se perfeccionaba *cum moriar*. Y Jors-Kunkel afirman que la revocación *si donator convaluerit* o *si ille qui accepit prior decesserit* no dimana de la estructura de la institución, sino de la convención entre las partes, que podían elegir la donación *sine ulla redhibendi condicione*, o bien la donación *mortis causa*.

Biondi al distinguir las donaciones *mortis causa* que producían una adquisición inmediata, pero revocable, de aquellas otras que inicialmente sólo daban lugar a una adquisición eventual, nos explica:

a) Si la cosa donada por causa de muerte fué transmitida inmediatamente mediante *mancipatio*, se agregaba un *pactum fiduciae* o una *stipulatio* independiente con el fin de hacer volver la cosa a dominio del donante en caso de darse la hipótesis prevista para la restitución. Igualmente, en el período clásico fueron necesarios estos mismos remedios, de carácter meramente obligacional, para retransmitir la cosa tradida *mortis causa*. Pero, a principio del Imperio, ya se admitió como remedio la *condictio quasi re non secuta*. Y, finalmente, Justiniano aceptó la eficacia real de la condición resolutoria, y proclamó, precisamente, al ocuparse de las donaciones *mortis causa*, la posibilidad de transmitir la propiedad *ad tempus certum vel incertum*, con derogación del principio contrario, sentado por Diocleciano, *propietas ad tempus transferri nequiverit* (87).

b) La *traditio* pudo realizarse bajo *condición suspensiva* ya en el período clásico; de modo que, otorgada *mortis causa*, el donatario sólo adquiriese la propiedad al no sobrevivir el donante.

También los clásicos castellanos recogieron estas características estructurales de la donación *mortis causa*. El jesuita Luis de Molina (88) aseveró que «la donación por causa de muerte es una verdadera donación». Y Antonio Gómez (89) observó, que *non*

no perfectas, que aun hoy puede darse en ciertas situaciones de pendencia condicional).

(84) *La διαθήκη ellenica e la «donatio mortis causa»*, en *Scritti giuridici varii*, vol. I (Torino, 1926), págs. 425 y 428.

(85) Op. cit., § 229, pág. 808.

(86) Op. cit., núm. 28, pág. 705 y ss.

(87) Const. 2, VIII-LIV y 26, VI-XXXVII del Codex, así como en la interpolación de varios textos del Digesto.

(88) Op. y vol. cit., Disp. CCLXXXV, núm. 3, pág. 547. Es interesante destacar lo que dice el propio MOLINA en el núm. 1 de la Disp. CCLXXXVIII (pág. 563). En ella puede verse claramente expuesto el germen histórico del vigente art. 620. Es un argumento más a favor de nuestra tesis, ya que aquella opinión coincide con la interpretación que de este precepto damos.

(89) *Variae...*, loc. cit., núm. 16, «Primo», vers. «Sed in nostro casu», página 249.

est perfecta nec valida in vita donatoris, sed virtus, et effectus ejus est suspensus in tempus mortis, tanquam in actu conditionali.

En consecuencia, si las categorías jurídicas deben definirse de modo tal que comprendan todas las figuras de la especie estudiada, no hay duda de que el concepto de donación debe comprender la *mortis causa donatio*, que también ha de ser incluida entre las figuras condicionales. Todo concepto de la donación que las excluya será inexacto sea por estrechez o por desenfoque. Históricamente lo comprueban los datos que acabamos de exponer. Dogmáticamente hemos creído demostrarlo con referencia a la donación. Ahora, vamos a intentarlo con relación a la condición.

II

LA CONDICIÓN Y SU ENCAJE CON LAS DONACIONES.

Fuenmayor, en su nota crítica (90), nos acusa de dar de la donación «un concepto nuevo, por demás amplio: toda circunstancia incierta (tal es la premeriencia del donante al donatario), que afecte a la eficacia del derecho, acto o negocio jurídico y que sea extrínseca a ellos». Añadiendo, líneas después: «La muerte actúa aquí como una *conditio iuris*, como un requisito legal, institucional y no como un elemento que pone en el negocio su autor».

Estas afirmaciones nos obligan a repasar el concepto de condición, el problema de la existencia de una categoría general que comprenda la *conditio facti* y la *conditio iuris*, la naturaleza de esta última, así como el encaje del evento constituido por la muerte del disponente dentro de la donación *mortis causa* y con respecto a la atribución testamentaria.

1. Problemas que suscita el concepto estricto de la condición

Vamos a repasar ese concepto amplio de la condición, que Fuenmayor ha calificado de innovación nuestra. Dijimos: «Cuando un efecto jurídico depende de una circunstancia incierta para el saber humano y extrínseca al derecho, acto o negocio jurídico por ella afectados, existe una condición, usando este término en su más amplia acepción (91).

La amplitud, expresada en nuestra descripción de la condición, presenta tres direcciones. Ya que comprende la llamada *conditio iuris* y la *conditio facti*; la condición suspensiva y la resolutoria, y extiende el juego condicional no sólo a los negocios jurídicos,

(90) Loc. cit., pág. 1093.

(91) Loc. cit., pág. 618. Por cierto que FUENMAYOR, al transcribir nuestro concepto descriptivo, omite el último inciso: «usando este término en su más amplia acepción».

sino a los actos jurídicos y a los derechos mismos. No ignorábamnos que los tres puntos han sido discutidos. Para algunos sólo la titulada *condicio facti*, es verdadera condición. Según otros, la denominada condición resolutoria no es propiamente condición. Finalmente, ha sido mucho tiempo corriente identificar la condición con la cláusula condicional, adscribiéndola, de este modo, exclusivamente dentro del ámbito del negocio jurídico.

No vamos a ocuparnos, en esta ocasión, de si se pueden catalogar con las condiciones los eventos de que depende la modificación o extinción de los efectos del acto. Es decir, no entramos a discutir si sólo es propiamente condición el evento que suspende: la condición suspensiva (92). En cambio, las otras dos cuestiones nos interesan especialmente.

(92) Podemos distinguir estas posiciones doctrinales:

a) La condición resolutoria supone una doble convención: una *pura* y otra que suspensivamente condiciona la extinción de aquélla.

b) La condición resolutoria, no es más que una condición suspensiva de un efecto extintivo. La diferencia no está en la naturaleza de la condición, sino en el hecho condicionado (nacimiento o extinción de la relación). Tesis de ENNECERUS—Nipperdey (op. y vol. cts., 1-2, 181, III, pág. 316—. BARBERO (*Contributo alla dottrina della condizione*, Milán, 1937, núm. 12 y s., págs. 84 y ss.) señala su identidad de función y dice que la diferencia estriba sólo en sus efectos.

c) WENT defiende que en ambas formas la relación jurídica nace inmediatamente, sólo que en las resolutorias se ha ejecutado inmediatamente y en las suspensivas sólo al verificarse el evento. Tesis parecida a la de PELAYO (*Sobre la condición resolutoria*, en *Rev. Dr. Priv.*, T. XXXII—junio 1948—, pág. 526 y ss.), para quien la condición resolutoria es una condición *no suspensiva*, cuyo incumplimiento, por lo tanto, resuelve esos efectos previamente producidos.

d) El maestro DE CASTRO (*Derecho civil de España*, 2.ª ed., Madrid, 1940; pág. 612) coloca las situaciones condicionales entre los estados de pendencia. Por lo tanto, aplicando su teoría de los derechos en pendencia, veríamos convertidas en titularidades eventuales lo mismo la posición del titular bajo condición suspensiva que la del titular bajo condición resolutoria. La diferencia estribaría en que la titularidad interina se atribuye al sujeto bajo condición resolutoria, mas no al sujeto bajo condición suspensiva.

e) SCIALOJA: *Negocios Jurídicos*, trad. de la 4.ª ed. italiana por PELSMAEKER—Sevilla, 1942—, núm. 36, págs 90 y ss.) dice que: «en el caso de condición resolutoria, existe realmente otra suspensiva de una convención contraria al negocio jurídico principal; pero entre ambas convenciones se da una relación estrecha que no sólo es producto del hecho de que una y otra surjan, en el mismo momento, como consecuencia de una declaración compleja de voluntad, sino que casi puede decirse que un negocio jurídico se halla condicionado por el otro; que el uno nace porque el otro surgió también, y que si combatis la existencia de uno de ellos, debéis destruir, al mismo tiempo, la del otro, siendo éste el vínculo esencialísimo que surge entre estos dos negocios. En el progresivo desarrollo del derecho privado, esta conexión se va acentuando cada vez más, a medida que van desapareciendo las reglas del derecho estricto, y en el derecho moderno, en nuestro Derecho civil, por ejemplo, no es absurdo admitir que la condición resolutoria se ha aproximado tanto al tipo directo de una condición que afecta al negocio jurídico principal de un modo mucho más inmediato que en el derecho romano».

f) FALZEA (*La condicione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milán, 1941, número 23, págs. 235 y ss.) concluye que deben considerarse fallidos los intentos de reducir ambas figuras a una institución unitaria. Una y otra se diferen-

A) *Ambito de aplicación de la condición.*

Von Thur (93) después de decir que la condición únicamente se presenta en los negocios jurídicos, añade que puede aplicarse a los actos jurídicos, como a la intimación, la tradición, etc. «En principio—añade—, la condición puede existir en cualquier negocio jurídico, tanto en los actos de disposición como en los negocios con eficacia personal. Puede estar sujeta a condición, tanto la transferencia de la propiedad, como la constitución, transferencia y extinción de los demás derechos reales». «En la propiedad—observa—está sujeta a condición sólo la pertenencia del derecho; en los demás derechos, también puede depender de una condición el alcance del derecho».

Sin duda el dogma voluntarista influyó notablemente en la concepción de la condición como una determinación accesoria de la voluntad. Es otra muestra de la hipertrofia que, en la dogmática jurídica, sufrió hasta no hace muchos años el elemento volitivo (94). Se discutió sobre esta base: a) Si la condición afectaba inmediatamente a la voluntad de modo que la existencia de ésta dependiera de que aquélla llegara a no verificarse. b) Si solamen-

cian esencialmente por el *modo* en que respectivamente influyen en los efectos. Pero especialmente se diferencian en su naturaleza. La condición suspensiva es una concausa influyente en el nacimiento de la consecuencia; representa un elemento marginal, pero inherente a la estructura del acto. En cambio, la condición resolutoria es un hecho externo, influyente en la extinción de la consecuencia, pero estructuralmente autónomo.

(93) *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán* (Traducción argentina, Buenos Aires, 1948), vol. III¹, pág. 305, nota 5, y págs. 318 y siguientes, nota 93 de esta última página.

(94) NÚÑEZ LAGOS («Situación jurídica de los actos realizados por los gestores sin mandato durante la dominación marxista», en *Cuestiones del Derecho privado de nuestra postguerra*, Barcelona, 1942, págs. 157 y ss.) lo ha expresado, con espléndida prosa:

«La palabra voluntad en las fuentes romanas no es un concepto con densidad propia y fija: significa las pocas veces que relativamente se emplea en los textos, propósito, deseo, disposición práctica externa y visible, algo que la mayoría de las veces, en las fuentes mismas, se expresa con la palabra *animus*.»

«La filosofía gótica planteó la lucha entre razón y voluntad y empieza a tomar esta palabra un contenido y una intensidad desconocida para los romanos. Surge el concepto de voluntad como querer imperativo, como pretensión de dominio, dominio de la naturaleza, dominio de la vida contractual (la voluntad es decisiva en el nacimiento, interpretación, efectividad, impugnación, etc., del contrato). En fin, surge el concepto faústico de la voluntad que había de culminar con NIETSCHE y SHOPENHAUER en filosofía; en Derecho privado con SAVIGNY, ZITELMANN y GIERKE y toda la llamada Willenstheorie, y en Derecho público con la teoría del contrato social de los ius naturalistas de la diosa razón.»

Como ha hecho notar CARNELUTTI (*Teoría General del Derecho*, trad. especial de la 1.ª ed. italiana, por C. G. POSADA, § 139, págs. 286 y ss.), el elemento psicológico ha reclamado la atención de los estudiosos, sobre los que ha ejercido una especie de fascinación que se ha traducido en un cierto oscurecimiento de los otros. En lo futuro—añade—, la doctrina de la voluntad en el acto jurídico «tenderá a ser más bien simplificada que complicada, precisamente porque, como he indicado, deberá restituir a las doctrinas contiguas de la causa y de la forma de algunos elementos que corresponden más propiamente a ellas».

te se refería a los efectos de la voluntad, de suerte que la existencia de ésta no se hallase condicionada, sino únicamente aquéllos, que sólo se producirían en caso de cumplirse la condición (95).

Como dice Betti (96), ambas teorías parten inicialmente de un error. Reside «en la confusión que se establece entre el aspecto psicológico y el aspecto normativo de la voluntad privada, entre la fuente subjetiva y la sustancia objetiva del negocio, designadas ambas como voluntad». «En suma, la voluntad..., permanece siendo lo que es: un hecho pasado y como tal, inmodificable. Lo que pende, incierto y dudoso, no es, por tanto, la voluntad, sino, únicamente, la regulación de intereses que constituye el contenido preceptivo del negocio. El valor vinculante de tal contenido está circunscrito a que se verifique o, respectivamente a que no se cumpla la hipotética previsión».

Observa Falzea (97), que «una exacta definición del concepto de *condicio facti* no puede lograrse sin distinguir netamente el momento subjetivo—condición como *previsión*—, del momento, objetivo—condición como *evento*—, porque a cada uno de estos perfiles corresponden dos distintos conceptos...». La previsión condicional y el evento condicionante constituyen, respectivamente: la primera, un elemento del acto jurídico en su contenido de voluntad, que forma parte de la declaración negocial compleja; y el segundo, un elemento externo al acto, e investido de la cualidad de concausa de su eficacia...; «la *previsión condicional* se inserta en la zona central del acto, y el *evento condicionante*, en cambio, concierne a la zona marginal».

De este modo—por voluntad de los otorgantes—se incrusta en el supuesto de hecho, concretamente querido, un determinado evento calificado por el Derecho como concausa de la eficacia y caracterizado por los requisitos de su proyección en el futuro respecto al acto y por su incertidumbre (98).

Centrando así el concepto de la condición, caracterizada por la inserción en el supuesto de hecho de un coelemento futuro y de in-

(95) Ver, por ejemplo, SCIALOJA (*Negocios jurídicos*. Trad. de la 4.^a ed. italiana, por PELSMAEKER, Sevilla, 1942, págs. 82) y BETTI (*Teoría general del Negocio jurídico*. Trad. española de A. MARTÍN PÉREZ, Madrid, 1949, págs. 385 y ss.), que critican ambas teorías. La primera, «porque la existencia de la voluntad como hecho psicológico no ha de ser deducida de un hecho posterior, sino juzgada según criterios intrínsecos en el momento en que el negocio se efectúa, y dado que existe entonces como hecho presente en la declaración, no puede ser destruida *ex post facto* por un evento futuro como la ausencia de condición». La segunda, porque si afirma «que el nexo de subordinación discurre no ya entre condición y voluntad, sino directamente entre condición y efectos jurídicos, se cae en la incogruencia de concebir la condición como algo extraño al contenido del negocio y, por tanto, como un misterioso interruptor que se interpondría entre aquél y los efectos jurídicos correspondientes».

(96) Op. cit., pág. 386.

(97) *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milán, 1941, núm. 9, página 79.

(98) Ver FALZEA, op. cit., núm. 10, págs. 112 y ss.

cierta realización, resultará ser un dato accidental que sean las partes o la ley quienes ordenen dicha inserción. Lo condicionado es la realización del supuesto de hecho ordenado. La voluntad —del otorgante u otorgantes, o de la ley—ordena los elementos y coelementos del supuesto de hecho en cuestión, pero sin quedar condicionada por la realización o no de esos coelementos previstos por ella. La voluntad queda en pretérito, y es el supuesto de hecho, por ella previsto, lo que queda condicionado por la realización del coelemento futuro. La voluntad es la fuente creadora, pero no elemento del acto condicionado por el evento. Por tanto, el hecho de que la fuente creadora del coelemento condicionante sea la ley y no la voluntad privada, no puede por sí sólo significar una diferente naturaleza de uno u otro evento, sino únicamente una diferencia de origen.

B) «*Conditio iuris*», «*conditio facti*» y el concepto genérico de *condición*.

Esta última conclusión nos encara con la debatida distinción entre *conditio facti* y *conditio iuris*.

¿Qué diferencias existen entre ambas figuras? Los autores que combaten el concepto unitario de condición no están de acuerdo en determinar la diferencia fundamental que separa estas especies. Es más, llegan a ser contradictorias entre sí algunas tesis unitaristas. Vamos a verlo:

a) Cierta doctrina ha sostenido la distinción partiendo del examen de una y otra figura desde ángulos visuales dispares. Se ha enfocado el evento al estudiar la *conditio iuris*, y la cláusula condicional al tratar de la *conditio facti*. Así Lucifredi (99), sostuvo que la condición voluntaria, en cuanto cláusula negocial, forma parte del contenido del acto; mientras la condición legal, como hecho extrínseco, está situada en zona marginal del mismo. Es claro que el error se halla en el planteamiento de las premisas, por relacionar términos heterogéneos. Como nota Falzea (100), lo correcto es examinar ambas figuras desde el mismo ángulo, sea cotejando la cláusula condicional con el mandato de la norma que prevé el evento, o bien, comparando uno y otro evento, el indicado por los sujetos y el ordenado por la norma. De este modo, se observa que la condición voluntaria puede ser construida con un perfil rigurosamente objetivo, diferenciándola de la cláusula condicional; y por otra parte, en el acto subordinado a condición legal se puede hablar de un especial elemento de hecho que asume igual posición e idéntica función que la cláusula condicional. Como ha hecho notar Carnelutti (101), es desafortunado

(99) «La nozione di elementi accidentali del'atto amministrativo», en *Annali Perugia*, LII, 1939, núms 1 y ss., págs. 29 y ss. (cita de FALZEA).

(100) Loc. cit., págs. 121 y ss.

(101) Op. cit., § 157, págs. 323, al final, y ss.

e inexacto expresar la distinción entre condición y legal y voluntaria con la fórmula *condicio iuris-condicio facti*. Pues, es claro, que la antítesis entre el *factum* y el *ius* está totalmente fuera de lugar, en este caso.

b) No ha faltado, quién haya sostenido, que mientras la condición voluntaria es elemento constitutivo del negocio, la condición legal es, en cambio, elemento declarativo. O, que en la condición legal el querer es incondicionado, y está condicionada la posibilidad jurídica de sus efectos; mientras contrariamente en la condición voluntaria está condicionado el querer, mas no la posibilidad jurídica de sus efectos (Scherbring).

Pero estos autores parten de un concepto de la condición voluntaria que hemos rechazado. Se apoyan en la teoría de la voluntad condicionada. Por otra parte es normal en nuestro Derecho el efecto retroactivo, más o menos atenuado, del cumplimiento de la condición, que según dicha tesis sólo debería darse en la *condicio iuris*.

c) A la inversa, que los autores del anterior grupo, otros han sostenido que la condición voluntaria es el elemento marginal y la *condicio iuris* es elemento constitutivo. La primera vendría exclusivamente en consideración con respecto al específico supuesto concreto de que se tratase, añadiéndose marginalmente a los elementos esenciales, sin provocar alteración en el correlativo esquema legal. La segunda, por el contrario, se insertaría en el esquema normativo abstracto, en el que asumiría una función esencial. El acto sometido a condición voluntaria sería perfecto y sólo sus efectos penderían de la realización del evento condicionante. El acto sometido a condición legal, en cambio, representaría tan sólo una parte de un supuesto de hecho más amplio.

Falzea (102), rebatiendo a Barbero y Alimena, señala que la posición expuesta parte erróneamente de que sólo la condición legal, pero no la voluntaria, está comprendida en el esquema normativo del acto condicional. Contrariamente, es lo cierto que el fenómeno condicional se refleja de modo idéntico en ambas figuras de condición. Sea en el plano legal, en el cual pueden señalarse, en entrambas, las hipótesis de un esquema normativo puro o simple y de un esquema normativo condicional. Sea en el ámbito del hecho, requiriéndose en los dos supuestos un particular elemento extrínseco al núcleo central con la función de provocar la entrada de la norma integrativa de la condicionalidad junto a las otras principales que regulan el acto.

El mecanismo condicional se añade como una superestructura que el Derecho aplica a los esquemas típicos del supuesto de hecho normal, cuando en éste concurren particulares circunstancias de hecho que pueden consistir en la inserción de una cláusula

condicional, o en otro hecho que, en el negocio subordinado a *condicio iuris*, sustituya aquella cláusula.

2. Concepto y caracteres del evento condicionante

Centrado el concepto genérico de condición como un elemento extrínseco con relación al supuesto de hecho puro, pero que se inserta en él cuando el mismo supuesto de hecho sea condicionado, es necesario matizar sus características, y subrayar sus diferencias con los demás coelementos del supuesto. Pero, antes de entrar en este análisis, conviene que examinemos las distintas concepciones de la *condicio iuris*, que se han defendido por la doctrina.

a) N. Coviello, Polacco, Saggese, Finzi, entre otros autores, han adoptado una posición negativa. Repudian la figura de la *condicio iuris*, por reputarla híbrida y privada totalmente de delimitación técnica y ajena a cualquier concepto positivo.

b) Otros autores (Sraffa, Tendi, Pachioni, Stolfi, Barassi, Ferri, Allara, Henle, L. Coviello, Betti, etc.) la elevan a la categoría de los elementos esenciales o de los requisitos de validez.

c) En fin, a partir de los estudios de Scheurl y Eisele (103), va siendo cada vez más aceptada la construcción de la *condicio iuris* con el mismo esquema típico de la condición voluntaria, definiéndola como un evento futuro e incierto de cuya realización depende, por obra del Derecho, la existencia de la relación jurídica.

Situados en este terreno, volvemos a encontrarnos con el mismo problema que también se plantea al definir la condición voluntaria como evento futuro e incierto del que depende la perfección del supuesto de hecho condicional. ¿Cómo distinguir el evento condicionante de los demás coelementos del supuesto de hecho posteriores a la formación de su núcleo central? ¿Cómo distinguir los elementos centrales o intrínsecos de los marginales y extrínsecos? ¿Qué diferencia separa la *condicio iuris* de los elementos esenciales del supuesto de hecho normal, es decir, de los demás elementos esenciales del supuesto de hecho condicional, o de los otros requisitos de su validez?

También son varios los criterios que pretenden resolver esta cuestión:

a) Rubino (104), después de rechazar la posibilidad de distinguir los coelementos en causantes y condicionantes, se decide a caracterizar el *genus* común de condición comprendiendo en él

(103) SCHEURL: *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften*, en *Beitrag zur B. der rom.*, 1871, II, 2, § 25, págs. 95 y ss., y EISELE: *Das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensivbedingung* «Archiv. Civ. Pr.», L, 1871, págs. 278 y ss. y *Zur Lehre von den conditiones iuris*, en «Archiv. Civ. Pr.» LIV, 1871, págs. 109 y ss (citas de FALZEA y de BETTI).

(104) *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari* (Milán, 1939), página III y ss.

todos los elementos típicos del supuesto de hecho posteriores, sucesivos, a la declaración de voluntad (105). Este criterio, a juicio nuestro, resulta demasiado amplio, en parte, y excesivamente corto en su punto de partida. Corto, porque centra exclusivamente en la declaración de voluntad el núcleo central del supuesto de hecho. Demasiado extenso en su ámbito, porque agrupa como categoría única todos esos elementos posteriores. Es cierto, como dice, que todos ellos pueden ser sometidos a una valoración jurídica unitaria, en cuanto la momentánea ausencia de cualquiera deja en suspenso el nacimiento de los efectos definitivos y, mientras tanto, juegan normalmente los efectos preliminares. Pero, no obstante, a efectos de su más perfecta asimilación en una categoría común con la condición voluntaria, hay algunos elementos sucesivos del supuesto de hecho, legalmente ordenados, que encajan, como veremos, con ella en un ámbito más uniforme y menos extenso.

b) Carnelutti distingue los requisitos del acto en estáticos—correspondientes al hecho inicial, al punto de partida del acto—y en dinámicos—o del acto propiamente dicho, referentes a la divergencia, al cambio, que el acto provoca respecto a la situación jurídica inicial—, y subdivide estos últimos en internos o elementos y externos o circunstancias (106). Los primeros, los considera *respecto* del acto en sí; los segundos, *respecto la relación entre el acto y los demás acontecimientos*. A estos, a su vez, los clasifica, en circunstancias genéricas—*distantia temporis* y *distantia loci*, o sea, tiempo y lugar del acto—, referentes a la conexión del hecho genéricamente considerado con el resto de la realidad; y circunstancias *específicas*, relativas a la conexión del mismo hecho con sólo una parte de la realidad, es decir, con otros hechos singulares (107). En las circunstancias específicas—dice—la juridicidad del acto se subordina, «no a que suceda en un determinado tiempo y lugar, es decir, a su unión temporal o espacial con el resto de la realidad, sino a que suceda en relación con un acto o hecho determinado, y por tanto, a que otro acto o hecho determinado haya o no sucedido». También, estas circunstancias específicas son objeto de nuevas subdistinciones: aten-

(105) Sin duda, por la amplitud de este *genus*, limita las consecuencias de su construcción unitaria. Observa cierta diferencia entre la condición voluntaria y los elementos típicos del supuesto de hecho posteriores a la declaración de voluntad. La primera es un elemento colocado por iniciativa de las partes; los segundos son exigidos por la ley. De ello deduce que entre ambos supuestos no cabe nada más que la simple analogía. Pero no menos que esa analogía, pues en ambos casos, estando completa la declaración de voluntad, queda diferida la producción del efecto definitivo hasta un momento ulterior, pendiente de la realización de un elemento sucesivo.

(106) *Teoría General del Derecho*, cit., § 115, pág. 239, y 130, pág. 273.

(107) *Teoría General...*, § 151, pág. 314, y § 155, pág. 318, y *Sistema di Diritto procesuale civile*, vol. I (Padova, 1936), núm. 400 y ss., pág. 128 y siguientes, y núm. 536 y ss., pág. 457 y ss.

diendo a su carácter, en positivas y negativas; y según su conexión temporal con el acto, en anteriores—*presuposición*—y posteriores, que según su certeza o incertidumbre, se descomponen en *condición y plazo o término*. Por lo tanto, la condición, según este maestro, queda caracterizada y definida como una *circunstancia, posterior e incierta, legal o voluntaria* (108).

Esta sugestiva exposición de Carnelutti no puede sortear una evidente dificultad práctica. ¿Cómo distinguir, en cada caso concreto, los elementos de las circunstancias? El mismo autor, se pregunta con referencia a estas últimas, es decir, con respecto a los requisitos externos: «¿Cuáles son estos requisitos y cuáles se refieren más bien que al acto en sí a su relación con algo *quod circum stat?*» Su respuesta confiesa que el trabajo de clasificación está muy poco adelantado (109). ¿Cómo juzgar la extrínsecidad? ¿De qué criterio disponemos para hallar la diferencia de un requisito interno, rezagado respecto a los demás y de incierta realización, y un requisito extrínseco, futuro e incierto? De hecho, las dificultades son múltiples y difíciles de salvar. Generalmente será una cuestión a apreciar, un tema de sensibilidad jurídica. Falta un criterio seguro que sirva de medida para fijar los linderos entre ambas figuras. Sufre, además, la dificultad de distinguir el acto condicional y el acto condicionante. No sólo ambos tienen un mismo efecto, sino que los dos concurren a su producción. Sólo su unión es fructífera. En su certera disección estriba la dificultad.

c) *Falsea*, ocupándose exclusivamente de la condición suspensiva (no considera a la resolución como verdadera condición), trata de resolver esta dificultad. A este fin sigue un nuevo camino. Comienza por proyectar el nexo intercedente entre acto jurídico y condición en el plano de los intereses. De este modo, observa no una simple relación entre un concepto y uno de sus elementos no esenciales, sino una conexión de dos planos de intereses, uno interno y otro externo. De una parte el ordenamiento jurídico define y delimita netamente un supuesto concreto de intereses, constituyendo sobre él la esencia conceptual con su correspondiente *nomen iuris*. Mas, de otro lado, el orden jurídico admite la interferencia de otro plano de intereses, externo a los tipificados, y que pueden modificar e incluso eliminar los objetivos jurídicos iniciales. Así al modificarse la figura típica, correspondiente al *nomen iuris* conceptual, se crean figuras atípicas y elementos accidentales (110).

El *nomen iuris* típico abarca gráficamente una línea que une su *causa* (en el sentido de momento preliminar) y su *efecto* (momento sucesivo). Pero, con ella puede entrecruzarse la otra línea

(108) Ver *Teoría General...*, § 157, págs. 320 a 324.

(109) *Teoría General...*, § 151, pág. 314.

(110) Op. cit., núm. 2, pág. 11.

de intereses en juego, línea con fuerza de dirección distinta, que parte de una *concausa* (como tal marginal a la primera), y tiende a un *coefecto* (111). Mientras de hecho el negocio en sus elementos esenciales es preordenado fin de provocar la actuación de aquella regulación de intereses que se compendia en la situación efectual prevista por el Derecho, el evento condicionante es absolutamente extraño a tal destino primario del acto. El evento condicionante se interfiere entre el acto puro y sus efectos típicos para tutelar el sistema de intereses externos que se conectan al supuesto normal (112). Ello hace que el acto y el evento condicionante subentren en el complejo condicional. Así, junto a los elementos típicos de aquél se requiere un hecho ulterior, futuro e incierto. Mientras el evento no se realiza, el hecho presenta un estado de suspensión de su eficacia típica. Pende, en tanto, la doble posibilidad de alcanzar la situación efectual típica o de caer en una situación de definitiva ineficacia (113).

Es decir, la condición se caracteriza por ser un requisito *extrínseco o marginal, accidental, futuro e incierto* (114).

El carácter extrínseco y el carácter accidental de la condición requieren una explicación. Pues conviene precisar el sentido que Falzea atribuye, en este caso, a uno y otro adjetivo.

a) La marginalidad va referida al esquema típico del acto que corresponde a su *nomen iuris*. Supone un evento no comprendido en el supuesto de hecho hipotético del esquema típico, pero que interfiriéndose en él queda dentro del supuesto concreto del hecho de que se trata. Es decir, no es una circunstancia externa o marginal del acto de que concretamente se trata—como pretende Carnelutti—puesto que forma parte del mismo. En este sentido dice Scialoja (115) que la condición «no es algo exterior adicionado, sino algo tan intrínseco que todo negocio jurídico depende de su existencia». La marginalidad se refiere al supuesto de hecho abstracto, correspondiente al acto catalogado con su específico *nomen iuris*.

Ello supone sin duda cierta relatividad. La historia del Derecho nos lo demuestra, mostrándonos las mutaciones ocurridas en muchísimos supuestos de hecho abstractos correspondientes a diversas figuras típicas construídas legal o dogmáticamente, para satisfacer determinados intereses igualmente tipificados de modo genérico. Por otra parte, ciertos actos con *nomen iuris* típico se caracterizan por integrarse precisamente con la intersección de determinado elemento extrínseco a otro acto más genérico, con un *nomen iuris* de mayor amplitud. Así, por ejemplo, las donaciones por causa de matrimonio tienen sin duda su esquema típico, que

(111) Loc. cit., pág. 17 y s.

(112) Núm. 10, pág. 113 y s.

(113) Loc. cit., pág. 120.

(114) Núm. 12, pág. 130 y ss.

(115) Op. cit., § 34, pág. 83.

comprende como elemento interno y esencial el hecho de la celebración del matrimonio en atención al cual se otorgaron. Pero ese mismo hecho es extrínseco y marginal al supuesto de hecho normal de la donación real. De modo que esa misma donación debe considerarse como donación matrimonial pura—si no se halla sometida a condición distinta de la celebración del matrimonio previsto (haciendo interferir en su supuesto de hecho típico otra circunstancia típica, v. gr., que el matrimonio deba celebrarse en un lugar dado, antes de cierta fecha, etc., para que la donación sea efectiva)—y como donación genérica condicional en cuanto subordinada a la celebración del matrimonio. Es decir, esta celebración es un hecho extrínseco al esquema típico de la donación real genérica e intrínseco al esquema correspondiente a toda donación por razón de matrimonio.

b) El carácter accidental de la condición ha sido muy discutido. Ello es debido a que no siempre se emplea este término con idéntico significado. A veces se pretende aplicarlo para caracterizar los elementos no necesarios a la existencia y validez del negocio. Otras se utiliza para expresar los elementos que no son jurídicamente necesarios en un determinado tipo negocial *in abstracto*.

Bajo el *primer significado*, la condición no puede ser calificada como elemento accidental del acto condicionado. Enneccerus-Nipperdey (116) explican esta negativa porque «la declaración de voluntad condicionada es un todo inseparable que no puede descomponerse en una determinación principal y una determinación accesoria». Carnelutti (117) afirma que «si los elementos accidentales son los requisitos que pueden faltar, debieran comprenderse entre ellos también la causa e incluso la voluntad, pues hay actos de causa y de voluntad que no se manifiestan», y que «si por elementos esenciales se entienden aquellos cuya falta perjudica la eficacia del acto, debieran incluirse también la condición y el término, ya que cuando fueren previstos su importancia sería la misma».

La *segunda acepción* aplicada concretamente a cada tipo negocial con *nomen iuris* específico, considerado en su esquema típico, es la que acepta Falzea (118).

Partiendo de ella, se excluyen del concepto de condición aquellos eventos que, aun siendo ajenos al esquema típico correspondiente al *nomen iuris* del acto en cuestión considerado *in abstracto*,

(116) *Tratado...*, cit. I-2.º, § 181, I, 1, pág. 314.

(117) *Teoría General...*, § 157, pág. 322.

(118) *Op. cit.*, núm. 7, pág. 66 y ss. Es interesante la revisión que hace de la conocida tripartición de los elementos negociales en esenciales, naturales y accidentales. Después de criticar la duplicidad del significado atribuido en esta materia al calificativo *esencial*, y de aceptar la significación que hemos indicado en el texto, discute y niega la especie de los elementos naturales. Reduce, pues, la tripartición bipartición y orienta su significado en la forma dicha, que no fué siempre jurídicamente dada a estos términos.

en cambio afectan a los elementos esenciales del acto concreto de que se trata, como es a la determinación del sujeto o del objeto (119). En estos casos hay pendencia subjetiva u objetiva, pero no pendencia condicional propiamente dicha, o sea no hay pendencia plena.

3. *Causa y condición.*

Antes de examinar el esquema típico que presenta la donación *mortis causa* nos interesa observar otra cuestión que en nuestro caso ofrece gran interés. El problema de la relación entre *causa* y *condición*.

En la iniciación de nuestros estudios suelen enseñarnos que causa y condición son elementos totalmente dispares y heterogéneos. Un examen más cuidadoso de la cuestión obliga a rectificar esa afirmación excesivamente simplista y elemental.

Notemos que esa rectificación no es un invento moderno. Antonio Gómez (120) afirmó: «*stipulatio conditionalis, valet sine causa... quia illa conditio pro causa habetur*» y que «*contractus conditionalis non requirit causam, quia ipsa conditio est sufficiens causa*». Tesis que apoyó en el fragmento *A Titio* (Digesto, XLV-I, 108, pr.) de Javoleno y que fué sostenida por Bartolo, Paulo de Castro, Jasón, Angelo, Aretino y el común de los autores, según afirma el propio Gómez. Aceptándose así, *etiamsi ex implimento conditionis nullum commodum, vel interesse resultet contrahentibus*. También Acevedo (121) afirmó que «*si contractus ille, promissio vel obligatio contineret conditionem, nam tunc causa non requiritur cum conditio illa pro causa habeatur*».

Tampoco modernamente ha escapado esto a la fina percepción de la jurisprudencia italiana: «En las obligaciones condicionales *la causa*, o sea, la razón determinante de la voluntad del que se obliga, es *inescindible de la condición* de cuya verificación depende la eficacia de la obligación» (Cas. 29 marzo 1938).

Rubino (122) confiesa que no es posible distinguir entre los diversos elementos del supuesto de hecho, en el sentido de que algunos sean causa y otros sean condición. Y Falzea (123) califica la condición como «*concausa externa, futura e incierta*».

No hay duda que la condición puede a veces actuar como causa y también que en otras ocasiones influye sobre la causa mediatizándola, calificándola y conectándola con la realización del evento condicionante ¿Cómo separar el *animus liberal* de la condición de que se hace depender la donación? La *causa donandi* queda afec-

(119) Núm. 13, pág. 156 y ss.

(120) *Variae...*, II-XII, núm. 3, vers. «Et attende», y núm. 4, pág. 209 y s.

(121) *Comentarii Juris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, T. III (Lugduni, 1737), Libr. V, tit. XVI, núm. 43, pág. 428.

(122) Op. cit., pág. 111.

(123) Op. cit., núm. 2, pág. 21.

tada e involucrada con aquella *condicio* a la que se supedita la donación (124).

Esto nos explica por qué el matrimonio es a la vez condición y concausa de las donaciones por razón de matrimonio (125) y por qué la no sobrevivencia del donante respecto al donatario es, a la par, condición y concausa de las donaciones *mortis causa*. Lo primero fué percibido hace ya muchos siglos por Javoleno en el libro X de sus Epístolas, en el citado fragmento *A Titio*: «*si stipulanti mihi dos ite promissa est: «quamcunque uxorem duxero, dotis eius nomine decem dare spondes?» nihil in causa est, quare ea pecunia condicione expleta non debeatur*» (126).

4. El supuesto de hecho de la donación «*mortis causa*» y el de la sucesión testamentaria.

Ha llegado el momento de analizar el supuesto de hecho de la donación *mortis causa* y de compararlo con el correspondiente a la sucesión hereditaria.

(124) FEDERICO DE CASTRO (*La promesa de contrato*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, III-IV, pág. 1155) reconoce que «a la verdadera condición, será preciso aplicarle ciertos preceptos propios de la causa», a diferencia de la llamada «condición de querer», a la que deben serle de aplicación disposiciones referentes a la declaración de voluntad.

(125) CASTÁN (Op. cit., II-I, págs. 228 y s. y 262 y s.), al estudiar la naturaleza de las donaciones por razón de matrimonio contraponen tres teorías, que consideran como término, plazo y condición, respectivamente, el hecho de la celebración del matrimonio con referencia a la donación otorgada en atención al mismo y a los pactos comprendidos a capitulaciones matrimoniales.

El argumento que se opone a su consideración como condición se refiere al carácter retroactivo que se se atribuye generalmente a esta figura. Pero, como veremos, este extremo es muy discutible. La figura de la condición con determinación de tiempo inicial o la posibilidad de mestizaje entre plazo y condición, apartan totalmente este obstáculo. De este modo la celebración del matrimonio será a la par: concausa—impulsiva y determinante del *animus donandi*—, condición suspensiva y plazo inicial de la donación.

Son excepción los casos en que se hiciera jugar la no celebración del matrimonio como condición resolutoria de una donación consumada previamente, conforme resulta del núm. 2 del art. 1.333. No obstante, esa última modalidad no puede presumirse conforme la normal intención en las partes, ni por el criterio interpretativo patentizado en el art. 1.289, § 1.º, C. c. Ni aun habiéndose otorgado la escritura pública de donación, o las capitulaciones que la contengan y realizado, incluso, la tradición fáctica de la cosa donada. Puesto que la expresión del matrimonio como causa o condición en la donación somete a condición suspensiva la efectividad de la donación. Antes del matrimonio, la posesión que tenga, en su caso, el presunto donatario será, por regla general, meramente precaria, aunque su posición espectante se halle jurídicamente protegida desde el otorgamiento.

(126) No olvidemos el juego negativo que en el período clásico operaba la falta de causa, frente al juego positivo que tiene nuestra concepción actual (Ver, al respecto, SERRANO SERRANO, *Iusta causa traditionis*, en *Rev. Crit. Dr. Inmob.*, 1935, pág. 333). Esto explica la doble negación conjugada entre «*nihil in causa est*» y «*quare... condicione expletae non debeatur*». Traducida al concepto actual, esa frase conjugaría una doble afirmación entre «*hay causa*» y «*cumplida la obligación, se debe...*».

Fuenmayor (127) en su nota crítica nos plantea esta pregunta: «¿Puede decirse—sin más—que las donaciones que hayan de producir sus efectos por la muerte del donante a que alude el artículo 620 están afectadas a una condición suspensiva?»

Su respuesta es negativa: «Creemos que no. Como tampoco es condicional la disposición testamentaria, a pesar de que su eficacia depende de la premoriencia del testador y de que éste puede en todo momento arrepentirse de ella mediante la facultad revocatoria. La muerte actúa aquí como una *conditio iuris*, como un requisito legal, institucional y no como un elemento que pone en el negocio su autor.»

Pero—preguntamos a nuestra vez—¿son idénticos los supuestos de hecho de la sucesión testamentaria y de la donación *mortis causa*?

La historia del Derecho y la dogmática jurídica responden negativamente. Veamos su respectivo fallo.

a) *La historia.*

Sorprende a Fuenmayor (128) la razón dada por nosotros para explicar la diferente solución dada históricamente en los supuestos de conmoriciencia según se tratara de donaciones *mortis causa* o de sucesión *mortis causa*.

Observábamos nosotros (129) que el momento de la muerte tiene carácter dinámico y que, como todo momento dinámico, puede descomponerse. «Así—decíamos—, puede distinguirse el último instante de la vida y el primer instante de la muerte, entre los cuales hace tránsito el momento de morir. Pues bien, la sucesión hereditaria se verifica en el primer instante de la muerte—pues no puede heredarse a una persona viva—y la donación *mortis causa* tiene lugar, en cambio, en el último instante de la vida. Puesto que no puede perfeccionarse una transmisión directa, a la que los herederos del donante son ajenos, si una de las partes no vive.»

Fuenmayor califica esa explicación nuestra de «razón muy original».

Desgraciadamente, no es tan fácil ser original en Derecho. Esa razón que alegamos es muy vieja, milenaria.

Un texto de Marcelo, que de su Digesto (Lib. XXIII) ha pasado al de Justiniano (XL-I, 15), explica cuál es el instante de la perfección de la *manumissio* y la *traditio* otorgadas *mortis causa*. Respecto a la primera dice: «*et in hac specie "in extremum tempus manumissoris vitae" confertur libertas*». Asimilando esta solución a la que atribuye a la *mortis causa traditio*: «*quemadmodum quum rem illa tradiderit; ut "moriente eo" fieret accipientis*».

Otro fragmento, éste de Trifonino (Disputas lib. IX), también recogido en el Digesto (XXIII-III, 76), señala igual criterio para

(127) Loc. cit., pág. 1093.

(128) Loc. cit., pág. 1089.

(129) Loc. cit., pág. 726.

la *mortis causa stipulatio*: «*Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio; nam et si "in tempus, quo ipse moreretur, promississet", obligaretur*». Obligarse *mortis causa* equivalía a obligarse para el instante en que se fuese a morir.

Savigny, (130) refiriéndose a esta forma de *stipulatio*, observa que si bien las estipulaciones *post mortem meam* eran consideradas nulas por los juristas romanos, en cambio admitían la *mortis causa stipulatio*. Razón: el donante prometía constituirse deudor en el último momento de su vida (*cum moriar*). Se suponía, en estos casos, la siguiente forma de estipulación: ¿*cum, me vivo, morieris, centum dare spondes*? Así se obviaba toda dificultad e igualmente quedaba explicada, a su juicio, la validez de la donación en caso de muerte simultánea.

Por tanto, en Derecho romano el momento de la muerte no jugaba de igual modo en la donación *mortis causa* que en la sucesión hereditaria. En el primer supuesto se atendía al postrer instante de la vida; en la segunda, al primer instante de la muerte. En la sucesión hereditaria el instante de la muerte era el momento de la delación. En la donación *mortis causa* el último instante de la vida del donante representaba el momento del cumplimiento de la condición tácita a que se supeditaba la donación. De *tacitam conditionem* habla Marcelo en el fragmento 15 antes referido.

b) *Dogmáticamente.*

El momento de la muerte, como vamos a ver, no es condición legal en el supuesto de hecho de la sucesión hereditaria ni en el de la donación *mortis causa*.

α) No es *condicio iuris*, sino *elemento intrínseco* en el supuesto de hecho de la sucesión *mortis causa*. La *vocación testamentaria* requiere una designación (legal o testamentaria) y el fallecimiento del causante. Por eso, antes de este instante no es válida la aceptación ni la repudiación de la herencia (art. 991 C. c.) y están prohibidos los contratos sobre la herencia futura (art. 1.271, § 2.º, del C. c.).

β) Tampoco es *condicio iuris*, sino *tacita condicio*, a cuyo cumplimiento se supedita la donación, en el supuesto de donación *mortis causa*. Admitida y determinada la categoría genérica de condición y subdividida ésta en condiciones legales y condiciones voluntarias—según cuál sea la fuente creadora de modo inmediato del evento condicionante—conviene precisar que las llamadas *condiciones tácitas* deben situarse entre las segundas y no con las primeras. Enneccerus-Nipperdey (131) lo advierten: «*La condicio iuris* no ha de confundirse con la condición *declarada tácitamente*, que se basa en voluntad tácitamente declarada de las partes o del testador». Como dice Von Tur (132), «es posible que la condición

(130) Op. y vol. cit., § CLXX, pág. 168 y ss, y nota (aa).

(131) Op. y vol. últ. cit., § 181, II, 2, d., pág. 316.

(132) Op. y vol. cit., § 80, pág. 306 y s. (272).

sin estar expresada resulte de las circunstancias como querida tácitamente, cuando es evidente que según la voluntad de la parte o de las partes el efecto jurídico debe depender de que se produzca un acontecimiento futuro». También advierte Betti (133) que la condición llamada tácita, en cuanto sobrentendida, erróneamente es confundida con la *condicio iuris*.

Hacemos esta advertencia porque, como veremos, vamos a catalogar como condición voluntaria, expresa o tácita, y no como condición legal el evento del fallecimiento del donante en los supuestos de donación por causa de muerte.

Pues bien: el supuesto de hecho de la donación traditoria o real, supone una transmisión verificada con ánimo liberal. A este supuesto de hecho típico, característico de su *nomen iuris*, pueden insertársele elementos marginales, como la condición y el plazo. En tales casos la perfección de la donación queda supeditada a ese elemento marginal. Antes del cumplimiento del evento previsto o del vencimiento del término no hay donación sino únicamente una disposición condicional aceptada. Habrá donación real traditoria cuando la transmisión gratuita se haya consumado, al cumplirse la condición o llegar el término. Transmisión y donación se perfeccionan simultáneamente, de modo automático, una vez realizado el evento o llegado su día.

La donación traditoria cuya eficacia se condiciona a la no sobrevivencia del donante al donatario es una donación *mortis causa*. Toda donación *mortis causa* supone ese condicionamiento de la eficacia de la donación dispuesta: La expresión de la causa de muerte lleva implícito dicho condicionamiento, que de ese modo resulta tácitamente dispuesta por las partes (134).

No hay obstáculo en que la muerte del transferente, en general, o del donante, en concreto, pueda actuar como evento condicionante de dichas transferencia y donaciones. La Res. de 15 de mayo de 1917 en uno de sus considerandos, señala una serie de supuestos, que «sin comprender directamente la herencia futura, *ni estar inspirados en un concepto técnico o vulgar de sucesión hereditaria...*, se refieren a la muerte como punto de arranque de derechos y obligaciones o de la adquisición de derechos reales».

La circunstancia de que la muerte del causante sea elemento

(133) Op. cit., núm. 63, pág. 393.

(134) Claro que la muerte del donante es un elemento integrante del supuesto de hecho típico de la donación *mortis causa*, esencial para el perfeccionamiento de dicha donación. Igual sucede en toda donación condicionada y en cualquier otro negocio jurídico sometido a condición con relación a su correspondiente evento condicionante, que es intrínseco y esencial a su respectivo supuesto concreto. La marginalidad del evento debe juzgarse con referencia al supuesto de hecho de la correlativa figura pura. No es correcto hablar, pues, de donación *mortis causa* condicionada a la no sobrevivencia del donante, sino simplemente de donación condicionada a dicha no sobrevivencia, o sea simplemente de donación *mortis causa*, con cuya sola denominación ya se indica la típica condicionalidad de estas donaciones con relación a la figura genérica de las donaciones puras.

intrínseco de la vocación a su herencia, no excluye que ese mismo hecho pueda actuar como evento condicionante de cualquier otro negocio lícito y válido, concertado *inter vivos*, por el cual disponga o se obligue condicionalmente el propio sujeto cuya muerte se hace jugar como condición. Sin perjuicio de que, por razones teleológicas, esta condicionalidad repercuta en la relación de fondo creada. Como sucede en la donación *mortis causa*, cuyos efectos se regulan por las reglas de la sucesión testamentaria.

5. *La retroactividad y la irretroactividad del cumplimiento de las condiciones*

No hemos concluido aún, con lo expuesto, la explicación que pretendemos. Quedan dos extremos por esclarecer. La facultad del donante de revocar las donaciones por él dispuestas *mortis causa*, y la no retroactividad del cumplimiento de las mismas cuando se otorgaron en forma suspensiva.

Comenzaremos por esta segunda cuestión. Es la más fácil de explicar.

Enneccerus-Nipperdey (135), dicen que la diversidad de opiniones en torno a la retroactividad de la condición puede ser explicada por las distintas configuraciones del concepto de donación.

a) La tesis de la retroactividad (Dernburg), parte de la condición pura (que rara vez se presenta), es decir, de la que no contiene una determinación de tiempo.

b) La que niega el efecto retroactivo normal a la condición, piensa en realidad exclusivamente en la condición que contiene una determinación de tiempo (que es el supuesto normal).

c) En cambio, las fuentes romanas sólo excluyen el efecto retroactivo de la condición en tanto ésta contenga una determinación de tiempo suspensiva del efecto jurídico. No obstante, rigen reglas especiales para las disposiciones de última voluntad.

Frente a la tesis de la condición con determinación de tiempo, o híbrida de plazo (defendida también por Fitting, Scheurl, Hellwing, Schulin, Barbero (136), etc., no falta quien pretenda explicar de otro modo la posible ausencia de retroactividad.

Falzea (137), considera que la nota de la retroactividad es derogable por la voluntad en contrario de los sujetos del acto. A su juicio, cuando es señalado un determinado momento en el que deben tener principio los efectos del negocio condicional, deben distinguirse dos hipótesis:

a) Si este momento debe coincidir con el del cumplimiento de la condición, no debe ser considerado como hecho suspensivo, porque como tal funciona exclusivamente la condición, y es relevan-

(135) Op. vol. cit., § 181, III, 1, nota 11, pág. 317.

(136) Op. cit., pág. 84.

(137) Op. cit., núm. 12, pág. 171 y s.

te solamente como indicio de la voluntad de los sujetos, dirigida a excluir el efecto retroactivo.

b) Si se señala un momento posterior al de la realización del evento, sólo después de verificado ese evento asume el término relieve jurídico como hecho suspensivo.

Sea cual fuere, la teoría más acertada—tesis de la condición con determinación de tiempo o tesis de la exclusión expresa o tácita del efecto retroactivo—, es lo cierto que, en cualquier caso, queda perfectamente explicada la no retroactividad de la perfección de la donación *mortis causa* de tipo suspensivo.

6. *La situación de pendencia condicional y su normal irrevocabilidad*

A) La revocabilidad de las donaciones *mortis causa*, históricamente considerada, ha sido objeto de opuestas explicaciones.

Es opinión bastante corriente que el *ius poenitendi* fué aplicado a las donaciones *mortis causa*, por su analogía sustancial con las últimas voluntades (138). Bonfante (139), en cambio, ha demostrado la inexactitud de esa tesis.

Ese régimen de la donación *mortis causa*, era el régimen clásico de todas las relaciones pendientes, fueran sometidas a condición verdadera y propia o subordinadas a una *condicio iuris*. En todas estas hipótesis el Derecho romano clásico admitía el arrepentimiento de quien había consentido, mientras el acto no fuera perfecto.

Bonfante niega, por tanto, la tesis de Bruck que supuso que ese derecho de revocación *ad libitum* pudo derivar de una reacción del testamento sobre la *donatio mortis causa*. Tanto más, cuanto que el genuino testamento romano, el del *ius civile*, no conoció la verdadera libertad de revocación. Esta fué una invención del Derecho pretorio. La famosa máxima, deducida de las leyes 4 (Dig. XXXIV-IV) y 32 (Dig. XXIV-I), *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, no sólo resulta excesivo aplicarla a la *institutio heredis*, según el mismo tenor de estos textos, sino que incluso referida a legados y fideicomisos la frase parece interpolada (140). De modo que esa famosa máxima, expresión de la revocabilidad y símbolo del testamento, según opinión vulgar, fué aplicada en Derecho clásico (en los textos originales) a las donaciones *mortis causa* y no al *testamentum*. Sabemos por Gayo (II, 151), que el *Ius civile* no admitió la revocación del testamento por cambio de voluntad del testador. Aunque éste hubiese declarado de modo público y solemne su presente voluntad contraria, roto el envoltorio y destruido las tablas, valía el testamen-

(138) Ver JÖRS-KUNKEL, op. cit., § 229, 2, pág. 509.

(139) *Scripta...*, vol. y loc. cit., pág. 428 y s.

(140) BONZZONI (*Testamento romano primitivo e su revocabilità*, pág. 17 y ss., Nápoles, 1904) fué quien demostró la interpolación de la ley 4 (Dig. XXXIV-IV) de modo convincente. (Cita de BONFANTE, pág. 428, nota 2).

to y todas sus disposiciones que fueron escritas *licet eorum probatio difficilis sit*.

B) Hoy, el debido enfoque dogmático de la cuestión requiere un análisis previo de la *situación de pendencia* característica de todo negocio sometido a condición suspensiva. Más concretamente, a nuestro objeto, en relación a los negocios dispositivos que a los obligatorios. Es decir, en aquellos supuestos en que la perfección del acto puro produciría una transmisión, que queda pendiente por haberse agregado a su supuesto de hecho normal un evento condicionante.

Si todo hecho supone el tránsito de una situación inicial a otra situación final (141)—tránsito que en nuestro caso se concreta a variar el sujeto del derecho que se pretende donar—, debe preguntarse si se habrá operado algún cambio de titularidad en el período de pendencia que media entre la disposición condicional y la realización del evento condicionante (142).

Varias explicaciones han sido defendidas por los autores. Su- cinta y elementalmente trataremos de exponer las principales. Son las siguientes:

a) Algún autor ha pretendido que el acto se perfecciona a la par que su núcleo central. Ya entonces nacen los derechos deri-

(141) Ver en CARNELUTTI (*Teoría General...*, § 14, pág. 15 y s.) la distinción entre hecho y situación, como manifestaciones estática y dinámica, respectivamente.

(142) Junto al problema de determinar la naturaleza de la situación de pendencia, puede colocarse el de la fijación del momento de perfección del acto sujeto a condición. He ahí las principales teorías expuestas en torno a esta otra cuestión.

a) *Tesis de la coincidencia de la perfección del acto con la del núcleo central; dependiendo del evento tan sólo la ejecución* (WENT).

b) *Tesis de la pendencia* (FITTING, DUSI, ALLARA, COVIELLO): la relación final nace inmediatamente, con la perfección del acto. El evento tiene una función meramente declarativa.

c) *Tesis de los efectos pasivos del derecho* (IHERING, BLOMEYER): al nacer el negocio exclusivamente subentra el lado pasivo del derecho condicionado, determinado, únicamente, un estado de sujeción. En cambio, queda en suspenso su lado activo hasta el cumplimiento de la condición.

d) *Doctrina de la relación fundamental* (PUNDSCHARD). Antes de cumplirse la condición surge una relación jurídica primaria de carácter objetivo que, verificado el evento, hace surgir la relación jurídica secundaria, en la cual las posiciones subjetivas hallan su lugar según la regulación prefijada.

e) *Tesis de la formación sucesiva* (KOEPEL, BEKKER, ZITELMANN, VON THUR, OERTMANN, FERRARA, BETTI, MESSINEO): El derecho sometido a condición llega a tener existencia a través de un ciclo formativo, cuyo inicio tendría lugar al adquirir existencia el acto y cuya conclusión coincidiría con la realización del evento.

f) *Tesis de la perfección del negocio únicamente al cumplirse la condición* (KARLOWA, BEKKER, CALLMANN, LALOUTRE, PUGLIATI, RUBINO). Entiende igualmente relevantes todos los elementos del negocio. Este sólo se perfecciona cuando despliega sus efectos. Al suspenderse su eficacia, se suspende igualmente su existencia.

(Ver la exposición y bibliografía que nos brinda FALZEA: op. cit., núm. 19, pág. 194 y s.)

vados del mismo, *suspendiéndose solamente su ejecución* que queda pendiente de la realización del evento (143).

Pero, como observa Falzea (144), la condición en cuanto viene a incorporarse al negocio, haciéndolo idóneo para desplegar su efecto, pertenece a la zona del supuesto de hecho; y, por tanto, se coloca necesariamente antes del nacimiento de la situación efectual.

Pertenece al devenir del acto, no al devenir del efecto.

Otros autores, que han aceptado como cosa normal que la condición afecta al nacimiento de los derechos, poderes o demás situaciones jurídicas subjetivas, creen posible que, en ocasiones, se limite a suspender su ejercicio (145). Hipótesis correspondiente a la pretendida figura de la condición ejecutiva. Donati (146), que distingue dos elementos en el poder jurídico: el poder de pertenencia, o poder nudo, y el poder de ejercitar la autoridad reconocida, en el límite de aquella esfera (facultad de ejercicio del poder), ha afirmado que el poder jurídico puede estar incondicionado respecto a su titularidad, pero condicionado, en cambio, respecto al ejercicio, por un evento, que funcionaría como condición del ejercicio.

Esta distinción es concebible respecto al término inicial, dada la certeza del ejercicio sólo retardado (147). Pero, en cambio, es inaceptable en la condición, ya que junto a un ejercicio incierto no tiene sentido una titularidad actual cierta (148).

(143) En este sentido: TITULESCO, REGIS GIRARD y, entre nosotros, AZURZA y ORCOZ (*Sobre la naturaleza y disponibilidad de la posición del reservatario*, *Rev. Gral. de Leg. y Jur.*, T. 180—2.º semestre 1946—, pág. 92 y ss.).

(144) *Op. cit.*, núm. 22, págs. 232 y ss.

(145) Nosotros así lo habíamos aceptado en nuestro trabajo de referencia (pág. 683), siguiendo la opinión de LACAL (*Las expectativas de derecho y los derechos expectantes*, en *Rev. Cr. Dr. Inmob.*, 1931, pág. 827) de que la condición suspensiva puede determinar cuando se realiza el nacimiento del derecho o la obligación, en unos casos, y en otros, la efectividad o eficacia de los derechos u obligaciones preexistentes.

(146) *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Archivio Giuridico*, LXXI (1903), núm. 4 ss., pág. 13 y ss. (cita de FALZEA).

(147) No obstante, también es muy debatida la naturaleza de los derechos aplazados. Se ha hablado de: a) Derecho nacido, pero con su ejercicio diferido (SAVIGNY, PUCHTA, FERRARA). b) Derecho futuro (ÜNGER, WINSCHIED, BEKKER). c) Derecho actual con ejercicio diferido, en los créditos, y derecho futuro, en el dominio aplazado (ENNECCERUS, DERNBURG, SCIALOJA). d) Coexistencia actual interna de los titulares sucesivos que ya lo son *pro rata temporis* (F. DE CASTRO). Ver la exposición de este ilustre maestro en la 2.ª ed. de su *Derecho Civil de España*—Madrid, 1939—, pág. 609 y ss.

(148) FALZEA (*loc. ult. cit.*, pág. 235). Nota este autor que en el supuesto llamado de pretensión condicionada en su ejercicio no debe hablarse de condición suspensiva, sino, en todo caso, de condición resolutoria combinada con un término inicial. La realización del evento actúa de término inicial con relación a la simple ejecución del derecho ya nacido. La deficiencia de dicho evento, en cambio, hace jugar la condición resolutoria del mismo derecho.

Cuando se dice—prosigue FALZEA (núm. 24, pág. 252)—que el negocio se halla subordinado a condicionalidad en cuanto un grupo de efectos, de modo que, mientras éstos estén suspendidos los otros se producen inmediata y defi-

b) Otros autores han partido de la conocida observación de Ihering sobre el lado pasivo de los derechos. Aspecto que produce un efecto de sujeción, que vincula a las partes y al objeto a la suerte del negocio condicional. En cambio, el lado activo del derecho queda en suspenso hasta el cumplimiento de la condición.

Pero esta teoría presenta una dificultad lógica: ¿Cómo puede escindirse un derecho, atribuyéndose su lado pasivo a una persona mientras el lado activo queda en manos del transferente?

Por otra parte, la vinculación es una consecuencia que puede derivar de la eficacia del acuerdo negocial—que normalmente produce ese efecto definitivo, aún en el período de pendencia—. Mas es totalmente independiente de la titularidad del derecho condicionado. Este, si como todo derecho subjetivo supone una posibilidad de libre actuación de su contenido, no puede haber entrado durante el período de pendencia en la esfera del sujeto expectante.

c) No ha faltado, tampoco, quien haya visto en la situación de pendencia una especial titularidad del derecho condicionado. Titularidad constituida, como anverso y reverso, por el derecho del transferente, sometido a condición resolutoria, y del adquirente, sometido a condición suspensiva. En este sentido se habla usualmente de propiedad bajo condición suspensiva, o de que se tiene un determinado derecho sometido a condición suspensiva. Así Morell (149), refiriéndose a la situación de reserva viudal, explica: «El derecho del viudo se halla afecto a una condición resolutoria; el derecho de los hijos se halla afecto a una condición suspensiva... Hay que distinguir entre la adquisición condicional y la definitiva...»; y añade: «sabemos que ese derecho se halla sujeto a una condición suspensiva».

Pero se ha observado que el derecho condicionado no existe aún *pendente condicione*. Es inexacto decir que se existe bajo condición: lo sometido a condición suspensiva es algo que existirá quizá, pero que por el momento no existe (150).

d) De modo semejante se ha dicho que la disposición condicional supone la enajenación de una parte futura de la propiedad o derecho objeto de la transmisión (151). O que el vendedor bajo condición suspensiva conserva la propiedad temporal, hasta la realización de la condición, y la posibilidad de que retorne a ser indefinida si la condición falla (152).

nítivamente, lo que ocurre es que el negocio es perfecto en determinado aspecto e imperfecto en el otro.

(149) *Comentarios a la legislación hipotecaria* (2.ª ed., Madrid, 1930), T. IV, pág. 390 y s.

(150) EYGOUT (*De l'effet retroactif de la condition accomplie*), citado por REGIS GIRARD y por AZURZA.

(151) BRECH (*Ihering Jahrbuch*, LXI, año 1912, págs. 61 y 263 y ss.), citado por VON THÜR (op. y vol. cits., § 81, núm. 292, nota 6, pág. 329).

(152) DEMOGUE, *De la nature et des effets du droit éventuel*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1906, pág. 232 y ss.

Pero, si causa esfuerzo admitir la actualidad de una titularidad cierta para el futuro, llega a ser totalmente inconcebible una titularidad actual, proyectada al futuro, cuya realidad se halla pendiente de que ocurra un acontecimiento de incierta realización.

e) Huyendo de esas dificultades, la mayor parte de la doctrina alemana ha distinguido del derecho definitivo, que debe adquirirse al perfeccionarse la condición, el derecho correspondiente a su presunto adquirente durante el período de pendencia. No se trata, pues, del mismo derecho en situaciones distintas (condicional y pura), sino de dos derechos diferentes, el primero de los cuales tiende hacia la adquisición del segundo.

Enneccerus (153), lo perfila como un derecho a adquirir *ipso iure* (es decir, sin acto especial de adquisición) al cumplirse la condición. Von Thur (154), entiende que la enajenación condicional puede equipararse a un gravamen del derecho del transferente, por transferencia constitutiva (155).

Este derecho preliminar de adquisición tendrá naturaleza absoluta, o relativa, según la correspondiente al derecho definitivo al que tiende. Así dará lugar a una *sujeción* o a una *previa obligación*, y sólo en el primer caso su titular tendrá acción contra tercero (156).

La construcción como derecho potestativo de la posición jurídica del adquirente en el negocio condicional, antes que por otro jurista fué criticada por Seckel (157). Este autor, alegó que le faltaba una característica típica de la categoría de derechos potestativos: que la modificación jurídica a la que tendían fuese producida precisamente por un acto de su titular.

Para la crítica de la concepción del derecho preliminar, parte Rubino (158) del concepto de derecho subjetivo. La plantea con estas interrogaciones: ¿Basta, para la existencia de un derecho subjetivo, que se deje a la libre iniciativa del titular el poder de obtener la actuación coactiva del derecho en caso de violación de éste? O, por el contrario, ¿es necesario que, antes de entrar en la fase de violación, sea atribuido al titular la posibilidad de actuar libremente en determinada dirección, es decir, la facultad de desarrollar la actividad necesaria a fin de que el derecho pueda ejercitarse? Concretamente, el concepto de derecho subjetivo, ¿re-

(153) Op. y vol. cits., § 184, II, 4. pág. 336 y s.

(154) Op. y vol. cits., § 81, 2 (296), nota 32, pág. 333 y (299), pág. 337.

(155) En nuestra patria la tesis de ENNECERUS, además de BLAS PÉREZ y ALGUER (op. y vols. cits., pág. 338), también la ha aceptado ROCA SASTRE, que la aplica a la situación de reserva (*Estudios de Derecho Privado*, II—Madrid, 1948—, cap. IX, págs. 305 y 315 y ss.): «Los reservatarios—dice—son titulares de un derecho de adquisición sujeto a condición suspensiva..., el reservista tiene una propiedad revocable, por estar sujeta a condición resolutoria.»

(156) Ver BLAS PÉREZ y J. ALGUER (op. y vol. cits., pág. 339, *in fine*).

(157) *Festgabe f. Koch*, pág. 219, cita de RUBINO.

(158) Op. cit., pág. 312 y ss.

quiere la posibilidad de su ejercicio? Objeto del derecho subjetivo—contesta Rubino—es la protección de un interés, *finalidad* que sólo se consigue con el ejercicio del derecho. Por tanto, el derecho subjetivo nace para ser ejercitado y con él debe nacer la posibilidad del ejercicio.

Sobre esta base, concluye que si al concepto de derecho subjetivo es esencial la posibilidad de libre actuación de su titular para la realización no coactiva de su contenido, resultará que la posición eventual del adquirente bajo condición no puede ser considerada como tal derecho.

f) Federico de Castro (159), engloba la situación condicional entre las que titula situaciones jurídicas de pendencia. En éstas distingue: los derechos subjetivos que forman el objeto de la situación, las titularidades provisionales y los derechos eventuales. Notemos que esta distinción se apoya en la disección que este ilustre maestro hace entre el derecho subjetivo y su titularidad.

Los derechos subjetivos—a su juicio—permanecen intactos en su estructura, pero vinculados y pendientes de la determinación del sujeto definitivo. La titularidad actual se halla transitoriamente indeterminada, hasta que la condición se cumple. A los posibles sujetos definitivos les corresponden, durante la situación de pendencia, sendas titularidades provisionales preventivas. Pero, a la vez, para que no queden indefensos durante este período los intereses del sujeto definitivo, se crea una titularidad provisional interina, que puede corresponder a uno de los titulares preventivos o a tercera persona.

De este modo no existirá ningún titular actual pleno; aun-que puedan aparentarlo la acumulación en una misma persona de una titularidad preventiva con la titularidad interina. El objeto de la titularidad preventiva lo forma el llamado derecho *condicionado o eventual*. Su naturaleza no es la de un derecho independiente, sino la de un derecho subordinado, con el carácter interino que determina la relación jurídica de lo que depende.

Como hemos visto, esta tesis se asienta sobre la base de ser posible la existencia de un derecho subjetivo cuyo sujeto definitivo está transitoriamente indeterminado. Derecho vinculado a un sujeto determinable en el futuro, pero carente de titular actual. Puesto que a la titularidad preventiva sólo corresponde un derecho subordinado de carácter interino y la titularidad provisional no supone la titularidad de un derecho propio, sino la potestad de administrar y defender un derecho ajeno (o que, por lo menos, actualmente no es propio), aunque algún día pueda llegar a corresponderle como plena titularidad.

Cabe objetar si es posible la existencia de un derecho subjetivo sin sujeto actual. Un derecho subjetivo sin titular, ¿puede ser algo más que un cuerpo sin alma?

Ha dicho De Buen (160), que: «por propia definición (*más exactamente por denominación*), el derecho subjetivo presupone un sujeto; si no lo tuviera carecería de la cualidad de *subjetivo*». por eso, propone ese otro planteamiento: «¿cabe mantener la unidad de un conjunto de relaciones jurídicas aunque carezcan de sujeto?». Es decir, apunta, que se mantiene la estructura de la relación jurídica, pero mientras falta el titular no puede hablarse de derecho subjetivo.

Al margen de esta cuestión general, y concretándonos a nuestro caso, surge otra duda: ¿Puede aplicarse esa doctrina al supuesto condicional?

El adquirente bajo condición, como hemos visto con anterioridad, no es un titular actual del derecho condicionado. Pero, en cambio, el transferente sigue siéndolo. No puede decirse que desempeñe una titularidad preventiva en el sentido gestorio antes expuesto. Actúa en nombre propio, en interés propio, para sí. Aunque esté limitada su titularidad, sea por el derecho expectante del adquirente (si como derecho se califica), o por los derechos o potestades de sujeción que protegen su expectativa.

La situación de pendencia subjetiva se da netamente en los supuestos de disposiciones directas a favor de *nascituris*, o a favor de sujetos alternativamente indeterminados (mientras no se realice la determinación), o en la institución condicional de heredero (arts. 801 y ss. C. c.). En cambio, no parece tan clara, en el caso normal de disposición suspensivamente condicionada. El transferente, aunque se halle sujeto al posible cumplimiento del evento no por ello deja de seguir obrando como verdadero titular, en nombre propio, aunque estén limitados condicionalmente los efectos definitivos de sus actos de disposición.

g) Entre la más moderna doctrina es común otra distinción. Entre la expectativa condicional, en sí misma, considerada, y los *efectos cautelares o preliminares que la acompañan* (161).

Para Rubino (162) la expectativa, de una parte, designa siempre un *quid* de mero hecho: simple esperanza de futura adquisición de un derecho. Mas, de otra, obtiene entidad jurídica en cuanto es protegida por el complejo de los efectos preliminares,

(160) *La teoría de la relación jurídica en el Derecho civil*, en *Libro-Homenaje al Profesor don Felipe de Diego* (Madrid, 1940), pág. 193.

(161) Ver RUBINO (op. cit., pág. 308 y ss.), BARBERO (op. cit., pág. 44 y s.), FALZEA (op. cit. núm. 19, pág. 212), BETTI (op. cit., pág. 402 y s.). Así como ZITELMANN y WÜRDINGER (citados por aquéllos).

Nótese, no obstante, que no existe coincidencia plena entre estos autores. Así: para FALZEA la vinculación de sujeto y objeto a la suerte del negocio corresponde a la relación de *expectativa* y no a sus efectos cautelares. Por ello, a su juicio, existe irrevocabilidad en el período de pendencia, siempre y cuando la situación definitiva deba ir acompañada de esa irrevocabilidad. En cambio, para RUBINO y BETTI la vinculación es consecuencia, en su caso, de esos efectos cautelares o preliminares.

(162) Op. cit., pág. 315 y s.

que defienden la futura adquisición del derecho. Por eso, jurídicamente, la expectativa es una entidad jurídica subordinada al conjunto de estos efectos preliminares singulares, que se producen a favor de un sujeto. Supone, por tanto, un interés jurídicamente protegido, pero no un derecho subjetivo. Pues, a juicio de Rubino, la noción del derecho subjetivo requiere la posibilidad de una libre actividad del titular (o de alguien en su lugar) para la realización no coactiva del derecho en la fase que precede a su violación.

Igualmente, Betti (163) afirma: «El titular de una expectativa suspensivamente condicionada no lo es de ningún derecho actual, sólo es el eventual titular de un derecho futuro. Esta simple constatación se opone a las tentativas hechas para asignar un contenido actual al derecho condicionado.» «De otro lado—añade—, ya en pendencia la condición, existe el germen de vida de una relación jurídica futura, de la cual surgirá, sin más, con sólo producirse la condición, ya que entonces se hallará completo el supuesto de hecho que la engendra. El negocio bajo condición crea, por tanto, una situación jurídica caracterizada por algunos efectos *provisionales y preliminares*, destinados a asegurar la actuación de la regulación de intereses delineada por las partes, en el caso de cumplimiento de la condición; efectos que despliegan una función de garantía y tutela de la expectativa, con vistas al cumplimiento futuro o la futura resolución de la situación actual.»

Los autores que explican la situación de pendencia, como constituyente de algo más que una simple expectativa, es decir, de un verdadero derecho, patrimonialmente apreciable, por estar legalmente protegido (aunque distinto del otro definitivo a que tiende), señalan (164), las siguientes manifestaciones de esta protección:

1.ª En el vínculo que liga a las partes, entre sí; y en la facultad conferida, por lo menos a una de ellas, de adoptar las medidas conservativas para asegurarse la adquisición del derecho pendiente.

2.ª En el poder del titular de disponer de su propio derecho transfiriéndolo a otros, o constituyendo derechos nuevos, si bien el acto dispositivo queda sujeto a las mismas condiciones que afectan al primer negocio.

3.ª En la transmisibilidad del derecho condicional a los herederos del titular.

Pero estos efectos, ¿son esenciales a toda situación de pendencia condicional? Y, aún siendo así, ¿sólo son explicables si se entiende que el titular en pendencia es actualmente sujeto de

(163) Loc. últ. cit.

(164) V. gr., ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, traducido de la 4.ª ed. italiana por SERRANO SÚÑER y SANTA CRUZ TEIJEIRO (Madrid, 1929), T. I, § 30, pág. 295.

un verdadero derecho que protege el tránsito de su expectativa a derecho definitivo?

a) En primer lugar, es sabido que en nuestra legislación, como en Derecho romano y en la mayoría de los Códigos modernos, no se entienden transmisibles a los herederos las atribuciones dispuestas en acto de última voluntad bajo condición suspensiva. Eso ya nos demuestra, por sí, que la transmisibilidad a los herederos no es característica esencial de la situación condicional, o en pendencia.

b) Por otra parte, para explicar la posibilidad de que la expectativa condicionada pueda ser objeto de actos de disposición, *inter vivos* o *mortis causa*, traslativa o constitutiva, no es necesario configurarla como un derecho preliminar tendente al definitivo. Según Betti (165), pueden ser objeto de actos de disposición no sólo los derechos actuales, sino los futuros. Si entre el transferente y el derecho futuro existe una relación de vinculación, condicionada o no, la sustitución de aquél por el adquirente, en su propia situación jurídica, dará lugar, en su día, a que el derecho condicionado se perfeccione automáticamente a favor del adquirente.

Es decir, que la posibilidad de transmisión previa de un derecho futuro dependerá, en primer término, de la existencia de esa vinculación preliminar, y, en segundo lugar, de la ausencia de prohibición legal de disponer anticipadamente, motivada por una razón teleológica (166). Con ello llegamos a la conclusión que esa facultad anticipada de transmitir, antes de cumplirse la condición suspensiva, sólo podría considerarse como dato característico de la situación de pendencia condicional en el caso de que ésta engendrarse siempre esa vinculación previa—lo que vamos a examinar a continuación—y de que fuese incompatible a su naturaleza la posibilidad de que las partes o la ley impidan ese juego transmisivo previo.

c) La vinculación de sujetos y objeto a la suerte del negocio, es decir, la abscrición de unos y otro hacia la relación final, o, en otras palabras, la irrevocabilidad de la situación de pendencia, ha sido considerada como característica esencial suya.

(165) Op. cit., pág. 402 y ss. En nota, cita la opinión, en aquel sentido, de BRECHT y BLOMEYER.

(166) Por esa segunda razón es intransferible la legítima futura, pese a que en cierta medida puede decirse que existe verdadera vinculación. Por falta de toda vinculación, el comprador de cosa de un tercero no adquiere automáticamente su propiedad al adquirirla posteriormente el vendedor, sino que es necesario que éste, mediante la tradición, complete el título previo. En cambio, no es ello necesario cuando el vendedor tenía los bienes vendidos pendientes de fideicomiso, con tal de que la venta previa hubiese reunido las formalidades correspondientes a la tradición instrumental. Esto supondrá la transmisión al comprador de la situación jurídica expectante de una adquisición automática de que gozaba el vendedor.

Von Thur (167), en este sentido, dice que las partes quedan vinculadas por sus declaraciones condicionales. No obstante, tiene un concepto amplio de esa vinculación, o, mejor dicho, una visión limitada de su contenido necesario. Así lo prueba al asegurar que semejante vinculación, en cierta medida, se presenta aún en la pretendida condición *si voluerat* (por él aceptada). Es decir, admite que esa vinculación puede mantenerse exclusivamente en aquel ámbito que las partes le dejaron, por reducido que sea.

Falzea (168) observa que: «En los negocios bilaterales asume decisivo relieve la irrevocabilidad, considerada por algunos demasiado genéricamente como efecto preliminar típico del acto convencional.» «Pero debe objetarse—responde él mismo—que la irrevocabilidad forma parte de la situación final, aunque se origine en el período de pendencia, así sólo puede admitirse en ésta cuando la propia situación final sea irrevocable. La irrevocabilidad, por tanto, no puede, en primer lugar, valer como fundamento del *genus* condición, abarcando la *condicio facti* y la *condicio iuris*; ni puede, por otra parte, asumirse como regla para los negocios sometidos a condición legal, pues debe objetarse que ésta no solamente puede no valer para los negocios unilaterales, sino ni siquiera de modo absoluto para los negocios bilaterales.»

Con mayor atención, es estudiada esta cuestión por Rubino. Preocupa a este autor la naturaleza jurídica de la irrevocabilidad (169). De ahí el primer dilema: *a)* ¿Constituye la irrevocabilidad un efecto jurídico con propia individualidad? *b)* O, por el contrario, ¿se construye en forma meramente negativa, en función del poder de revocar, como simple *carencia* de dicho poder? Esta segunda tesis no es aceptable; si la irrevocabilidad no fuese sino la ausencia de poder de revocación, no sería precisamente un efecto de contenido negativo, sino un no efecto, la falta de un efecto jurídico concreto. Se daría el absurdo lógico de que existiría junto a la nada antes del ser. Construída en forma positiva (170) supone una *sujeción* de una o ambas partes para *proteger* un *interés* de la otra o de ambas (171). Protección distinta a la del derecho subjetivo, pues no requiere actuación volitiva del sujeto protegido; y más fuerte que ella, pues no puede ser violada. Cualquier

(167) Op. y vol. cit., § 81, pág. 328.

(168) Op. cit., núm. 19, nota 216, pág. 213 y s.

(169) Op. cit., pág. 256 y ss.

(170) RUBINO (pág. 268 y s.) distingue dos hipótesis de estado de sujeción:

a) La que consiste en la imposibilidad de impedir la creación, modificación o extinción de una relación.

b) La que produce la imposibilidad de producir en la propia esfera jurídica una determinada modificación por medio de un negocio jurídico.

(171) Aclara RUBINO (pág. 274 y s.) que el estado de sujeción puede ser impuesto: *a)* A un sujeto sin referencia a otro sujeto específicamente determinado (supone la subordinación de un interés privado al interés público). *b)* A un sujeto e interés de otro sujeto específicamente determinado; lo que supone la composición de un conflicto intersubjetivo de intereses, impuesta con la sujeción de uno al otro.

eventual negocio de disposición contrario a la sujeción sería nulo. Por lo tanto, no es posible la violación del interés protegido por una sujeción jurídica (172).

Anota (173) que la irrevocabilidad puede presentarse en un negocio sea en la fase de eficacia definitiva, o bien, ya en el período de sus efectos preliminares. En la fase de los efectos definitivos, la irrevocabilidad se refiere a una situación jurídica ya existente. En cambio, en la fase de los efectos preliminares, la irrevocabilidad se refiere a una situación jurídica que aun debe realizarse, y consiste en la imposibilidad de impedir preventivamente la futura consumación de dicha modificación jurídica.

Como en la fase de efectos definitivos, en la de pendencia —explica el mismo autor (174)— la irrevocabilidad sólo es normal, pero no esencial. Las excepciones las divide en dos grupos, que considera comunes tanto a la pendencia de una condición voluntaria como a la ausencia temporal de un elemento típico del supuesto de hecho:

a) En primer lugar, cuando la revocación sea admitida por la ley para la relación definitiva correspondiente al supuesto de hecho completo, con mayor razón debe aceptarse para cuando después de formada la voluntad contractual falta algún evento para la plena perfección del supuesto de hecho completo. V. gr., así sucederá en los negocios basados en la confianza, contraídos *intuitus personae*, como el mandato, el arrendamiento de obra, etc.

b) En otras ocasiones, la revocabilidad de la situación de pendencia no depende de la revocabilidad del supuesto de hecho completo. Pese a la irrevocabilidad de éste, se admite la revocación del supuesto de hecho mientras pende la realización del evento (175). Se trata de supuestos excepcionales. En ellos esa revocabilidad deriva directamente de la ley o por iniciativa de las partes.

(172) Explica el propio RUBINO (pág. 275, *in fine* y ss.): «La sujeción en sentido técnico, que hemos intentado delinear, es el medio jurídico idóneo para tutelar un interés en forma más intensa que el derecho subjetivo. Precisamente, por eso, al titular del interés no se le atribuye poder alguno, que por lo demás resultaría superfluo. El titular de un derecho subjetivo tiene normalmente—en la fase que precede a su violación—poder para desarrollar una determinada actividad, precisamente porque ésta es necesaria para la satisfacción de su interés en forma no coactiva. El titular de un derecho real de goce puede actuar en la cosa; el sujeto de otro derecho absoluto puede desarrollar aquella actividad que el Derecho le concede; el acreedor de un derecho de crédito puede reclamar al deudor su cumplimiento antes de acudir a la autoridad judicial. En cambio, el titular de un interés protegido—por ejemplo, el sujeto a cuyo favor se imponga a otro sujeto la indisponibilidad de un derecho—no tiene necesidad de desarrollar actividad alguna, porque su interés ya resulta satisfecho mediante la *sujeción* que pesa sobre el otro sujeto, es decir, en una forma negativa.»

(173) Págs. 242 y s. y 278.

(174) Pág. 251 y ss.

(175) Normalmente, la irrevocabilidad es bilateral o unilateral en la fase de efectos preliminares, según sea bilateral o unilateral en la fase de efectos definitivos. Así como la irrevocabilidad es generalmente bilateral en la fase

Junto a la normal sujeción, que produce la irrevocabilidad de la situación preliminar pendiente de la realización del evento, existe también normalmente, en esta fase, otra relación que consiste en el deber de no impedir la realización del evento condicionante, y, a la vez, de no producir la desaparición de aquellos elementos, presentes en el momento de perfeccionarse la voluntad contractual, que deben permanecer hasta la perfección completa del supuesto de hecho. Este deber no se confunde con la irrevocabilidad preliminar. Aunque junto a la irrevocabilidad existe siempre ese deber, que cubre aquello que la sujeción no puede impedir (v. gr., la destrucción material de la cosa objeto del negocio condicional), en otros casos, en cambio, puede darse ese deber de abstención faltando la sujeción vinculante e inviolable (así, en un negocio revocable puede insertarse una obligación de no revocar) (176).

En resumen, tanto la sujeción, que produce la irrevocabilidad, como ese deber de corrección, acompañan normalmente a la situación de pendencia, pero no se confunden con ella. La protegen y defienden, en su caso, pero son externos a la misma. Constituyen los efectos preliminares constituyentes de una situación jurídica protegida. Se protege un interés con una sujeción, con unos deberes; pero ese complejo preliminar no debe confundirse con el derecho futuro que pende de la condición.

Siendo así, estos elementos extrínsecos (constituyan o no derechos de carácter preliminar) no son esenciales al concepto de condición suspensiva. Como hemos visto, excepcionalmente pueden no acompañarla.

7. Aplicación de la doctrina expuesta a las donaciones «mortis causa».

Hemos visto que por la ley o por previsión de las partes (177) se puede excluir la irrevocabilidad en la situación de pendencia,

de efectos definitivos, así también lo es en la fase de efectos preliminares. Pero, debe advertirse que si bien es normal la correspondencia entre la irrevocabilidad en la fase de efectos preliminares y la irrevocabilidad en la fase de efectos definitivos, en cambio, en casos excepcionales la irrevocabilidad puede ser bilateral en la fase de efectos definitivos y unilateral en la de pendencia (Cfr. RUBINO, op. cit., pág. 253).

(176) Ver RUBINO, op. cit., pág. 287.

(177) No debe confundirse la condición suspensiva causal, pero afectada por la facultad de revocar por parte del disponente durante el período de pendencia, con la denominada condición «*si volete*», «*si volamus*», «*si volueris*» o «*si volueros*». Esta discutida figura defendida por gran parte de la doctrina extranjera (V. gr.: ENNECERUS, op. vol. cit., § 181, IV, 3, pág. 319 y s. y nota 18; VON THUR, op. cit., pág. 312, nota 49), y entre nosotros, especialmente, por ALGUER (*Para la crítica del concepto del precontrato*, en *Rev. Dr. Priv.*, tomo XXIII, enero 1936, pág. 14) y por este mismo autor con BLAS PÉREZ (Notas al citado *Tratado...* de ENNECERUS, vol. cit., pág. 325), ha sido certeramente criticada por FEDERICO DE CASTRO (*La promesa de contrato*, en *ANUARIO* citado, pág. 1154 y ss.), que nos la muestra como algo distinto de la condición

aun cuando ésta tienda a perfeccionar una relación definitiva de carácter irrevocable.

La donación *mortis causa*, mientras no se haya perfeccionado, por cumplimiento del evento de no sobrevivir el donante al donatario, supone una donación condicional en estado de pendencia, como antes dejamos comprobado. Pero este estado de pendencia se caracteriza, precisamente, porque a la correspondiente expectativa—esencial a toda situación jurídica condicionada—no le acompañan, como normalmente sucede en otras hipótesis, la extrínseca protección del interés pendiente. Falta la irrevocabilidad. No sólo porque las partes la han excluido, expresa o tácitamente, sino también, en nuestro régimen vigente, porque la ley la prohíbe.

En Derecho romano, parece que la revocabilidad de las donaciones *mortis causa*, antes de su perfección—es decir, antes de morir el donante (178)—era característica natural, pero no esencial, de las mismas (179). Por lo tanto, dependía de la voluntad tácita de las partes. Intención que se presumía dada la causa de la donación

Esta atecta a la causa. La «*condicio si volueris*», al consentimiento: supone el ejercicio de un derecho de configuración jurídica.

La facultad de revocación, *ius poenitendi*, no pretende ser una causa de revocación. Ni una pretendida condición «*si volens*» de juego resolutorio. Es, simplemente, una consecuencia de la exclusión, unilateral o bilateral, de la sujeción productora de la irrevocabilidad.

No falta la voluntad como en el negocio sometido a la pretendida condición de querer. Las voluntades existen, aunque el acuerdo no resulte vinculante para una o para ambas partes. No hace falta una nueva declaración para que nazca el derecho. Basta que no se produzca una contradecación. Si no se revoca aquélla, si no se ejercita el *ius poenitendi*, la eficacia del negocio llegando el día se consuma.

(178) Como dijo ULPIANO (lib. LXXVII ad Edictum): «Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur» (Dig. XXXIX-VI, 32).

(179) Ver lo que expusimos en nuestro trabajo de referencia (loc. cit., páginas 640 y ss. y 660) recordando la renovada controversia acerca del carácter esencial o meramente natural del *ius poenitendi* en la *mortis causa donatio*.

En nuestro Derecho histórico, COVARRUBIAS (*Opera Omnia*, ed. cit., vol. I, «De testam.», Tertia rubricae; «De mortis causa donatione», núms. 34 y 35, pág. 30, y «Secunda rubricae pars», «De testam. revocatione», núm. 33 y 34, págs. 5 y 6), y el jesuita LUIS DE MOLINA (op. y vol. cit., Disp. CCLXXXVII, núm. 15 y s., pág. 555 y ss.), con criterio semejante al seguido siglos después por SAVIGNY, señalan varios supuestos de renuncia del «*ius poenitendi*», diferenciándolo del pacto «*ut nullo caso revocetur*». Sobre esta base examinan cuatro casos:

1.º Donación por causa de muerte, revocable por arrepentimiento del donante, pero que debía mantenerse firme en caso de convalecencia de la enfermedad o evasión del peligro que la motivó e, incluso, por premoriencia del donatario. (En realidad, esta última estipulación supone una sustitución vulgar dispuesta a favor de los herederos del donatario).

2.º Donación *mortis causa*, ineficaz por premoriencia del donatario, pero no revocable por arrepentimiento del donante, ni por librarse de la enfermedad o peligro.

3.º Donación *mortis causa*, ineficaz en caso de sobrevivir el donante al pe-

y la condición a que se supeditaba. Paulo (Lib. VI, *ad Legem Iuliam et Papiam*), en un fragmento recogido en el Digesto (XXXIX-VI, 35, § 2.º), señala que, mientras quien dona absolutamente prefiere que tenga la cosa otro más bien que no él, «at is, qui mortis causa donat, se cogitat, atque amore vitæ recepisse potius, quam dedisse mavult». «Y por esto—concluye Paulo—es por lo que vulgarmente se dice: que él prefiere tener más bien que aquel a quien dona, y que después tenga éste más bien que su heredero.»

Hoy día, en cambio, por imperio del artículo 620 C. c., debe entenderse que esa revocabilidad de las donaciones *mortis causa* en pendencia, es esencial a las mismas—salvo en los supuestos excepcionales en que se apoyan en los artículos 177, 827 y 1.331 del Código civil—y deriva, por razones teleológicas (180), del mandato legal (181).

ligro o enfermedad previsto, pero no revocable por premoriencia del donatario ni por arrepentimiento del donante.

4.º Donación hecha en consideración a la muerte con el pacto de *«ut nullo caso revocetur»*. En este supuesto, COVARRUBIAS (loc. ult. cit., núms. 33 y 34) y ANTONIO GÓMEZ (*Variæ...*, II-IV, núm. 22, pág. 253) distinguen, según se haya insertado esa promesa en la parte dispositiva o en la ejecutiva del instrumento. En este caso, contra la opinión del Dr. LUIS DE MOLINA (op. citada, IV-II, núm. 47 y s., pág. 585), entendieron no puesta esa promesa de no revocar. En el otro caso, estimaron que la donación se transformaba en *inter vivos*. El otro, LUIS DE MOLINA, el jesuita (loc. ult. cit.), acepta esta opinión, pero con una salvedad. En el caso de contenerse la promesa de no revocar en la parte ejecutiva, cree que cuando resulte responder a la voluntad del donante, y no meramente a estilo o uso notarial, debe entenderse como si se hubiese expresado en la parte dispositiva. Así debía presumirse, según COVARRUBIAS y el mismo MOLINA, si la promesa colocada a la parte ejecutiva fué confirmada por juramento. Si tal donación irrevocable no fué acompañada de la entrega de los bienes, igualmente la reputaban *inter vivos*, pero aplazada hasta la muerte del causante en cuanto su ejecución y entrega material de posesión. Es decir, *inter vivos* con entrega *post mortem*, que suponía la inmediata transmisión del nudo dominio de la cosa o de la nuda titularidad del derecho.

(180) A juicio nuestro, la revocabilidad de toda donación condicionada suspensivamente a la muerte del donante obedece solamente a razones teleológicas (antes que nosotros, ya lo habían afirmado BLAS PÉREZ y J. ALGUER, loc. ult. cit., pág. 116).

Nuestro querido amigo y compañero MANUEL DE LA CÁMARA (*Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código Civil*, en *Rev. Dr. Priv.*, T. XXXV febrero 1951—, pág. 95, nota 30) no repara en que es ésa la base de la tesis que defendimos (loc. cit., pág. 690). Por otra parte, el criterio distintivo entre las donaciones *mortis causa* y las catalogadas por la doctrina francesa como donaciones *inter vivos condicionadas a la premoriencia del donante*, lo funda en una opinión sobre la esencia del concepto de condición que a nuestro modo de ver es inexacta.

Para nuestro compañero, la donación *mortis causa* es similar a un legado dispuesto *inter vivos* como donación, de modo que el donatario no adquiere la cosa legada, ni siquiera provisionalmente, hasta la muerte del donante. En cambio, en la otra especie de donación, el donante, «queriendo disponer vinculativamente de la cosa donada, subordina, sin embargo, la eficacia del acto a la condición suspensiva de la supervivencia del donatario».

Hoy volvemos a insistir en nuestro criterio, entendiendo haber demostrado

Resumiendo: La donación *mortis causa* es una donación condicionada a la circunstancia de que el donante no sobreviva al donatario. Antes de morir el donante no hay donación; ésta sólo se perfecciona al cumplirse el evento. En su situación de pendencia—y, salvo casos excepcionales—la donación *mortis causa* no está

que la vinculación no es esencial a la situación de pendencia condicional. Pueden excluirla las partes e incluso puede ser prohibida por la ley.

La donación *mortis causa* es una verdadera donación condicionada a la no sobrevivencia del donante. Si no vincula al donante es, simplemente, porque la ley no le concede en ningún caso la sujeción que es normal en la mayoría de las situaciones de pendencia condicional. No se la concede, porque al Derecho le interesan los resultados y no las abstracciones mentales de las partes, y quiere que toda donación cuyos efectos deben producirse a la muerte del donante (recordemos que la condición suspensiva suspende la eficacia del negocio, no meramente su ejecución) se rija por las reglas de fondo de las disposiciones de última voluntad, y, por lo tanto, que sean revocables. En consecuencia, las partes, aunque quieran, no pueden vincularse con tales convenciones, salvo en los casos excepcionales en que la ley lo autorice.

CÁMARA prosigue: «Supuesta una *mortis causa donatio* irrevocable (por renuncia, si se admite, del *ius poenitendi*), no por ello cabría identificarla con una donación *inter vivos* suspensivamente condicionada por la premoriencia del donante. La enajenación (al menos a título oneroso) de la cosa donada dejaría sin efecto la donación, pese a la renuncia de la facultad de revocar que lógicamente habría de referirse, tan sólo, a la posibilidad de retirar la liberalidad *mortis causa* acordada y sujeta siempre, de suyo, al evento de la existencia de lo donado en el patrimonio del donante el día de su muerte, no siendo aplicable esta doctrina a una donación *inter vivos* condicionada *post mortem*».

Tampoco estamos de acuerdo con esta apreciación. Si la enajenación de la cosa, objeto de la donación *mortis causa*, deja a ésta sin efecto, se debe a que es considerada como una forma tácita de revocación de la donación *mortis causa*. (Ver COVARRUBIAS, loc. últ. cit., núm. 19, pág. 29; ANTONIO GÓMEZ, loc. últ. cit., núm. 19, pág. 251 y s., y el jesuíta LUIS DE MOLINA, Disp. últimamente cit., núm. II, pág. 552).

La renuncia a la facultad de revocar supone la vinculación del donante durante la fase de pendencia. Durante ese periodo no puede disponer del objeto de la donación, sino con la limitación que supone dicha vinculación al resultado del evento (salvo—es claro—el juego registral a favor de terceros adquirentes de buena fe, si la donación *mortis causa* irrevocable no fué inscrita). Esa irrevocabilidad y sujeción debe entenderse producida, en este sentido absoluto, en las donaciones *mortis causa* que encajen en los supuestos de los artículos 177, 828 y 1.331 del Código civil.

Así resulta del concepto de irrevocabilidad que antes hemos expuesto. No es un concepto negativo—falta de revocabilidad—, sino positivo. La irrevocabilidad es una consecuencia de la sujeción, normal a todo negocio en su fase de pendencia cuando dicho negocio la suponga a su fase definitiva. El *ius poenitendi* significa una excepción a dicha sujeción. Excepción que clásicamente se presumía en las donaciones *mortis causa* y que el Código civil impone en las donaciones «que hayan de producir sus efectos por muerte del donante», salvo en los supuestos singulares antes expresados. Por lo tanto, en Derecho histórico cuando las partes renunciaban a dicha facultad de arrepentirse, y aun hoy, en los casos en que la ley no la imponga, rige íntegramente la norma general que supone una situación de sujeción en toda relación en pendencia. Sujeción que en todo negocio dispositivo *inter vivos* produce la consiguiente vinculación de la cosa, con eficacia *erga omnes* (salvo el juego registral).

(181) Debemos rectificar, después de lo expuesto, la distinción dogmática que en nuestro anterior trabajo establecimos entre donaciones *mortis causa* y donaciones actuales que atribuyen un derecho suspensivamente condicionado a la premoriencia del donante (pág. 687 y ss.). Allí traducimos con esta fórmula

protegida por vinculación alguna del donatario. Vinculación que se niega por razones teleológicas apreciadas por la ley.

Estas razones teleológicas se inspiran en la realidad de que toda donación *mortis causa* contiene una disposición hecha en previsión de la muerte del disponente. Fundamento que explica por qué el Derecho, desde la Constitución de Justiniano 4 (LVII-VIII del Codex al artículo 620 del Código civil, haya asimilado las reglas relativas a sus efectos y las dispuestas para la sucesión testamentaria. Pero sin confundir unas y otras.

la distinción de unas y otras donaciones: En las *mortis causa* la donación queda en suspenso hasta cumplirse el evento de no sobrevivir el donante al donatario, y su revocabilidad depende de la misma pendencia de la donación. En las otras donaciones, decíamos, la donación se ha verificado y perfeccionado, pero lo que se dona es un derecho que se condiciona, en el momento de donar, al mismo evento antes expresado, y su irrevocabilidad dimanaría dogmáticamente de la irrevocabilidad de la donación, mientras que la condición afecta al derecho donado en su propia esencia, en su médula. (Aunque estimábamos que por razones teleológicas, esa irrevocabilidad quedaba frustrada en nuestro Derecho vigente por imperio del art. 620 C. c.)

Un primer error se debió a que partíamos de la posible existencia en el patrimonio del adquirente de un derecho sometido a condición suspensiva. Pero, como hemos visto, aquel a quien se le ha atribuido un derecho bajo condición suspensiva no es titular actual de dicho derecho.

No hay titularidad suspensivamente condicionada, sino en pendencia. Es decir, no pasa de ser una titularidad futura, aun cuando la situación de pendencia pueda hallarse protegida.

Además, en el negocio que crease una pendencia de esta naturaleza para hacer *in actu* donación de ella, nada se donaría—más que una esperanza—si el derecho en pendencia no llegase a nacer.

Es cierto que puede enajenarse previamente un derecho futuro, cuando el transferente goce de una situación protegida por la vinculación del titular actual y la ley no prohíba su enajenación. Por tanto, si puede enajenarse previamente, también previamente podrá donarse, para que al cumplirse el evento se haga automáticamente del donatario.

Pero una cosa es enajenar o donar previamente un derecho futuro cuya pendencia condicional está engendrada en el momento de otorgarse el acto dispositivo y otra cosa distinta es querer donar pura e irrevocablemente un derecho futuro cuya pendencia se crea en el preciso acto de la donación por su propio titular actual.

El orden de los factores no altera el producto: En este segundo caso la situación inicial es la misma que en la donación *mortis causa*: una titularidad plena del donante. El resultado final idéntico: la adquisición real del donatario depende de la no sobrevivencia del donante. El resultado previo también se reduce, en ambos casos, a la atribución de una expectativa, cuya protección la norma debe resolver teleológicamente atendiendo a los intereses en juego.

El *casus* es el mismo en uno y otro caso; un fin liberal, pero con su eficacia práctica supeditada a la muerte del donante. Lo demás no son más que abstracciones internas de las partes que no interesan al Derecho; aparte de que nadie puede condicionar a favor de sí mismo un derecho propio sin atribuir a otro la expectativa creada. Siendo así: no se dona puramente una expectativa condicional creada al donar, sino que se dona condicionalmente. Si el evento no transforma la expectativa en adquisición del donatario, no habrá donación.

A iguales supuestos de hecho corresponden idénticas normas. Por consiguiente, la protección de la expectativa, es decir, la irrevocabilidad o no de la situación de pendencia debe ser la misma. Tanto si las partes han expresado que condicionaban la donación, como si declararon condicionar su objeto.

En otro error incurrimos entonces al expresar que la razón de la revoca-

Claramente se constata en el artículo 620, que las llama «*donaciones*» y dice que «*se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria*».

Fiel trasunto del criterio de los clásicos castellanos, logrado al españolizar el afrancesado Proyecto de 1851, siguiendo la directriz impuesta a los redactores del vigente Código civil de respetar, en lo posible, nuestro Derecho histórico.

A este respecto, no podemos menos que transcribir un párrafo del jesuita Luis de Molina (182), cuya concepción de la *mortis causa donatio* coincide totalmente con la interpretación del artículo 620 C. c. que nosotros hemos defendido. En ella cabe sostener que se halla reflejado el germen histórico de este precepto. Dice así ese texto:

«Como dice Julio Claro (Sentencias, lib. IV, párr. donat., q. 5), en otros tiempos hubo una gran disputa entre los autores sobre si la donación por causa de muerte tiene más puntos de contacto con los contratos o con las últimas voluntades, existiendo partidarios de ambas doctrinas. Mas hoy es ya opinión común que si la donación por causa de muerte se considera en cuanto a su principio o producción, es más bien un contrato (183) que un acto de última voluntad; mas por lo que toca a sus efectos y estabilidad, y en particular a su revocabilidad, es más afín a las últimas voluntades que a los contratos. De aquí deducen los autores que *en su origen y producción le son aplicables a la donación por causa de muerte las normas de los contratos; mientras que respecto a sus efectos y estabilidad deberán aplicarse las normas de las últimas voluntades, siempre que no existan disposiciones peculiares*. Tal es la opinión común, citada y seguida por Covarrubias (Rub. de test., part. 3, núms. 1 y 15), Antonio Gómez (Var. Resol. I, cap. 3, número 16), Julio Claro (q. 5, cit.), Molina (De primog., lib. I, capítulo 12, núm. 8 y sig., y, especialmente, núm. 16).»

III

LAS DONACIONES DE ULTERIOR GRADO. SU NATURALEZA

Tal vez el extremo menos meditado de la nota crítica que comentamos es el relativo a las donaciones superpuestas. «¿Qué do-

bilidad de la donación *mortis causa* derivaba simplemente de la pendencia de la donación. La disposición a título gratuito, aunque pendiente, puede ser irrevocable aun antes de cumplirse el evento, ya que es normal que la sujeción acompañe a toda situación de pendencia condicional. En nuestro caso, la revocabilidad estriba—como hemos visto en el texto—en la exclusión de la vinculación del donante. No sólo por la presunta voluntad de quien dice donar por causa de muerte, sino por imperativo de la ley, que impone la revocabilidad de toda donación que haya de producir sus efectos a la muerte del donante, en tanto en cuanto aplica las reglas de la sucesión testamentaria.

(182) Op. y vol. cits., Disp. XXLXXXVIII, núm. 1, pág. 563.

(183) MOLINA usa aquí la palabra *contrato* en la tercera y más lata de las tres acepciones que atribuye a esta palabra.

naciones son éstas—pregunta Fuenmayor—que no requieren aceptación?». Siendo así—concluye—que la donación «es un contrato dentro de nuestro sistema, exige siempre la aceptación del donatario» (184).

1. Origen histórico del artículo 641 C. c.

Para poder explicar las donaciones de ulterior grado reconocidas en el artículo 641 del Código civil, es imprescindible conocer la materia moldeada por los autores de la codificación para dictar este precepto.

Los antecedentes históricos inmediatos a toda reforma legislativa son imprescindibles para conocer la posición adoptada por el legislador. Pero es mucho más esencial su conocimiento hallándonos ante una codificación que pretendió mantener las líneas básicas del Derecho nacional. Especialmente, si los breves términos de un precepto sólo se refieren de pasada, sin desflorar su esencia ni desentrañar su naturaleza y requisitos, a una institución perfectamente definida y elaborada en el Derecho anterior.

La materia objeto del artículo que aquí nos interesa, así como sus antecedentes, fueron señalados por los primeros comentaristas del Código civil (185). A través de su precedente legislativo, el artículo 959 del Proyecto de Código de 1851, y de la mano de García Goyena (186) comprobamos que: «La reversión es una verdadera sustitución y se gobierna bajo este aspecto por las mismas reglas según el artículo 636» (relativo a los fideicomisos testamentarios). También veremos como entendiéndose de aplicación las prohibiciones de los artículos 635, 636 y 638 del Proyecto, dictaminó

(184) No queremos dejar pasar este comentario sin rechazar una imputación que nos hace FUENMAYOR: «Como quiera que la donación no es—para él (*habla de mí*)—un contrato, no hace falta el concurso de la voluntad del donatario para perfeccionar el negocio».

Aclaremos. Para nosotros, la donación regulada en los arts. 618 y ss. del Código civil no es un contrato, en cuanto no produce obligaciones para ninguna de las partes. En cambio, entendemos que, normalmente, requiere el consentimiento del donatario (arts. 623 y 629 C. c.), porque suele ser un negocio dispositivo de naturaleza bilateral.

El supuesto del art. 641 es excepcional. Se aparta de la regla general, lo mismo que sus antecedentes históricos se separaron de la normal bilateralidad de la donación traditoria.

Igual ocurre a las donaciones *mortis causa* superpuestas, en relación a las donaciones *mortis causa* normales. El concepto más amplio de donación *mortis causa* recoge todas las otorgadas por razón de la muerte del donante en negocio jurídico *inter vivos*, sea unilateral o bilateral. El concepto normal recoge solamente las donaciones *mortis causa* otorgadas directamente por el donante al donatario, y aceptadas por éste. Los supuestos excepcionales, que abarcan las donaciones *mortis causa* superpuestas e indirectas, salen fuera del esquema normal y justifican la formulación de aquella concepción más amplia.

(185) MANRESA (op. y vol. cits., pág. 144) y SCAEVOLA (op. y vol. cits., páginas 851 y 855) señalan que la impropriamente llamada reversión a favor de un tercero es un caso de sustitución de donatarios.

(186) Op. y vol. cits., pág. 303.

que: «será, pues, válida la donación, a pesar de la nulidad de la reversión o sustitución; y podrá imponerse a la donación hecha a un impúbero para el caso allí expresado» (187).

La letra del propio artículo 641 es por sí sola expresiva, con su llamada a las reglas de las sustituciones testamentarias.

Es necesario, por tanto, conocer la naturaleza y contenido de las donaciones sucesivas, en otros términos llamadas fideicomisos contractuales. Su estudio nos obligará a la par que a repasar su base histórica, a buscar una nueva aplicación dogmática de los efectos de la condición interpuesta para el nacimiento de una donación.

Varios extremos necesitamos aclarar al respecto: a) La necesidad o innecesidad de aceptación por el donatario en vida del donante. b) La transmisibilidad o intransmisibilidad a los herederos del donatario que premuera de las donaciones de segundo grado en pendencia. c) La revocabilidad de las donaciones antes de cumplirse el evento que implica la sustitución.

2. *Intrascendencia de la aceptación de los posteriores donatarios en vida del donante.*

En el régimen vigente es clara la distinción entre la donación superpuesta o donación fideicomisaria y la estipulación a favor de tercero—incluso en su forma de *modus* impuesto a un donatario (188)—. En cambio, en el Derecho romano la eficacia del fi-

(187) El Proyecto de 1951 sólo admitía la sustitución fideicomisaria en el reducido límite autorizado en el § 3.º del art. 638. Es decir, impuesta a los hijos, sobre la parte libre y exclusivamente a favor de los nietos del testador, «sin pasar a otros gradados».

(188) En nuestro trabajo: *Las ventas con reserva de usufructo a favor del vendedor, etc...* (Rev. Dr. Priv., vol. XXX, Diciembre 1946, pág. 949) dejamos escrito: «el derecho del tercero no nace en virtud de ninguna obligación o prestación real de *secundus*. No forma parte de su contraprestación ni actúa como *modus* de la transmisión que le hace *primus*, sino que el derecho del tercero deriva aquí directamente de *primus*, representando simplemente una *minus adquisitio* de *secundus*. *Minus adquisitio*, en cuanto está limitada con relación al tiempo». (Tesis que ratificamos a nuestra conferencia sobre *La donación mortis causa...*, loc. cit., págs. 781 y s.).

Poco más de un año después, nuestro compañero JOSÉ LUIS DÍAZ PASTOR, en su Conferencia *Donación a personas futuras* (Ac. Matritense del Notariado, 27 febrero 1948), proclamó magistralmente (II-6):

«La donación *sub modo* crea una obligación personal del donatario a favor del beneficiario, un derecho correspondiente del beneficiario a exigir la prestación, que por sí solos no ligan los bienes, cuyo incumplimiento no actúa como condición resolutoria (art. 797). Por el contrario, el Código no dice que el donatario con cláusula reversional esté obligado a transmitir lo donado, sino que se puede «establecer la reversión», es decir, una pura disposición *lex rei dicta*, cuya eficacia es automática. Cumplida la condición o el plazo no nace una mera obligación de entregar por parte del donatario, sino que se opera un cambio de dominio, porque el suyo se resuelve. Los efectos de la resolución se producen *ex tunc* y arrastran cualquier disposición intermedia del primer donatario».

deicomiso contractual a favor del segundo donatario surge a la par que se consagra el derecho de tercero a que se cumpla la estipulación a su favor otorgada. Nacen ésta y aquél como una sola institución que la historia del Derecho se ha encargado de es- cindir.

Una constitución de Diocleciano y Maximino del año 290, conocida por ley *Quoties* y recogida en el *Codex* (VIII-LV, 3), consagró el derecho del tercero. El medio hábil consistió en conceder una acción útil *qui stipulatus non sit*.

Conforme a ella, el tercero, aunque no haya aceptado la donación ni celebrado estipulación alguna, al llegar el tiempo fijado tendrá acción útil para sí y para sus herederos, a fin de exigir la cosa donada contra el donatario que fué gravado con la obligación de restituirla al cabo de dicho tiempo (189).

Entre los autores de Derecho común no faltaron quienes sostuvieron que dicha acción tenía carácter real y, por tanto, era ejercitable contra cualquier poseedor aunque derivase su causa del primer donatario. Así lo afirma Peregrinus (190), siguiendo la tesis de Decio, Ripa y otros. «*Et illa utilis actio, quae quidem substituto donatario acquiritur, ne dum personalis est, sed et realis, ita utilis vindicatio donatario substituto quaeretur*» (191). No obstante, predominó la tesis opuesta, según la cual la acción del tercero beneficiario era puramente personal (192).

En cambio, la ley 7, título IV de la Quinta Partida, ocupándose de la donación que es fecha a día cierto, e tiempo señalado, consagra que: «*E de aquel día en adelante ganarian la posesión, e el señorío della, sus herederos del que oviesse fecha la donación, o el otro a quien nombrasse para auerla*» (193). Con lo cual, la es-

(189) Ver LUIS DE MOLINA, el jesuita, op. y vol. cit., Disp. CCLXV, número 2.º, pág. 325.

(190) *De Fideicommissis...* (Editio Novissima, Lugduni, 1670), art. LI, número 17, pág. 732.

(191) El principal argumento esgrimido en pro de esta tesis fué el siguiente: Antes de la citada ley *Quoties*, cuando el tercero no hubiera estipulado con el donante la restitución de la cosa ni aceptado la donación carecía de acción para reclamarla aun llegado el día o cumplida la condición. En cambio, según la Constitución de VALERIANO y GALIANO del año 258 (*Codex* VIII-LV, 1), el donante, llegado este momento, pudo ejercitar *vindicationem etiam in hoc casu utiles*, si el donatario no cumplía el pacto o gravamen que se le impuso. Por eso, como la ley *Quoties*, al conceder la acción útil al tercero, dijo que sería precisamente aquella «*quae sorori suae* (la donante), *si in rebus humanis ageret, competeat, tibi accommodabitur*», es decir, la que competía a la donante, dedujeron que será la del tercero la propia acción reivindicatoria útil a que alude la citada ley «*Si doceas*».

(192) Ver COVARRUBIAS (*Variarum...* cit., Lib. I, cap. XIV, núm. 3, en *Opera Omnia*, ed. cit., vol. II, pág. 61), ANTONIO GÓMEZ (*Ad leges Tauri Commentarius*—Antuerpiae, 1624—, ley 40, núm. 28, pág. 225), y el jesuita LUIS DE MOLINA (loc. últ. cit., núm. 7, pág. 326 y s.), que señala ser ésta la más común opinión de los autores.

(193) ANTONIO GÓMEZ (loc. últ. cit.) intentó sostener que la citada ley de las Partidas sólo debía ser entendida en este sentido cuando la reversión se

tipulación a favor de tercero y la obligación del primer donatario se transforman en una segunda donación superpuesta, de transmisión automática, *ipso iure*, al cumplirse el plazo de dominio y posesión señalado a favor del ulterior donatario. Como afirmó el doctor Luis de Molina, *duae donationes resultent, una in favorem primi, alia autem in favorem secundi* (194).

Así se mantuvo la doctrina del *Codex* en cuanto a la eficacia de la disposición a favor del beneficiario que no intervino en la donación. Pero aquélla se transformó en una segunda donación traditoria aplazada, o condicional con fijación de término, pero automáticamente eficaz en su momento. Así obtuvo entidad propia lo que originariamente fué una mera estipulación modal pactada a favor de un tercero.

Esta ha sido la evolución histórica del fideicomiso contractual, y así configurado lo hallaron los autores del artículo 641. Su letra, lógicamente entendida, confirma por demás estos antecedentes. En efecto, como ha dicho Díez Pastor (195): «En principio el artículo 641 parece referir al derecho sucesorio (art. 781) tan sólo la determinación del ámbito en el que las donaciones pueden revertir... nada nos autoriza a pensar que en cuanto a su perfección estas disposiciones no estén sujetas a las normas generales de los capítulos I y II» (de la donación). «En un examen somero apreciamos, sin embargo, que las normas relativas a la perfección de acto donatorio son en su mayoría inadecuadas a la de esta disposición cuando favorece a un no concebido; que el precepto rudimentario del artículo 1.257 del C. c. tampoco parece admitirla en su seno; y que la alusión a la doctrina de las sustituciones, acaso de manera subconsciente, va mucho más allá de un mero prevenirse contra la vinculación y nos revela el verdadero entronque histórico conceptual de la reversión.»

Como habíamos expresado en el trabajo al que principalmente venimos refiriéndonos (196), el artículo 781, al fijar los límites de las sustituciones fideicomisarias, distingue dos supuestos: a) Como límite general, «que no pasen del segundo grado. b) El supuesto de «que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador»; en cuyo caso, no impone límite de grado. Por consiguiente, dada esta excepción, la regla primera an-

operase a favor del propio donatario o sus herederos, pero no en el supuesto de pasar a un extraño. Alegó, al efecto, al carácter restrictivo que debía dársele por ser la ley correctoria del Derecho común. Pero concluyó aceptando para todo caso la innovación realizada por ella. Igualmente COVARRUBIAS (loc. últ. cit.), que reconoce: «dominium et possessionem rei donatae post diem a donatore definitam absque ulla traditione adquiriri ipsi donatori, vel alteri, cui rem datam ipse restituit voluit» (posición de RODRIGO SUÁREZ, a quien cita).

(194) Op. cit., Lib. IV, cap. II, núm. 73, vers. fin., pág. 590.

(195) Conf. cit., II, 1.º, *Anales...*, vol. VI, págs. 147 y s.

(196) *Anales...*, cits., pág. 793.

tes referida, es de aplicación en los supuestos de llamarse a personas que aún no existan al fallecer el donante. Es así que a esos mismos límites—existencia antes de fallecer el donante de los donatarios de ulterior grado o, en caso contrario, no pasar del segundo grado las sustituciones—se remite el artículo 641; *ergo*; cabe que la donación de ulterior grado se otorgue a favor de personas que no puedan aceptarla (por no existir aún) en vida del donante. Lo que demuestra que no es requisito de las donaciones superpuestas su aceptación en vida del donante por los destinatarios de las mismas. Es decir, impera idéntico criterio que en el Derecho histórico vigente hasta la promulgación del Código civil.

Demostrada la incesidad de la aceptación en vida del donante del fideicomisario contractual, cabe preguntar si su aceptación previa al término o evento condicional previsto para su adquisición surte algún efecto cuando no haya sido rogada por el propio donante. Pero esta cuestión está íntimamente ligada con el problema de la posibilidad de que el donante revoque libremente antes de la llegada del día o cumplimiento de la condición el *modus* o las donaciones superpuestas a la otorgada directamente. La solución de este último problema—que luego vamos a tratar—decidirá la correspondiente a aquél.

3. *La transmisibilidad o intransmisibilidad en los fideicomisos contractuales.*

La transmisibilidad o intransmisibilidad de la situación expectante de los donatarios de grado ulterior fué discutida por los autores de Derecho común. Predominó primeramente la solución negativa. Peregrinus (197) la formuló con estas palabras: «*substituto post mortem primi donatarii praemortiente, perimitur substitutio, prout in ultimis voluntatibus*».

Contra esta solución—como reconoce el mismo autor—se alegó que las esperanzas derivadas de los contratos condicionales son transmisibles a los herederos, a diferencia de las dimanantes de últimas voluntades. Razón demasiado genérica, nacida de la observación de los casos corrientes de uno y otro supuesto, pero que no se apoya en su respectiva esencia. Esa diferencia se basaba en razones teleológicas y no dogmáticas y, por tanto, a aquellas razones más que a la naturaleza del acto dispositivo debía atenderse para resolver los supuestos dudosos.

Además se entendió que la *donatio post mortem primi donatarii* presuponia la sobrevivencia del segundo, por lo cual si éste hubiere premuerto la condición quedaba incumplida. En este sentido orientaron su dictamen Alciato y Bartolo (198).

(197) Op. cit., art. LI, núm. 20, pág. 732.

(198) Así lo refiere PEREGRINUS (loc. últ. cit.): «*facta donatione Petro, eius vita durante, et post eius mortem Michaëli, et eius haeredibus, respondit praemortuo Michaële donationem quoad eum irritam reddi, nec ad haeredes transmissam, quoniam substitutio de Michaële conditionaliter facta erat, si su-*

Peregrinus (199) lo enfocó teleológicamente y desde el punto de vista de la normal intención del donante: *Nam substitutiones istae nominatim subordinatae de uno in alium, ob moriis mentionem, clare demonstrant intentionem donantis fuisse, magis amare primum, quam secundum, magis secundum, quam tertium, idcirco tertius moriens ante secundum, vel secundus ante primum, non transmittit ad suos haereditas, ad exclusionem haereditatis prioris, quia sicut primum in vita praetulit secundo, ita haereditas primi censetur praetulisse haereditibus secundi.*

También Gregorio López (200) pregunta: «¿Qué diremos si habiéndolo designado hubiese fallecido antes del tiempo marcado para diferirse la donación?» «Dígase—responde—que ésta quedará en poder del primer donatario gravado, a tenor de la ley 38, § 6, D. *de legat* 3 (XXXII-único) y de la ley única, § 1 y 2, C. *de caduc. tollend* (VI-II) y según Juan Andrés».

En el siglo pasado, Martí de Eixalá (201), en su adición a esta glosa, distingue dos hipótesis: *a*) Que la donación no pueda revocarse por el donante en cuanto al segundo donatario: «éste tiene un derecho constituido, y por lo mismo lo transmite a sus herederos, aunque no haya cedido el día». *b*) Que la donación fuese revocable: «como no hay obligación respecto al segundo donatario mientras viva el donante, tampoco tiene derecho alguno que pueda transmitir» (Solución que nos lleva al problema de la revocabilidad o irrevocabilidad de estas donaciones de ulterior grado, para ver en qué supuestos se da una u otra situación. Notemos, no obstante, como objeción a este paralelismo, que si la expectativa condicional no se confunde con la protección que el derecho le confiere, serán cuestiones diferentes las relativas a la inexistencia de dicha protección y a la transmisibilidad de aquella expectativa).

Martí Miralles (202), recogiendo la opinión común de los autores, resuelve así el supuesto: Los fideicomisos contractuales, «aunque como su mismo nombre indica, son verdaderos contratos, conservan la naturaleza de las disposiciones testamentarias de donde fueron trasplantados al terreno contractual... siendo consecuencia de todo ello que la eventualidad de un derecho no se transmite a los herederos del que lo tiene a su favor si éste muere

perveniret Petro, unde eo praemoriente defectu conditionis substitutus excluditur, nec obstat in § *ex conditionali* (Instituta III-XV, § 4.º, vers. final) nam transmittitur ante defectum conditionis, et ut contractus valeat, implementum conditionis requiritur. Sed cum ut praesupponitur conditio desecerit, cessat quippe omnis transmissio, nec resistit illa addiecto, *et haereditibus*, nam intelligitur, quatenus ius iam quaesitum esset Michaëli, et sic in sensu composito, non alternative, et in sensu disiuncto».

(199) Art. y núm. cit., pág. 732 *in fine* y 733.

(200) Glosa penúltima a la ley 7, tit. IV, Partida sexta.

(201) Ed. cit. de las Partidas, vol. III, pág. 45, nota 35.

(202) ¿Cláusula reversional o sustitución fideicomisaria? *Fideicomisos contractuales condicionados*, en *Rev. Dr. Priv.*, T. XIX (mayo 1932), pág. 145.

antes que la eventualidad o condición se realice». (Notemos que si bien sólo se refiere a los fideicomisos contractuales condicionados, comprende con ellos a los meramente aplazados. Pues toda sustitución *post mortem* aplazada presupone el evento de la existencia del sustituto en dicho momento.)

En definitiva, estimamos que la voluntad del donante ha de considerarse, en este aspecto, determinante de la solución a dar en cada caso. No puede imponerse ninguna solución dogmática en contra de la voluntad del donante. En este aspecto, si de una parte cabe considerar que la existencia, en su día, del donatario forma parte esencial del supuesto de hecho de la donación; de otra, es admisible, para este caso, la previsión de una sustitución vulgar a favor de los herederos del donatario premuerto. Ahora bien: en caso de duda, nos parece muy razonable la opinión clásica de Peregrino referida a los supuestos de donaciones superpuestas a otras donaciones vitalicias a favor de los anteriores donatarios. Si el donante prefirió el primer donatario al segundo y éste al tercero, es lógico entender que prefirió los herederos del primero a los del segundo y los de éste a los del tercero. No debemos olvidar que mientras el contrato propiamente dicho (es decir, el negocio jurídico obligacional) se perfecciona con el acuerdo de voluntades, por tanto, antes de cumplirse la condición de la que depende el nacimiento de las obligaciones derivadas del mismo, en cambio la donación traditoria sólo se perfecciona a la par que se verifica la transmisión, condicionada al disponerla. Además, normalmente, el donante al disponer una donación de grado posterior no conviene ni contrata con el donatario ulterior, ni siquiera le dirige su declaración para que la acepte antes de llegar su día.

4. *Revocabilidad por el donante de las donaciones de ulterior grado en estado de pendencia.*

La tercera y más discutida cuestión se refiere a si son revocables por el donante las donaciones de ulterior grado antes del vencimiento del término o del cumplimiento de la condición a que se hallan sometidas.

Antes de entrar en su estudio tomaremos nota de que nuestro campo de observación actual resulta de mayor amplitud que el ocupado por las donaciones *mortis causa* superpuestas a otras donaciones *inter vivos* o *mortis causa*.

Las donaciones de ulterior grado contenidas en todo fideicomiso condicional pueden pender de distintas modalidades. Pueden referirse a la muerte del donante o de los anteriores donatarios (203) o de uno y otros (204), pero también pueden estar pen-

(203) Ver lo que dijimos en nuestro trabajo de referencia (I, A, c, pág. 636 y s.). POTHIER (*Pandectes...*, cit., vol. XVI, Lib. XXXIX, tit. VI, núm. IX, pág. 205) cita los siguientes textos que catalogan estas donaciones entre las *mortis causa*: Dig. XXXIX-VI, 11 (ULPIANO, ley 11, lib. XXXIII ad Sabi-

dientes del cumplimiento de cualquier otro evento condicionante o simplemente del vencimiento de un término cierto o incierto.

De todas ellas vamos a ocuparnos en términos generales bajo el doble aspecto histórico-jurídico y dogmático.

Históricamente comprobamos entre los autores de Derecho común, así como en nuestros clásicos con referencia al Derecho real, que la opinión más aceptada consideró que las donaciones de ulterior grado eran generalmente revocables antes del vencimiento del término o del cumplimiento del evento de que dependían. Pero exclusivamente por el donante, no así por sus herederos.

Bartolo inicia la larga serie de autores de Derecho intermedio que aceptaron esta tesis. Baldo y Paulo de Castro defendieron la contraria. Así lo refiere Peregrinus (205), que opta por distinguir dos supuestos: a) Si el pacto extrínseco en beneficio del tercero fué impuesto exclusivamente a favor del donante, en cuyo supuesto éste, por sí sólo, podrán revocar esta segunda donación. b) Si el pacto fué dispuesto también a favor del primer donatario (como cuando la donación se hiciera a él y después a sus hijos por ruego suyo), en cual caso entendió necesario el consentimiento tanto del donante como de este primer donatario. En caso de duda, de acuerdo con la opinión de Juan de Imola y Aretino, estimó que la donación a favor de tercero debía presumirse establecida por exclusivo favor del donante.

Entre los clásicos, Gregorio López (206), Covarrubias (207) y el jesuita Luis de Molina (208), siguieron con referencia al Derecho común la general opinión iniciada por Bartolo (209).

En cambio, Rodrigo Suárez (210), Antonio Gómez (211) y

mum), Dig. h. t., 18 (JULIANO, lib. LX Digestorum) y Codex VIII-LVII, 3 (Const. de DIOCLECIANO y MAXIMINO).

(204) Ver la clasificación, con sus ejemplos, que establecimos en nuestro repetido estudio (loc. cit., XIII-3, pág. 784 y ss.): a) donaciones superpuestas «*propter donantis mortem*»; b) «*propter mortem donantis et primi donatarii*», y c) «*propter mortem primi donatarii*».

(205) Op. cit., art. LI, núm. 46, pág. 740 y s.

(206) Glosa 4.^a a la ley 7, h. t., palabras «*el otro*».

(207) *Variarum...*, Lib. I, cap. XIV, núm. 7 y ss., en *Opera Omnia*, edición cit., vol. II, pág. 61 y ss.

(208) Op. vol. cit. Disp. CCLXV, núm. 14, pág. 330 y ss.

(209) Los defensores de la revocabilidad de la segunda donación antes de la llegada del día se apoyaron en los siguientes textos romanos: Dig. XII-IV, 5, § 1; XVIII-VII, 3; XL-VIII, 3, y Codex IV-LVII, 1 y 6. En todos estos casos se admitía la revocación por el transferente de la manumisión superpuesta a una donación o una venta, con tal que el arrepentimiento se ejercitase antes de cumplirse el término para su efectividad. Doctrina que se generalizaba aplicándola a cualquier carga impuesta por el donante. También se arguyó la ley 18, Dig. XXXIX-V, en la que ULPIANO—invocando las opiniones de ARISTON y POMONIO—dice: «*quum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est*».

(210) *Opera Omnia* (Duaci, 1614), *Allegatione et Consilia domini*, allegatio XIX, núm. 23, pág. 85 y s.: «*Item—dice—, ostenditur hoc sine scrupulo, si ex contractu irrevocabili donarem alicui rem post mortem meam, si promississem non revocare, non possem revocare... Sed quae differentia erit ad propo-*

Acevedo (212), entre otros, sostuvieron la irrevocabilidad de la disposición a favor del tercero, aún antes de su aceptación por este (213).

El doctor Luis de Molina (214), enfoca en otros términos la cuestión. Parte de la pluralidad de donaciones que todo fideicomiso contractual supone, para resolver que todas deben regirse por las mismas normas, y, en consecuencia: *ita ut sicut prima necessario acceptanda fuit, ita etiam in secunda id ipsum dicendum sit, non enim est dabilis aliqua ratio differentiae inter primam et secundam donationem...* (215). *Tunc namque sicut respectu primi donatio revocari non poterat, ita etiam nec respectu secundi revocari poterit.* Es decir, que en lugar de hacer depender la irrevocabilidad de la segunda donación de la llegada del día o del cumplimiento de la condición, la refiere exclusivamente al momento de su aceptación.

Pero, esta posición olvida que, precisamente, la declaración del donante no va destinada a la aceptación del segundo donatario hasta la llegada del plazo fijado o evento previsto. Por eso, sale fuera del campo de la discusión planteada.

En cambio, todos los autores estuvieron de acuerdo, siguiendo la común opinión de Bartolo, en que fallecido el donante, que impuso el gravamen, sin haberlo revocado, pero antes de llegar el momento de la restitución, quedaban confirmados donación y gravamen, sin que los herederos del donante pudieran revocar-

situm, si dicam quod post mortem alterius talia bona deveniant ad talem ut fit in bonis maioriae, quomodo poterit hoc vinculum revocari in praedictum illius vocati post mortem alterius?, et certe nulla urgens ratio differentiae posset assignari. Et haec fuit intentio Paul licet non ite clare loquatur in *l. si pecuniam, ff. de conditio ob causam*.

(211) *Ad leges Tauri...*, lex XL, núm. 29, pág. 226.

(212) *Op. cit.*, vol. III, lib. V, tit. VI, ley XI (Tauri 27), núm. 19, página 194 y s.

(213). Los defensores de esta tesis alegaron la referida ley *Quoties* (Código VIII-LV, 3) y la ley 1, Dig. XL-VIII. Aquélla, porque concede al tercero derecho y acción incluso antes de la aceptación del gravamen. La otra, porque en ella dice PAULO que el esclavo vendido con la condición de ser manumitido al cabo de cierto tiempo, transcurrido éste «etsi mutaverit venditor voluntatem, nihilominus libertas competit».

Argumentos a los que replica el jesuita LUIS DE MOLINA (Disp. últ. cit., número 16, págs. 332 y s.): Al primero, que la ley *Quoties* sólo concede derecho y acción al tercero después de pasado el tiempo fijado, y por lo tanto, estará pendiente de que el donante no haya revocado su disposición con anterioridad al nacimiento de dicho derecho. Al segundo, que ya la glosa de ACURSIO refiere la citada ley 1, h. t., al desistimiento posterior al plazo fijado, cuando el esclavo ha adquirido la libertad, por lo que ya no podrá ser revocada.

(214) *Primogeniorum Hispanorum...*, IV-II, núm. 73 y ss., pág. 589 y ss

(215) No obstante, admite que la segunda donación puede ser aceptada después de muerto el donante, hecho que la hace irrevocable. Así dice (núm. 77, vers. 1, pág. 591): «cum enim ex parte donantis donatio perfecta sit, nec ab illo fuerit ante acceptationem revocata, nihil impedit, quin eo mortuo sequi valeat acceptatio, nec haeredum praedictum in consideratione est, cum ipsi cum defuncto donante una atque eadem persona esse censeantur».

los. Pues, la potestad y el derecho que tenía el donante para revocar el gravamen no pasa a sus herederos (216).

Hasta aquí la cuestión en Derecho común. Ahora cabe preguntar si en Derecho de Castilla fueron modificados estos principios romanos de los que se dedujo la normal revocabilidad por el donante mientras no se cumpliese el evento o llegare el día de los feidecomisos contractuales dispuestos bajo condición o término.

No se dudó de la irrevocabilidad de los mayorazgos dispuestos en acto *inter vivos*. Así resulta implícitamente de la ley XL de Toro. Los dos Luis de Molina, el doctor (217) y el jesuíta (218), explican que, «cuando la donación tenga el carácter de mayorazgo, estableciendo un orden de sucesión perpetuo entre las personas de una familia, como quiera que la donación se considere hecha a la misma familia, bastará la aceptación del primer vincularo para que se repute absolutamente aceptado, de modo que ya no se pueda revocar el mayorazgo por falta de aceptación».

Pero aquí sólo nos interesan los demás feidecomisos contractuales, que no entrañaron la función de mayorazgos. Respecto a ellos, se planteó si el Ordenamiento de Alcalá pudo significar un cambio, imponiendo la irrevocabilidad de las donaciones de segundo grado desde el mismo instante de disponerse la primera donación. Nos referimos a la famosa ley única, Título XVI del dicho Ordenamiento, que pasó a ser ley 3, Título VIII del Libro III del de Montalvo, ley 2, Título XVI, Libro V de la Nueva Recopilación y 1.^a, Título I del Libro X de la Novísima (219).

(216) En este sentido, PEREGRINUS (art. cit., núm. 56, pág. 743), COVARRUBIAS (loc. ult. cit., núm. 17, pág. 66), el DR. LUIS DE MOLINA (núm. 17 citado, pág. 591) y su homónimo el jesuíta (Disp. ult. cit., núm. 13, pág. 330). Tesis apoyada en los citados textos: Dig. XVIII-VII, 3, que contiene el dictamen de PAULO: «Si quis hac lege veniit, ut inta certum tempus manumittatur, si non sit manumissus, liber fit; si tamen is, qui vendidit, in eadem voluntate perseveret, *heredis voluntatem non esse exquirendam*». Dig. XL-VIII, 3, en el cual CALISTRATO concluye que «mortuo autem venditore non esse heredum eius voluntatem explorandam», por lo que no pueden revocar la manumisión del esclavo vendido por el causante y dispuesta por éste, al venderlo, para después de cierto plazo. Y Codex IV-LVII, 1, que recoge una Constitución del Emperador Alejandro, que para la efectividad de la libertad sólo exige que «tempore peracto, si modo Patroclo (el donante, que impuso al donatario la manumisión de Hernia) non contrariae voluntatis fuerit, *aut etiam si iam decesserit*».

(217) Op. cit., IV-II, núm. 75, pág. 590.

(218) Disp. ult. cit., núm. 9, pág. 328.

(219) «Pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por promisión o por algún contrato, o en otra manera, sea tenuto de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepción, de que no fué hecha estipulación, que quiere decir *prometimiento con cierta solemnidad de Derecho*, o que fué hecho el contrato u obligación entre ausentes, o que no fué hecho ante escribano público, o que fué hecha a otra persona privada, en nombre de otros entre ausentes, o se obligó alguno, que daría a otro, o haría alguna cosa; mandamos, que todavía vale la dicha obligación y contrato que fuese hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro.»

Gregorio López (220) distingue estos supuestos, que separa de la regla general: *a*) «Que el pacto a favor del segundo donatario se hubiese verificado estando éste presente y aceptando; *b*) «o, que el donante hubiese prometido expresa o tácitamente no revocar lo dispuesto a favor de dicho segundo donatario». En estos dos casos estimo irrevocable la donación superpuesta, en los demás considero que la ley del Ordenamiento no había modificado el Derecho común. Semejante opinión fué defendida por Covarrubias (221).

La razón es evidente. La famosa ley castellana parte de «*que parezca* (en el sentido de *resultar, aparecer, dejarse ver*, no de *semejar*, ni del actual uso corriente del verbo *parecer*), *que uno se quiso obligar a otro*». Ese *quererse obligar* es esencial que *aparezca*, para que dicho precepto pueda ser aplicado. Y sin duda se manifiesta—si no en el sentido de obligarse, sí en el de vincularse—cuando la donación se otorga ante el segundo donatario, cuya aceptación se recoge. O bien, si el donante prometió no revocarla, o se obligó personalmente, en virtud de dicha ley, a favor de estos ulteriores destinatarios (222).

En los demás casos no es presumible que el donante haya querido obligarse ni vincularse mientras el plazo no llegue o la condición se haya cumplido. Su disposición mira al futuro. Ni siquiera ha ofrecido su aceptación al presunto beneficiario. La ha ordenado como límite de la primera donación dispuesta, en previsión de un evento o espera de un término.

Entre tanto, parece más justo y más correcto entender revocable una disposición cuya aceptación no se ha solicitado y que el donante no se obligó a mantener, ni prometió realizar.

Ya en el siglo pasado Martí de Eixala (223), en su adición a la referida glosa de Gregorio López, a la citada ley 7 h. t., juiciosamente opinó: «Sentado que las innovaciones que hizo la ley

(220) Glosa 4 (a la palabra «*el otro*») de la citada ley 7.^a, en relación con la glosa 1.^a (a las palabras «*ca estonce non la puede facer*») a la ley 4.^a h. t.

(221) Loc. últ. cit., núm. 13, pág. 64: «*alteri per alterum in hoc Regno, etiam alicue ulla stipulationis solemnitate obligationem acquiri: absentique promissionem fieri posse cum effectu etiam nemine absentis acceptante: modo animus obligandi appareat, id enim intelligendum est, etiam sine cessione, dum tamen rathabitio, aut acceptatio absentis sequente fuerit, ea etenim modum sequuntae nec actio quaeritur, nec illa obligatio firma ad agendum sine cessione censetur ex premissis, tametsi revocari non possit*».

(222) El jesuita MOLINA (Disp. últ. cit., núm. 18, ap. final) admite que en el reino de Castilla, conforme el tantas veces citado Ordenamiento de Alcalá, «*todos están de acuerdo en que el gravamen impuesto, desde el momento en que haya sido aceptado a nombre del tercero por un particular cualquiera, no podrá ser revocado*». (Es de entender que fué necesario que este «*particular cualquiera*» actué en la donación como receptor de la declaración que le dirige el donante, con el fin de prestar a éste dicha aceptación a favor del segundo donatario, aun careciendo de poderes de este último). E incluso, en tanto que «*el gravamen haya sido impuesto por el donante con ánimo de obligarse*, no podrá ya ser revocado, aunque no haya sido aceptado por nadie, ni se haya cumplido el tiempo en que deba cumplirlo el donatario».

(223) Op. y vol. cit., pág. 45.

del Ordenamiento fueron, quitar la necesidad de la estipulación atribuyendo igual fuerza que a ésta a la simple expresión de la voluntad, y declarar que podía estipularse y, en general, aceptarse cualquier promesa en provecho de otro; tendremos que deberá atenderse al modo cómo se ha verificado la designación del segundo donatario. Si es a manera de condición o gravamen que se inserta todo en provecho del donante, no se halla obstáculo en que éste lo revoque; pero si la persona del segundo donatario fué indicada por el primero, quien rogó al donante que a favor de la misma ordenare la restitución, entonces tenemos una verdadera promesa alcanzada a favor de un tercero, de consiguiente obligatoria por la ley del Ordenamiento, y por lo mismo irrevocable (224).

Esta es nuestra opinión (225), referida al vigente artículo 641. De no resultar que en la sustitución intervino la voluntad e interés del primer donatario, queda aquélla fuera del ámbito negocial de la primera donación aceptada. Resulta ser tan sólo un límite de ésta. Su aceptación por el tercero no es solicitada por el donante—ni es dable presumir que la quiera—para antes del vencimiento del término fijado o del cumplimiento del evento previsto. La inserción de la segunda donación en el otorgamiento de la primera sirve para dar substantividad a aquélla. Pero no

(224) A continuación, el propio autor plantea, con cierta timidez, el problema de «si hubiese duda acerca de si en la designación de la persona se atendió o no a las afecciones del primer donatario». Propone que «debería tal vez subdistinguirse», según tratara el donante simplemente de quitar el gravamen de restitución o de designar un nuevo destinatario de ésta. A juicio nuestro, con esta subdistinción desenfoca el problema. En realidad, de lo que se trata es de saber qué interés—del donante o del primer donatario—determinó la sustitución. Y, en caso de absoluta duda, debe presumirse que fueron decisivos el interés y la voluntad del donante. Así lo abona el viejo principio interpretativo de los contratos gratuitos, que hoy vemos recogido en el artículo 1.289 C. c.

(225) Así lo defendimos en anteriores trabajos: *Las ventas con reserva de usufructo...* (*Rev. Dr. Priv.*, vol. cit., pág. 953 y s.) y *La donación «mortis causa»* (loc. cit., pág. 789 y ss.).

Con anterioridad lo entendió de este modo MARTÍ MIRALLES (loc. cit., página 146)—aunque con referencia al Derecho romano—, apoyándose en dos textos que no hemos visto citados por los autores de Derecho intermedio. La opinión de POMPTO, contenida en el frag. 18 (Dig. XXXII-único): «*nuda voluntate fideicommissum infirmantur*». Y la Constitución de DIOCLECIANO y MAXIMINO, compilada en el Codex VI-XLII, 27: «*Fideicommissum, eius, qui reliquerat, poenitentia probata, successores nunquam praestare compelluntur*».

Según el mismo MARTÍ MIRALLES, ese régimen de irrevocabilidad de los fideicomisos referido en estos textos, «más que a los dejados en disposiciones *mortis causa*, ha de considerarse establecido con relación a los contractuales, por cuanto en los ordenados en actos de última voluntad ya se sobreentiende, sin necesidad de afirmarlo especialmente, dado que dicha clase de actos son esencialmente revocables».

No obstante, confesamos que este argumento queda en parte desvalorizado después de haber demostrado BONZONI y BONFANTE (ver antes la nota 139) que el régimen de revocabilidad de la institución de herederos es posterior al de los fideicomisos.

para hacerla irrevocable, si el donante no quiso vincularse, ni la dispuso a ruego o en interés del primer donatario aceptante, ni éste actuó como representante legal o voluntario de los donatarios ulteriores.

Díez Pastor (226), por el contrario, se ha pronunciado por la irrevocabilidad, en todo caso, de las donaciones de ulterior grado. Su raciocinio parte de una premisa mayor exacta: «donación y reversión implican dos disposiciones distintas aunque conexas y suponen dos causas diferentes». En cambio, su premisa mayor peca, a juicio nuestro, de excesiva generalidad: «La donación —dice— es por su naturaleza irrevocable y sólo puede ser deshecha por el disenso del donante y donatario» (227).

Por *naturaleza* sólo es irrevocable la donación perfecta, es decir, aceptada, pura y formal. La revocabilidad e irrevocabilidad de las donaciones no aceptadas, o de las condicionadas o aplazadas, depende más de la particular posición que adopte el Derecho positivo, que de la naturaleza y estado de formación del acto (228).

En otra ocasión (229) aplaudimos la certera visión de nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de diciembre de 1940, al distinguir la estipulación a favor de tercero—en la que surge un derecho propio para el tercero—de aquellos otros contratos en los que hay un tercero destinatario de la prestación pero a cuyo favor no se atribuye ningún derecho. Por nuestra cuenta, observamos un tercer supuesto que recoge aquellos otros casos en los que se dispone a favor del tercero un verdadero derecho, pero no un derecho actual, sino futuro. Un derecho que sólo surgirá en

(226) Loc. cit., II-5, págs. 155 y s.

(227) Sobre estas premisas, la conclusión patente le lleva a formular esta pregunta: «pero, ¿quién puede disentir a nombre del no concebido que según la interpretación corriente del art. 627 no puede ser representado ni aun para aceptar una donación pura y simple? No, desde luego, el primer donatario. El fondo de esta cuestión se ve más claro aún si nos referimos a las causas culposas de revocación. El incumplimiento de condiciones voluntarias por el primer donatario, su ingratitude hacia el donante, ¿deben perjudicar a los llamados a la reversión? Sería absurdo en cualquier caso, pero lo parece mucho más si tenemos en cuenta el carácter normalmente familiar de estas disposiciones, que se proponen, casi siempre, proteger y asegurar a la prole no concebida».

(228) Transcribimos de BRONDI (op. cit., núm. 23, pág. 695): «bajo el régimen de la ley Cincia, mientras la donación no fuese perfecta, el donante podía arrepentirse...; podía decirse que la donación era revocable al libre arbitrio del donante, tanto que la *Oratio Antonini* privaba a los herederos del donante de esta facultad de revocación». Copiamos a BONFANTE (*Scritti...*, loc. citada, pág. 17 y s.), «en el Derecho romano clásico, la facultad de arrepentirse era consecuencia natural de todas las relaciones en estado de pendencia, sean sometidas a una condición verdadera y propia o a una *condictio iuris*».

En Derecho común y en Derecho real de Castilla hemos visto hasta qué extremo llegó la polémica acerca de la revocabilidad o irrevocabilidad de las donaciones no aceptadas o pendientes del vencimiento de un término inicial o del cumplimiento de una condición. No son, pues irrevocables por *naturaleza*, aunque la ley pueda imponer—acertada o desacertadamente—su irrevocabilidad.

(229) *Donaciones «mortis causa»*..., loc. cit., pág. 808 y s.

un día cierto o incierto o en caso de cumplirse determinada condición.

De ahí, dedujimos entonces la siguiente consecuencia: Si del contrato o de la estipulación a favor de tercero resulta que se quiere atribuir un derecho inmediato a favor del tercero, éste podrá aceptarlo inmediatamente; y, verificada la aceptación, su derecho será irrevocable. Pero si en la estipulación o contrato no se ha querido atribuir al tercero un derecho actual e inmediato sino sólo un derecho para el futuro, aunque el tercero acepte antes de llegar aquel momento, al cual se ha referido la disposición hecha a su favor, nada adquirirá aún, puesto que nada se le ha atribuido todavía. Por lo tanto, no adquiriendo derecho alguno con tal aceptación, no vinculará con ella, frente a él, ni al estipulante ni al promitente.

Pues bien, esto que dijimos para la estipulación, propiamente dicha, a favor de tercero, puede aplicarse perfectamente, con igual razón, a la disposición que el donante haga en favor de un tercero (el donatario de ulterior grado).

Pero no a base de la distinción entre derecho condicional y derecho futuro—concretamente, entre evento condicionante del que depende la ejecución de un derecho y evento del que pende el nacimiento del mismo derecho—que entonces propusimos y que en el presente trabajo hemos revisado. Sino por las razones que vamos a exponer, derivadas del sentido y momento de la oferta, así como del mismo concepto genérico de condición.

a) La oferta puede ser emitida para su aceptación inmediata. Pero, no hay inconveniente en admitir que al declararla se señale un plazo *ad quem* o *a quo* para su aceptación, término cuyo inicio y conclusión puede hacerse depender de la realización de un determinado evento. En tales casos sólo la aceptación emitida en dicho período de tiempo, cierto o incierto, vinculará al oferente. (Notemos la diferencia existente entre una oferta condicional, cuya aceptación podrá dar lugar a un negocio condicionado, y una oferta cuya propia efectividad se hace depender de un evento o se limita a un tiempo dado, inicial o final).

Para que pueda decirse que existe oferta, es necesario que vaya dirigida a alguien a quien se le comunique directa o indirectamente. No basta que uno a solas diga «ofrezco ciento a Ticio». Ni es suficiente decirselo a Cayo, si éste no es mandatario o representante de Ticio, ni el dicente le encarga que transmita a éste su oferta. No es bastante escribir una carta para que la oferta nazca; hay que dirigirla a su destinatario o persona que le repersente o a quien se encargue su transmisión.

En las reversiones dispuestas a favor de tercera persona, el donante establece un límite a la donación que otorga al primer donatario. Pero la ulterior disposición, que tras este límite de la primera donación resulta a favor de un tercero, puede no ser comunicada a éste por el donante. Queda inserta así la dona-

ción como una oferta en pendencia, esperando como una acción en cartera, el momento de ser puesta en circulación. El fin de esta pendencia, la firmeza de la oferta, su puesta en circulación coincidirá con el término o evento determinante de la sustitución. Antes, por no ser firme, será revocable. Pero, por estar insertada en otro contrato participará de la sustantividad de éste. Sustantividad que, dado el distinto sentido de la disposición gratuita con respecto a una oferta contractual *stricto sensu*, hará que sea irrevocable por los herederos del donante, que deben respetar las declaraciones de voluntad de su causante que tengan fuerza sustantiva suficiente para sobrevivirle (230).

En ciertos casos puede no ser así. V. gr., si el reversionario está presente y acepta; si se le comunica por el donante la disposición otorgada a su favor; si el primer donatario actúa, de acuerdo con el donante, representando a los ulteriores donatarios y acepta en nombre de éstos, o es facultado por el donante para comunicarles la oferta. En estos supuestos, esta particular actuación es índice de que la oferta de las ulteriores donaciones no está en suspenso, de que puede ser aceptada antes de llegar el momento de la reversión (de modo que únicamente se condiciona o aplaza la perfección de la donación, como en toda donación directa condicionada o aplazada).

También cabe que la sustitución se imponga—como observaron Peregrino, hace siglos, y Martí de Eixala, en el pasado—en interés del primer donatario, formando parte de la vinculación del donante hacia él. En este caso sin su consentimiento no podrá revocarse, ni modificarse dicha reversión.

Pero normalmente, en la duda, no puede presumirse que el primer donatario actúe como mandatario del donante para aceptar por los ulteriores donatarios, con o sin poder de éstos, ni que la reversión se haya estipulado en beneficio del primero. Como antes expusimos, nos lo veda la norma interpretativa recogida en el artículo 1.289, párrafo 1.º del Código civil.

b) Al ocuparnos de la situación de pendencia condicional, nos hemos inclinado por aquella posición que distingue la expectativa condicional—mera *spes*, simple esperanza—y la protección jurídica que el ordenamiento concede normalmente a las expectativas condicionales, mediante la vinculación de sujetos y objeto, así como a través de las llamadas medidas preventivas otor-

(230) Entre las disposiciones a favor de persona no contratante, que tienen fuerza sustantiva suficiente para sobrevivir a su emitente, pueden citarse: a), las resultantes a favor de tercera persona en negocio jurídico bilateral obligatorio o dispositivo; b), las aceptadas, sin poder del destinatario, por tercera persona en nombre de aquél; y c), las que reúnan las formas exigidas para las disposiciones de última voluntad. En los demás casos, sin acuerdo negocial (oneroso o lucrativo), entre declarante y destinatario, la declaración de aquél no podrá sobrevivirle. (Ver, respecto la sustantividad de las declaraciones de voluntad lo que expresamos en nuestro trabajo, «Las ventas con reserva de usufructo, etc. ...», loc. cit., pág. 952).

gadas al sujeto expectante. No obstante, también comprobamos que la voluntad de las partes o la norma jurídica positiva, por razones teleológicas, pueden excluir la protección de ciertas expectativas condicionales.

Pues bien, esta exclusión debe entenderse implícitamente querida por el disponente de una sustitución, cuando no haya notificado ésta, directa ni indirectamente, al tercer destinatario de la misma. A no ser que el donante se hubiera obligado frente al primer donatario o no revocarla, o la hubiese dispuesto en interés de éste último (231).

Y, está explícitamente excluida por la ley, dicha protección, en los casos en que la donación de ulterior grado se haya dispuesto *post mortem donantis* o *post mortem donantis ei primi donatarii*. Así resulta de la llamada que hace el artículo 620 a las reglas de la sucesión testamentaria, entre las que se halla la contenida en el artículo 737.

IV

LA CONVERSIÓN JURÍDICA MATERIAL APLICADA A LAS DONACIONES ENTRE ESPOSOS

Llegamos al último punto de estas notas (232). Fuenmayor rechaza una a una todas nuestras conclusiones. También a la tesis de la convalidación *mortis causa* de las donaciones entre cónyuges nulas *inter vivos* le toca sufrir su turno en contra (233).

La rechaza, por juzgarla infundada. Porque a su entender: «esa pretendida conversión de que habla Vallet no cuenta con

(231) ¿Debe entenderse dispuesta en interés del primer donatario la reversión a favor de sus descendientes? Así lo entendió PEREGRINUS (Op. y art. cit., núm. 46, pág. 741).

(232) Nada vamos a añadir respecto a las donaciones indirectas. En nuestro trabajo de referencia (nota 405 bis, págs. 798 y ss.), analizamos la brillante tesis de ORTEGA PARDO («Donaciones indirectas», ANUARIO DE DERECHO CIVIL, II-III, págs. 918 y ss.). Nuestra conclusión fué la siguiente «En resumen, la utilidad que paradójicamente se alcanzaría aceptando la ordenada y técnicamente estética construcción de ORTEGA PARDO, sería la siguiente: Dejarla vacía de todos los supuestos que, según la mayor parte de la doctrina, formaba su contenido, excepto uno de ellos, que ni siquiera admite totalmente, sino sólo en parte a través de una distinción que, como hemos visto, es inadmisibles por basarse en un dato subjetivo que no puede variar el régimen del negocio en cuestión, imperativamente ordenado por la ley. Es decir, que rechazada su sutil distinción, esa figura tan brillantemente construída queda sin contenido, hueca totalmente. Es una jaula dorada de la que han huido todos sus pájaros.»

FUENMAYOR, en su nota crítica (núm. 15, pág. 1094), no discute ninguno de nuestros argumentos, esgrimidos de cara a la realidad y tocando de pies a tierra, como vulgarmente se dice. Todos ellos permanecen en pie en espera de que sean discutidos.

(233) Loc. cit., núm. 16, págs. 1094 y ss.

ninguno de los elementos indispensables para admitirla: ni hay base negocial adecuada ni precepto legal que la utalice».

1. Naturaleza de la «confirmatio donationis» en la Oratio y en el Corpus

Creemos que una meditada respuesta a estas objeciones requiere un previo examen de la confirmación impropia o conversión sustancial, a fin de sacar las conclusiones pertinentes al objeto de nuestro estudio. Pero antes de iniciar esa labor creemos que conviene examinar si la convalidación, a la muerte del cónyuge donante, de la donación que éste dispuso a favor de su consorte, sin arrepentirse después, ha tenido históricamente como base dogmática una conversión material (234), una confirmación o una ratificación tácitas, o la cesación de una ineficacia temporal.

(234) En Derecho romano, la donación *mortis causa* entre cónyuges presenta un progresivo desarrollo. Sabido es que ULPIANO (Dig. XXXIX-VI, 2) admitió la existencia de tres especies de donación *mortis causa*. Se plantea si entre cónyuges fué posible utilizar cualquiera de ellas. Según el frag. 43 (NERACIO, libro I, *Responsorum*), Dig. XXXIX-VI, el jurista FULCINO opinó que sólo era válida cuando el cónyuge donante *iustissimum mortis metum habeat*; pero NERACIO entendió que bastaba que *moriturum se putet*, sin que debiera investigar si había tenido o no justo motivo para ello.

El problema más arduo e interesante se plantea en torno a las donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio. Es decir, respecto aquéllas que van acompañadas de una transmisión actual del dominio, aun cuando estén pendientes de revocación por arrepentimiento del donante o por premoriencia del donatario. Para resolver acertadamente esta cuestión es imprescindible descomponerla cronológicamente. Y, además, subdistinguir la validez entre cónyuges de la donación *mortis causa* de tipo resolutorio, la suspensión temporal de sus efectos y la retroactividad o no de su confirmación al morir el donante con respecto a ese periodo de suspensión.

Bajo el aspecto cronológico, los romanistas modernos han señalado, en general, la separación entre el Derecho clásico y el Justiniano (Ver ARU, *Le donazioni fra coniugi in Diritto romano*, Padova, 1938 núms. 155 a 161, páginas 163 a 170; ALVAREZ SUÁREZ, *Contribución al estudio de las donaciones «mortis causa» entre cónyuges*, en «Estudios Jurídicos», «Fascículo de Derecho privado», núm. 1, julio 1941, año I, págs. 43 y ss.).

A) El problema de la validez en el periodo clásico de las donaciones de este tipo ha dado lugar, en líneas generales, a las siguientes soluciones:

a) Según FERNÁNDEZ DE RETES (*De donat. inter vir. et uxorem*, en «Novo Thes. iur. civ. et can.», de MEERMANN, t. VI, págs. 663-702 y cap. VIII, párrafo quinto, según cita de ALVAREZ SUÁREZ), la donación de tipo resolutorio fué válida y su efecto la transmisión inmediata del dominio revocable, que se consolidaría al fallecer el donante sin haber revocado la donación. Su tesis se apoyó en aquel inciso del texto de ULPIANO, Dig. XXIV-I, II, § 1.º, que dice: *Ut non solum ea donatio valeat secundum Iulianum, quae hoc animo fit, ut tunc res fiat uxoris vel mariti, cum mors insequatur, sed omnis mortis causa donatio*. Con lo que parece aludir a la conocida tripartición de JULIANO, referida por el mismo ULPIANO en el citado frag. 2.º (Dig. XXXIX-VI), que comprende la donación *mortis causa* de tipo resolutorio. Además, con esa inmediata transmisión del dominio revocable que se consolida al morir el donante explica RETES la retroacción al momento del otorgamiento, que a la muerte del donante se produce según el frag. XXXIX-VI, 40 del Digesto.

b) URCISINO ALVAREZ SUÁREZ (*loc. cit.*, págs. 46 a 49), sostiene la imposibilidad de estas donaciones. De sus argumentos algunos también pueden en-

Dejando a un lado los problemas del origen y motivo de la prohibición de las donaciones entre esposos (235), es lo cierto que, en Roma, el Senado consulto del año 206, significa un movimiento trascendental en la historia de esta figura jurídica. La fa-

vocarse en defensa de la tercera posición de que luego nos ocuparemos. Tales: la cita del frag. 77, Dig. XXVIII-V, con su afirmación *mariti manet*; los efectos retroactivos señalados en el frag. 40, Dig. XXXIX-VI, que prueban no hubo transmisión inmediata; los textos que indican la suspensión de la donación (Dig. XXIV-I, frs. 10, 20 y 11, § 10), y la invocación del frag. 14, Dig. XXXIX-VI, que permite al marido el ejercicio de la acción reivindicatoria respecto al fundo que transmitió a su mujer por donación *mortis causa*.

En cambio, hay otro argumento en el que basa de un modo especial la imposibilidad absoluta de estas donaciones. A su juicio faltó en Derecho clásico un medio jurídico hábil para lograr el consiguiente traspaso de propiedad (ver núm. 5, págs. 48 y ss.). A su juicio, la transmisión por *mancipatio*, *in iure cessio*, o simplemente por *datio* con finalidad de donar *mortis causa*, no era posible entre cónyuges por la imposibilidad de que entre éstos se produjeran aquellos efectos traslativos, normales a dichos actos dispositivos. Claro que a este argumento cabe oponer la posibilidad de que se realizaran dichos actos, quedando en suspenso sus efectos hasta la fecha del fallecimiento del cónyuge donante.

c) La tesis preponderante entre los romanistas modernos entiende que si bien inicialmente sólo fueron aceptadas entre cónyuges las donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo, luego se amplió su admisión a todo tipo de donaciones *mortis causa*, quedando suspendidos sus efectos de modo que la cosa sólo se adquiría *mortis tempore* (Ver ARU, *op. cit.*, núms. 155 a 161, páginas 163 a 170; y BIONDI, *op. cit.*, núm 13, pág. 657, nota 2.º).

Suponemos que no faltará quien arguya que en este caso dichas donaciones quedaban asimiladas en sus efectos a las de tipo suspensivo. Es cierto, pero también es verdad que de este modo la donación *mortis causa* de tipo resolutorio no resultaba totalmente nula, sino que era válida con efectos suspensivos. Aquellas *mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio*, no caían totalmente en el vacío, aunque sus efectos no fuesen inmediatos a despecho de la intención de las partes.

B) *En tiempo de Justiniano*, según ALVAREZ SUÁREZ (*loc. cit.*, págs. 49 y ss.), una constitución del año 530 (Cod. VIII-LIV, 35, § 5.º) determinó que el acuerdo de las dos partes, cualesquiera que fuesen sus términos, y aun no habiendo cristalizado en una estipulación, tuviera eficacia para producir acción en beneficio del donatario. De este modo, a su juicio, la donación se convirtió en un pacto legítimo al que podía ir unido un acuerdo de restitución para el supuesto de que el donante sobreviviera al donatario. Este pacto de restitución funcionaría como condición resolutoria y la *traditio* realizada como consecuencia del pacto legítimo de donación tendría virtualidad traslativa inmediata. El donatario recibiría la propiedad de la cosa donada afectada por la condición resolutoria de la premoriencia del donatario. Con este criterio quiere explicar URCISINO ALVAREZ el supuesto del § 9, frag. 11 de ULPIANO (Digesto XXIV-I), estimando el caso exclusivamente planteado en Derecho Justiniano, y como interpolación bizantina el inciso comprendido entre las palabras *Plane* y el final del párrafo. Pero es lo cierto que este mismo inciso habla de que *retro agi donationem*. Efecto que parece incompatible con una inmediata transmisión de la cosa donada, y que se conjuga mejor con la afirmación con que concluye el versículo anterior: *nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitae temporis mulieris fuit*.

Por eso, faltando un texto en que apoyar con cierta solidez la tesis del sabio romanista español, parece más aceptable la opinión de quienes estiman que en Derecho justiniano continuó la suspensión de los efectos traslativos de la donación *mortis causa*, de tipo resolutorio entre cónyuges hasta tanto no

mosa *Oratio* de Severo y Antonino admitió la confirmación de dichas donaciones si el donante fallecía en vida del donatario y sin haberse arrepentido de su donación. Así nos los narran el propio Antonino (Codex V-XVI, 3), y Ulpiano (Dig. XXIV-I, 32). Este criterio destaca en otros textos, y la ley 25, Codex V-XVI de Justiniano lo ratifica *ita firmas esse per silentium donatoris vel donatricis sancimus*. También se aplicó a las donaciones hechas entre suegro y yerno o nuera y entre consuegros (236).

falleciese el donante. La innovación justinianea debió consistir en los efectos retroactivos concedidos a la donación una vez llegado el evento de premorir el donante sin haber revocado la donación.

SAVIGNY (*op. y vol. cit.*., § CLXX, pág. 168) estimó que esa retroactividad se daba ya en Derecho clásico, apoyándose en un texto de ULPIANO, Digesto XXIV-I, II, § 1.º, y otro de PAPIANO, Dig. XXXIX-VI, 40. Por el contrario, ARU (*loc. ult. cit.*), más modernamente, ha estimado que dicho efecto fué atribuido por los compiladores bizantinos que realizaron las correspondientes interpolaciones en los textos clásicos. BIONDI (*nota ult. cit.*) cree, en cambio, que la imputación de interpolación tampoco resuelve la cuestión, ya que ni siquiera con relación al Derecho justiniano es admisible que los efectos de la donación puedan retrotraerse a un momento del matrimonio, ni la tendencia justiniana a la retroactividad o aquella cierta laxitud en la aplicación de la prohibición, que incluso se nota en el período clásico, puede justificar ese resultado tan desorbitado. Por eso, cree que el aludido texto de PAPIANO, en su encuadramiento originario, no tenía conexión con la prohibición de las donaciones durante el matrimonio.

(235) En cuanto a su origen, se discute si fué consuetudinario—*Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent*, dijo ULPIANO (Dig. XXIV-I, § 1.º)—o legal, y, en este caso, si fué creación de la *Lex Iulia et Papia* o de otra disposición (Ver ASCOLI, *Tratato della donazioni*, Florencia, 1898, § 38, págs. 497 y ss., y 2.ª ed., § 47, Milán, 1935, páginas 455 y ss.; LAURIA, *Il divieto della donazioni fra coniugi*, en *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, Padova, 1938, vol. II, págs. 513 y ss.; ARU, *Le donazioni fra coniugi in Diritto romano*, Padova, 1938, núms. 4 a 24, páginas 6 a 35, y BIONDI, *op. cit.*, núm. 12, págs. 649 y ss.).

Respecto a los motivos de la prohibición, se señalan: la explicación de ULPIANO (Dig. XXIV-I, § 1.º), *ne mutuo amore invicem spoñarentur*; la de PAULO (fr. 2, h. t.), *ne cesset eis studium liberos potius educendi*; PAPIANO habla de *venale concordium* (Dig. XXIII-IV, 27); *ne concordia pretio conciliari videretur*, expresa la *Oratio de Caracalla* (según cita de ULPIANO, Digesto XXIV-I, § 3.º, pr.). ALIBRANDI (*Ricerca sull'origine del divieto delle donazioni fra coniugi*, en *Studi e documenti di «Storia e Diritto»*, año XIII, 1892, págs. 65 y ss., y *Opera giuridiche e storiche*, vol. I pág. 69 y siguientes, Roma, 1896; citas de ASCOLI, que se adhirió a su tesis, *op. cit.*, págs. 502 y ss.) ha opinado que inicialmente las donaciones entre cónyuges no fueron válidas por la situación *loco filiae mariti*, en que la mujer se hallaba en el matrimonio *cum manu*; caído este en desuso, la ley Cincia estableció la plena validez de estas donaciones (*Frag. Vaticana*, 302), pero la *Lex Iulia et Papia* restauró la prohibición con la finalidad de evitar que *in fraudem legis* se burlaran las leyes caducarias. ARANGIO RUIZ (*op. cit.*, pág. 581), modernamente ha opinado que su objeto fué impedir en el matrimonio *sine manu* que a través de donaciones pasasen los bienes de la familia agnaticia de un cónyuge a la del otro. BIONDI (*loc. cit.*, págs. 652 y ss.), después de examinar y criticar todos los fundamentos expresados, concluye que esta prohibición puede colocarse entre aquellos principios que sólo se mantienen vigentes por respeto a la tradición.

(236) PAPIANO y ULPIANO señalaron como requisito para su confirmación, además de la muerte del suegro, la premoriencia a éste de su hijo, cónyuge

La trascendencia de la Oratio y la explicación de cómo un supuesto de nulidad absoluta pudo ser convalidado a la muerte del donante, ha dado lugar a múltiples opiniones y a un acalorado debate entre los romanistas más ilustres. En breve sistematización, trataremos de resumir tan interesante cuestión.

a) Recientemente Aru (237), con relación al régimen de la Oratio, ha defendido brillantemente que Severo y Antonino solamente dotaron al donatario de una *exceptio doli*, que paralizaba la eficacia de la reivindicación de los herederos del donante, y de la acción Publiciana. Es decir, que frente a la nulidad civil total y absoluta y no convalidable, se aplicó un remedio pretorio que prácticamente sólo actuaba enervando la actuación civilmente correcta del heredero, por considerar que moralmente *durum et avarum esse*.

Según Betti (238), la *confirmatio donationis* consistía en conferir la propiedad pretoria de la cosa donada, colocando al donatario en situación de defenderse mediante la *exceptio* (o la *replacatio*) *doli* contra la *reivindicatio* o la *exceptio legis Cinciae* ejercitada por el heredero del donante.

Biondi (239), ha rechazado estas tesis por juzgarlas faltas de base. En efecto ninguno de estos medios es mencionado en texto alguno. Por otra parte, la Constitución de Diocleciano y Maximino (Codex V-XVI, 18), expresamente habla de la convalidación del *dominium*.

b) No han faltado, tampoco, quienes han afirmado que el régimen romano desembocó en la cancelación del régimen de nulidad absoluta de las donaciones (240). El propio Aru cree que, al abolirse la ley *Cincia* y fusionarse el *Ius civile* y el *Ius pretorium*, desapareció por obra de Justiniano el régimen de nulidad absoluta de las donaciones entre cónyuges, sometidas en adelante en un régimen de *anulabilidad*.

Los argumentos en pro de esta tesis, que aduce Aru, son en esencia los siguientes: 1.º) La Constitución de Justiniano del año 528 (Codex V-XVI, 25), no invoca siquiera la *Oratio*, haciendo derivar la confirmación directamente del *silentium donatoris*. 2.º) La *ratihabitio* retroactiva, que se admite en esta constitución

de la donataria (Dig. XXIV-I, 32, § 16). La donación de nuera a suegro, premuriendo éste, podía sostenerse si el marido era su heredero único, entendiéndose entonces pendiente de la sobrevivencia de éste a su esposa (*frag. cit.*, § 18).

(237) *Op. cit.*, núm. 325 y ss., págs. 336 y ss.

(238) *Instituzioni di Diritto romano*, vol. I, 2.ª ed., Padova, 1942, § 67, nota 38, pág. 187.

(239) *Op. cit.*, núm. 16, pág. 668, nota primera.

(240) DEL MEDIO (Per la storia delle donazioni fra coniugi in Diritto romano, en "Riv. ital. per la Scienza Giuridiche", XXIII, 1902, págs. 519 y siguiente, e *Intorno al diritto di donare fra coniugi nel Diritto romano*, Modena, 1902—citas de ARU—) ha sido posiblemente uno de los más decididos defensores de esta tesis.

y en la Novela CLXII, demuestra, a su juicio que el acto inicial no pudo concebirse como totalmente nulo. 3.º) La aplicación de las palabras *revocare* y *extinguere* a las donaciones entre cónyuges supone su validez inicial.

Por esto, concluye que la donación de un cónyuge al otro en el Derecho Justiniano fué un negocio *anulable con eficacia mortis causa*. Es decir, sin eficacia inmediata, cuya impugnación o revocación era facultad personalísima del donante. La muerte de éste coincidía con la convalecencia de la donación y la confirmación se realizaba tácitamente. Referida a un negocio anulable, destruía el vicio inicial y por consiguiente actuaba retroactivamente.

La tesis de Aru presenta, no obstante, evidentes puntos débiles. En primer lugar, queda sin justificar porque los compiladores bizantinos dejaron en el Corpus, sin suprimirlas ni interpolarlas, afirmaciones que siguen la pauta de la expresión de la Oratio *nilhil actum est donatione* y tan rotundas como el *non valeret* de Diocleciano en la Constitución 18 (Codex V-XVI) y el *nilhil valet traditio* de Marcelo (Dig. XXIV-I, 49).

Además, especialmente, es de notar que el cónyuge donante no necesitaba recurrir al ejercicio procesal de acción o excepción alguna para lograr la anulación de la donación, al contrario de lo que es característico de la anulabilidad. Directa o indirectamente—a través de un acto dispositivo a favor de otra persona—puede el donante dejar sin efecto alguno a la donación, sin necesidad de impugnarla. Y, sin que el donante excepcione contra los herederos del donatario, la premoriencia de éste imposibilita irremediabilmente su confirmación.

Por otra parte, el primer argumento transcrito no puede llevar a consecuencia alguna, como no sea la interpretación de la expresión de la Oratio, *si in eadem voluntate donator permanserit*, mediante las palabras de Justiniano, *per silentium donatoris vel donatricis* (241). Las demás razones, pueden esgrimirse, igualmente o tal vez con más razón, a favor de la tesis de la conversión de la donación entre cónyuges en donación *mortis causa*.

c) Otros autores de la talla de Winscheid (242), Bonfan-
te (243), Sicaloja (244), y Girard (245), entre otros, han sostenido

(241) Así lo entiende ASCOLI (op. cit., 1.ª ed., págs. 514 y ss., y 2.ª edición, págs. 466 y ss.

(242) *Diritto delle Pandette* (trad. italiana, anotada por FADDA y BENZA, Turin, 1930), vol. I, § 83, págs. 275 y ss.

(243) *Instituciones...* cit., § 33, pág. 99.

(244) *Op. cit.*, núm. 57, págs. 203 y ss. Véase la nota (1) de la página 204, añadida por MAPEI y NANINI.

(245) *Op. cit.* III-VI, cap. I, 2.º, núm. 2, pág. 1001: *La Oratio Antonini*, «en verdad, no suprimió la nulidad de las donaciones entre esposos, pero decidió que se volvieran válidas (*convalescentia*) si el cónyuge donante moría dentro del matrimonio sin haber cambiado de voluntad». En la nota (5) añade que es el sistema inverso del Código civil francés (art. 1.906) donde la disposición entre esposos es válida, pero revocable.

la posibilidad de confirmación de negocios jurídicos totalmente nulos. Especialmente se apoyan en la citada Constitución 25 h. t., de Justiniano, y en la retroactividad reconocida en ella. De ahí deducen «que vale como confirmación y no como conclusión de un nuevo negocio jurídico» y que «no obstante, encontrarse de hecho contenida la voluntad productora de los efectos jurídicos en el acto confirmatorio, al carecer la precedente de efectos, estos se producen en lo sucesivo como si el negocio jurídico hubiese sido válido desde el comienzo».

Pero, aparte de que la retroactividad fué al parecer una innovación Justiniana, la solución de admitir la confirmación o convalidación de un acto nulo totalmente, contrariando así los más elementales principios dogmáticos, sólo debe aceptarse, a juicio nuestro, como un último recurso para el caso de que no sea posible hallar otra solución más lógica y técnica.

d) D'Ancona, en sus contranotas a Glüeck (246), sitúa entre el negocio nulo y el anulable una tercera categoría: el *negotium imperfectum*. Supone éste, una especie de invalidez que no excluye la existencia del negocio; pero que paraliza la realización de sus efectos jurídicos en tanto se haya verificado un evento futuro e incierto, que él califica como *condicio iuris*.

Claro, que con esta construcción, aplicada a las donaciones entre cónyuges, llegamos al resultado de que éstas quedan pendientes de la muerte del donante. Su eficacia depende de este evento como en las donaciones *mortis causa*. Es decir, la ley les añade la misma condición que en las donaciones *mortis causa* resulta de la explícita voluntad del donante. De este modo, agotando sus conclusiones y corrigiendo algunas de las premisas dogmáticas de D'Ancona con los resultados obtenidos al estudiar la donación, llegamos a comprobar que se produce una conversión legal en donaciones *mortis causa* de las que marido y mujer pretendieron otorgarse *inter vivos*. Es decir, derivamos a otra tesis, que luego analizaremos.

e) Glüeck (247), Bremer (248) y Schupfer (249), estimaron que la donación entre cónyuges no revocada por el donante, se convalidaba a favor del donatario al fallecer aquél, como *disposición testamentaria*. El texto de la *Oratio*, según refiere el Digesto, en los §§ 1.º y 3.º del frag. 32 h. t., parece apoyar esta tesis: *quasi testamento sit confirmatum, quod donatum est (§ 1.º), quamadmodum circa fideicommissa solemus, vel legatis..., ut sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum (§ 3.º)*.

(246) *Comentario alle Pandette*, Milán, 1889-95, vol. XXIV, págs. 129 y ss. (cita de ARU).

(247) *Op. cit.* XXIV-I, § 1.254 (cita de ASCOLI).

(248) *Shenckungen unter Ehegatten*, en »Archiv. für die civilistische Praxis», vol. LI, págs. 202 y ss. (cita de ASCOLI).

(249) *La famiglia secondo il Diritto romano* (Padova, 1876), págs. 421 y siguientes (citado por ARU).

También se aduce la Constitución de Diocleciano y Maximino del año 290 (Codex VI-L, 12): «*In donationibus inter virum et uxorem factis legem Falcidiam habere locum, quando fideicommissi partibus funguntur, nonnullis iuris placitis comprehensum est*».

Pero, en contra, observó Ascoli (250), que el mismo Justiniano, a quien atribuye la interpolación de las palabras *quasi testamento sit confirmatum*, de hecho negó toda paridad de las donaciones entre cónyuges con las disposiciones testamentarias al admitir la retroactividad de aquellas. Y Biondi (251), a la citada expresión *fideicommissi partibus funguntur*, opone el texto de otra Constitución de los propios Emperadores Diocleciano y Maximino (Codex V-XVI, 15), que precisamente en un supuesto de confirmación de la donación en testamento, decide *non fideicommissum relictum* (252).

Lauria (253), más recientemente, ha vuelto a insistir, en cierto modo, en la tesis de que nos ocupamos. «Caracalla—explica—*sancionó probablemente el uso de confirmar, con disposiciones de última voluntad, las donaciones prohibidas, en beneficio del cónyuge donatario sobreviviente, pero llegó más allá, porque presumió la confirmación tácita cuanto faltaba la expresa*».

No obstante, la validez de la donación en los casos de conmorienencia—de que luego trataremos—y la retroactividad, atribuída por Justiniano a esta confirmación, nos demuestran que la eficacia de aquella no coincidía con la que hubiera tenido en caso de valer solamente como disposición testamentaria.

f) Savigny (254), afirmó que en el régimen del Senadoconsulto del año 206, a pesar de mantenerse la nulidad absoluta de las donaciones entre cónyuges, «se supone que el donante ha querido hacer una *mortis causa donatio*, es decir, en la previsión de su muerte durante el matrimonio, donación que era permitida antiguamente entre esposos, pero que no era definitiva hasta el momento de la muerte, de modo que se aplicaba esta misma regla a las donaciones entre esposos hechas sin mención de la causa de muerte, siempre que el donante muriese durante el matrimonio sin haber cambiado de voluntad».

En esta tesis abundaron varios autores como Mandry (255) y

(250) *Op. cit.*, 1.ª ed., nota 3.ª de la pág. 519, y 2.ª ed., pág. 471, nota primera.

(251) *Op. cit.*, § 16, pág. 668.

(252) He aquí, traducido, el último apartado de esta Constitución: «Así, pues, como habiendo leído el testamento, hemos observado que tu marido te conservó el dominio en virtud de la precedente donación y que proveyó a tu seguridad para obtener la propiedad, el enunciado de las palabras indicadas muestra, *no que te dejó un fideicomiso*, sino que al tiempo de la muerte se te aplicó en virtud de la autoridad del Senadoconsulto una liberalidad de tu marido, por cuya seguridad miró aún al morir en cuanto pudo afirmar el dominio.»

(253) *Loc. cit.*, págs. 556 y ss., letra a.

(254) *Op. y vol. cit.*, § CLXIV, pág. 123.

(255) *Das gemeine Familiengüterrecht* (Tubinga, 1871), pág. 277, núm. 8 (citada por ARU).

Glasson (256). Más tarde, Dumont (257), afirmó que los comentaristas y la jurisprudencia reconocieron, «al parecer, una extensión de las reglas ya aplicadas a las donaciones *mortis causa entre esposos*, tanto en cuanto a los requisitos de esta *convalescentia*, como a sus consecuencias». Pero pocas páginas después (258), recogiendo velas, observó que: «La *convalescentia* de una donación entre esposos, en virtud del Senado consulto del 206, produce consecuencias parecidas a aquéllas de la convalidación de una donación *mortis causa* o de la confirmación testamentaria de una liberalidad ordinaria, pero, no obstante, conserva un carácter propio». En la siguiente página añadió que: «No parece, no obstante, que haya habido una asimilación perfecta de la *convalescentia* de una donación por efecto del S. C. del 206, a su confirmación testamentaria, o a la no revocación de una donación *mortis causa*». Concluyendo, por fin, que no se puede decir, «que después del 206 las donaciones entre esposos hayan sido consideradas *mortis causa*» (259).

(256) *Etude sur les donations a cause de mort* (París, 1870), págs. 101 y siguientes.

(257) *Les donations entre époux en Droit Romain* (París, 1928), página 245.

(258) Pág. 258.

(259) Págs. 259 y ss. Los argumentos de DUMONT para explicar esa identificación no tienen excesiva fuerza a efectos de excluir la conversión como posible explicación de la *convalescentia* de que nos ocupamos.

a) En primer lugar, cita un fragmento de PAULO (Dig. XXI-único, 68). Resolvía éste que no se comprendían en el fideicomiso las cosas que en vida dió el marido a la mujer por donación, porque debían reputarse fuera de la categoría de bienes del difunto, y que ella los habría de tener aun siendo otro el heredero, sin perjuicio de reconocer (en el último inciso) que el marido puede encomendar especialmente a la fe de la mujer, que también las restituya.

Ciertamente, este texto nos demuestra que lo donado por el marido a la mujer queda fuera de la herencia. Pero, precisamente en esto, coincide con el régimen de la donación *mortis causa*.

No olvidemos tampoco que, en principio, sólo lo recibido por herencia se entiende comprendido en el fideicomiso universal (Dig. XXXVI-I, 18, § 3, y § 4).

ARU (*op. cit.*, núm. 271, pág. 227, nota 1.ª), comenta así el referido texto: «Tratándose de una *questio* debemos pensar que el caso referido por PAULO fué discutido por la jurisprudencia clásica. La solución es presentada por PAULO como absolutamente personal (*respondi...*). La frase *plane-fin* es casi con seguridad un añadido de los compiladores. El valor de ésta es meramente formal, pues es claro que si en fideicomiso, posterior a la donación, el testador impone a su mujer la restitución de la cosa donada, tal voluntad debía acatarse y, por otra parte, no significaba si no que la *suprema voluntas* del donante fué la de revocar la donación, transformándola en fideicomiso a favor de terceros».

b) La subsistencia de la práctica de confirmar en testamento o por fideicomiso las donaciones entre esposos es alegada como segundo argumento. Esta práctica se ve ratificada en dos constituciones de DIOCLECIANO. La Const. 14 (Codex V-XVI) nos explica que tal declaración de última voluntad puede expresar simplemente la intención del donante en el momento de redactar su testamento, o bien la de transformar en legado o fideicomiso la liberalidad

Reciente, Arangio Ruiz (260), ha explicado, que: «El contraste en que se encuentra esta convalecencia con el principio de la nulidad absoluta, ha dado no poco que discurrir a los intérpretes; pero la tentativa de eliminar el conflicto rechazando la nulidad

dirigida a su consorte. Y la Const. 12 (Dig. VI-1.), a través de la cual cree entrever DUMONT que la aplicación de la Falcidia a las donaciones entre esposos fué resuelta no sin dejar de producir discusiones.

El primero de los textos citados demuestra palpablemente que la *convalescentia* no convertía las donaciones entre cónyuges en disposiciones testamentarias. En cambio, no arguye en pro ni en contra de su conversión en donaciones *mortis causa*.

La declaración testamentaria de la intención del cónyuge donante de que la donación que hizo a su consorte sea válida pudo ser útil, incluso a los meros efectos de constatar la certeza de la donación, su no revocación, o la intención del donante posterior a la revocación de que fuese válida la donación. No olvidemos que en caso de desistir el donante de su arrepentimiento la donación se confirmaba (ULPIANO, Dig. XXIV-1, 32 §§ 3 y 4).

Después de la Constitución de JUSTINIANO del 528 (Codex V-XVI, 25) la confirmación en testamento fué útil en cuanto sirvió para excusar la insinuación de las donaciones entre esposos así confirmadas, aun cuando entonces sólo valiesen como verdaderos legados, sin efecto retroactivo.

FERNÁNDEZ DE RETES (*Opusculorum alii*—Salmanticae, 1658—lib. VIII, capítulo últ., pág. 358), refiriéndose a la confirmación testamentaria de las donaciones entre cónyuges, dice: «Olim (*antes de la Oratio*) necessaria, quia necessaria erat expressio voluntatis ad confirmandum donationem, hodie (*después de la Oratio*) utilis, quia si sufficit tacita confirmatio, utilior erit expresa.»

Ello, a pesar de que *ergo concurrunt duae causae lucrativae, nam ubi valet donatio, non valet legatum; ubi non valet ab initio donatio valet legatum*.

c) En fin, especialmente invoca un texto de MARCELO (*Reglas*, lib. V) que recoge el Digesto en su lib. XXXIX, título VI, ley 27. Es el famoso fragmento que estudia la donación por causa de muerte dispuesta de modo que en ningún caso sea revocada. MARCELO dictaminó que hay más bien una causa de donar que una donación por causa de muerte, y, por lo tanto, debe ser considerada lo mismo que otra cualquiera donación entre vivos; y por esto no es válida entre marido y mujer, y por ella tampoco tiene lugar la Falcidia como en la donación por causa de muerte.

DUMONT (nota 2, pág. 260) reconoce que la última frase *et ideo nec Falcidia locum habet...* no concierne más que a las donaciones entre extraños, a las cuales se aplica la expresión general *alia quaevis inter vivos donatio*. «La repetición de *et ideo*, así como el escaso interés de este pasaje final, permite suponer, por otra parte—añade—, que ha sido añadido como una glosa al texto primitivo» (en apoyo cita a SENN, *Les donation a causa de mort*, págs. 133-4).

Claro que las glosas pudieron comenzar, si no en el primer *et ideo*, en *ideoque*. Notemos, además, que el inciso *ideo quo inter viros et uxores non valet* aparece intercalado como cuerpo extraño entre dos incisos relacionados entre sí por referirse a las demás donaciones entre vivos «*et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio*» y «*et ideo nec Falcidia locum habet quasi in mortis causa donatione*».

De cualquier modo, el argumento del texto, orientado en el sentido de que la donación entre cónyuges dispuesta por causa de muerte con el pacto *ut nullo casu revocetur* debía considerarse como cualquier donación inter vivos, y, por lo tanto, no era válida entre marido y mujer, tampoco nos lleva a la conclusión de que su *convalescentia* no la confirmase como si hubiera sido verdaderamente una donación *mortis causa*.

El sentido del texto parece ser otro. El problema central que plantea es si la donación por causa de muerte, dispuesta de modo que en ningún caso pudiese ser revocada, es verdaderamente una *donatio mortis causa* o bien debe

ha fallado completamente y más bien es de creer que los antiguos habrían concebido hábilmente la donación no revocada en vida, como tácitamente renovada *mortis causa*.

Los principales textos que se han esgrimido para defender esta concepción son los §§ 7 y 8 de frag. 32 (Dig. XXIV-1). De ellos el § 8.º, es especialmente interesante al explicar su solución en su último versículo: *nam et mortis causa donare poterit, cui testari permissum est.* (261). También se invocan los frags. Vaticanos 274 y 294. Este último recoge un texto de Papiniano, que dice: «Quod vir uxori dedit, morte soluto matrimonio, si voluntas perseveravit, fini decimarum auferre non oportere maximi principes nostri suaserunt et ite Senatus censuit.» De lo que dedujo Savigny que la donación entre cónyuges era solamente válida por asimilación a la donación *mortis causa*.

Fadda (262), a quien secundó Ascoli (263), criticó esta tesis, oponiendo estas dos objeciones:

a) Que las donaciones *mortis causa* sólo eran válidas entre cónyuges cuando debían tener lugar después de la muerte del donante. En cambio, las *inter vivos*, a la muerte del cónyuge donante se entendían válidas desde su conclusión. Resultado que, posteriormente, fué extendido a las donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio.

b) Que faltaba a las donaciones *inter vivos* otorgadas entre

entenderse válida *inter vivos*. MARCELO lo resuelve en este último sentido, y por ello advierte que, no obstante, si se otorgó entre cónyuges no será válida, y que, por lo tanto, será una donación *inter vivos* nula como tal. Pero nada más añade, ni al parecer se pretendió decir. Su fin no parece haber sido el distinguir la donación entre cónyuges de la *mortis causa donatio* normal.

Las prolijas consecuencias que deduce del pacto de no revocar no deben desenternarnos en este respecto.

Combinando este texto con la doctrina de la *Oratio*, sólo llegamos a esta conclusión en cuanto al corolario relativo a las donaciones entre cónyuges: La donación por causa de muerte irrevocable en todo caso es, en realidad, una donación *inter vivos*. Pero, si es otorgada entre cónyuges es nula en este concepto. Mas en virtud de la *Oratio Antonini*, es confirmable por muerte del donante no arrepentido de haberla otorgado. Si así ocurre, valdrá... ¿como donación *mortis causa*? El frag. 27 no entra en esta cuestión por la sencilla razón de que no la plantea. Se contenta con decir que como donación *inter vivos*, *inter viros et uxores non valet*. Lo demás ya es problema de interpretación de la *Oratio*, no del frag. 27. Pretender otra cosa equivaldría a sacar este texto fuera de sus madres, a hacerle decir más de lo que pretendió expresar.

(260) *Instituzioni di Diritto romano* (Nápoles, 1943), págs. 581 (*in fine*) y siguientes.

(261) Según ARU, este inciso—*nam* al fin—fué interpolado por los compiladores justinianos.

(262) *Nota a una sentenza della Corte d'appellazione di Génova 21 dicembre 1882*, en *Foro Italiano*, XVIII, 1853, I, pág. 262 y ss. (cita de ASCOLI).

(263) Op. cit., I.ª ed., § 38, pág. 519. En la 2.ª ed. (§ 47, pág. 470) su afirmación parece menos rotunda, aunque se inclina por mantener el primero de sus argumentos.

cónyuges la específica intención inicial característica de las donaciones *mortis causa*.

Aru (264) ha rechazado el primero de los argumentos de Fadda y Ascoli. A su juicio, según antes expusimos, la retroactividad fué creación justinianea. Tanto respecto a las donaciones entre cónyuges como para las *mortis causa* otorgadas entre extraños. Fué un fenómeno cronológicamente correlativo.

En cambio, acepta y hace suya la segunda objeción. Reconoce que en Derecho justiniano hubo, ciertamente, aproximación entre las donaciones entre cónyuges y las *mortis causa*, pero no ficción de que aquéllas valieran en este segundo concepto.

Pero, esta opinión, parte de un punto de vista que nos parece inexacto. A nuestro parecer, no se trata de fingir que la donación entre esposos fué otorgada *mortis causa*, sino de atribuirle la misma eficacia que si se hubiera otorgado de este modo. No hay ficción, sino conversión. Y la conversión, como veremos, no exige una expresa intención inicial de las partes dirigida al negocio convertido, ni la ficción de que la habrían tenido en caso de conocer la nulidad del primer negocio. Basta que el resultado empírico de aquél se halle totalmente comprendido en el negocio realmente querido por las partes, pero jurídicamente inválido.

Por otra parte, aunque falta en el Corpus un texto que de modo rotundo proclame la validez como donaciones *mortis causa* de las que los cónyuges se otorgaran *inter vivos*, en cambio su simétrica regulación nos demuestra concluyentemente que fué éste el resultado a que se llegó con el régimen del Senadoconsulto. Las donaciones entre cónyuges no producían los efectos de las donaciones *inter vivos*, eran totalmente nulas como tales; pero, en cambio, producían idénticos efectos que las ordenadas *mortis causa*. Valían en este concepto, sin ficción alguna, por conversión legal y jurisprudencialmente reglada.

En efecto, podemos comprobar esa identificación:

1.º En el requisito del *perseverare* o *perseverantia voluntates* del donante, y en la posibilidad de *revocare* o *poenitentia* por parte del mismo, hablándose de *suprema voluntas* del cónyuge donante y repitiéndose el principio de que «sit ambulatoria voluntas usque ad vitae, supremum exitum» (fr. 32, § 3, Dig. h. t.) (265).

2.º En el requisito de no sobrevivir el donante al donata-

(264) Op. cit., núm. 351, pág. 365.

(265) La revocación podía verificarse en forma expresa o tácita. Tácitamente se entendía revocada, en caso de que el donante vendiera, permutara, legara o donase la misma cosa a otra persona (Dig. XXIV-I, 32, § 15, Cód. V-XVI 12), o si se producía la separación de los cónyuges, a no ser que se hubiera hecho con mutuo consentimiento y beneplácito (Dig. XXIV-I, ley 11, § 10 y ley 32, § 10 y Cód. V-XVI, 18). La pignoración de la cosa donada fué examinada en el § 5 del repetido frag. 32 Dig., h. t., en la Constit. 12, Cód., h. t. y resuelta, finalmente, en la Nov. CLXI, por JUSTINIANO, en el sentido de que en ningún caso excluyera la convalidación.

rio (266), de modo que incluso en caso de conmorienca la donación era válida (267).

3.º Por el automatismo de la adquisición del dominio en el momento de fallecer el donatario en las donaciones de tipo suspensivo (268).

4.º Aunque en las donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio el donatario adquiere inmediatamente la propiedad de la cosa donada, si bien sometida a revocación por arrepentimiento o premoriencia del donante, y, en cambio, en la donación *inter vivos* entre cónyuges esta adquisición queda aplazada al tiempo de morir el donante, es lo cierto que esto mismo ocurre en aquellas donaciones *mortis causa* otorgadas entre cónyuges. Se trata de una consecuencia de la prohibición de donarse *durante* el matrimonio. Pero es de notar que la retroactividad, con respecto a la percepción de frutos, de la donación entre cónyuges, una vez perfeccionada ésta, la equilibraba *a posteriori*, en su resultado práctico, con la normal eficacia inmediata de la donación *mortis causa* ordinaria de tipo resolutorio (269).

5.º A unas y otras donaciones (*mortis causa* y entre cónyuges) era aplicable la Falcidia (270).

6.º El problema de la extensión, o no, de la confirmación a las donaciones *in promittendo* (271) no afecta a la tesis que de-

(266) Dig. XXIV-I, fr. 32, § 14 (ULPIANO, lib. XXXIII ad Sabinum) y XXXIV-V, 8 (PAULO, Sent. lib. II) y Cód. V-XVI, 18.

(267) Pág. 248 y ss.

(268) Como dijo ULPIANO en el § 1.º de citado fragmento 32 h. t.: «ut et ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt».

(269) Codex V-XVI, 25.

(270) ULPIANO, Dig. h. t., 32, § 1: «de Falcidia, ubi possit locum habere».

(271) Vieja es la polémica suscitada en torno a esta cuestión. Base de ella son tres fragmentos de ULPIANO, recogidos en el Libro XXIV, tit. I del Digesto. En el 23 alude, aprobándola, a la opinión de PAPINIANO de que la Oración del Divino Severo «ad rerum donationem pertinere», no siendo aplicable su confirmación «denique si stipulanti spondisset uxori suae». En cambio, en el § 1.º del 32 dice comprender «ad omnes donationes inter virum et uxorem factas». Y, en el § 23 del mismo frag. 32, después de aceptar la confirmación de las donaciones liberatorias, concluye que «et generaliter universae donationes, quas impediri diximus, ex Oratione valebunt». La antinomia, por lo menos aparente, entre textos ha dado lugar a varias hipótesis:

VINNIO (*Selectarum Iuris Quaestionum*—ed. novísima, Lugduni, 1755—, Lib. II, cap XV, pág. 131 y s.) y POTIER (op. cit., vol IX, núm. LXXIII, pág. 139), siguiendo la común opinión de la glosa, entendieron que la Oratio sólo se aplicó a las donaciones reales.

FABRO (*Coniecturae*, II, 8—cita de SAVIGNY—), en cambio, opinó que ULPIANO discrepaba de la interpretación de PAPINIANO. En el inciso «Papinianus recte putabat», del fr. 23, estimó que estaba interpolada la palabra *recte*.

SAVIGNY (op. y vol. cit., § CLXIV, pág. 129 y s.) cree que la aprobación de ULPIANO, con la palabra *recte*, se refiere exclusivamente a la primera opinión de PAPINIANO, expuesta en este texto, pero no a la segunda.

Otros autores han querido descubrir la existencia de dos Senadoconsultos. El primero debido a Septimio Severo, más restringido, es el aludido por PAPINIANO; el segundo, de ANTONIO CARACALLA, que extendió la convalidación, fué el interpretado por ULPIANO. Esta explicación, que se halla ya en la glosa, fué

fendemos. Pues, aunque se rechace la confirmación de estas donaciones podríamos concluir que sólo las donaciones *inter vivos* traditorias se podrán convertir, entre cónyuges, en donaciones *mortis causa*. Igualmente, podemos decir respecto al requisito de la insinuación (272).

2. El problema en el Derecho histórico de Castilla.

La nulidad de las donaciones *inter vivos* de un cónyuge a otro

aceptada por PUCHTA (Rhein Museum, VI, pág. 383, cita de SAVIGNY) y rechazada por SAVIGNY (loc. últ. cit. pág. 129).

BRENNER (op. cit., pág. 175 y ss.—cita de ASCOLI—), ASCOLI (op. cit., 1.ª edición, pág. 515 y ss., y 2.ª ed., pág. 469 y s.) y BONFANTE (*Corso di Diritto Romano*, vol. I—Roma, 1925—, pág. 223) han estimado que ULPIANO siguió el criterio de PAPINIANO, aplicando la *Oratio* tan sólo a las donaciones reales. Pero que posteriormente, aun en el período clásico, se extendió la *confirmatio* a las donaciones promisorias cumplidas en vida del donante. No a las meramente estipuladas, pues era obstáculo para ello el principio de que «*obligatio ab herede incipere non potest*». Los bizantinos la extendieron a toda donación. Obra suya, además de la Novela CLXII (no glosada y por tanto sin fuerza de ley en Derecho común), fueron las consiguientes interpolaciones de textos del Digesto.

Opinión semejante han seguido otros autores como DEL MEDIO, DUMONT, ARU, etc.

DEL MEDIO (op. cit., pág. 121—cita de ARU) aprecia una evolución en el pensamiento de ULPIANO, que a compás de un cambio jurisprudencial aplicó la *Oratio* a la *acceptilatio* y a la *stipulatio annui*. Siendo justinianea la general aplicación a las donaciones promisorias.

DUMONT (op. cit., pág. 253 y ss.) estima clásica la extensión a la *stipulatio annui*, en virtud de su indivisibilidad siempre y cuando se hubiera pagado algún *annuum*.

ARU (op. cit., núm. 267 pág. 272 y ss., y núm. 315, pág. 322) cree que la convalidación «*ex Oratione Severi*» requería una relación de hecho entre la *donatio* y la cosa, por lo cual sólo se aplicó a las donaciones reales. La jurisprudencia la desarrolló aplicándola a las donaciones liberatorias y a la *stipulatio annui*, pero solamente con respecto a las anualidades satisfechas. JUSTINIANO la aplicó a cualquier donación promisorias.

Lauria (op. cit., VII, pág. 553 y ss.), en su idea de la doble *Oratio*, opina que: a) Septimio Severo en una *Oratio*, anterior al año 206, confirmó únicamente las donaciones «*quae nomine uxoris a viro comparatae sunt*», cuando el marido donaba a la mujer el precio de la compra o directamente compraba a nombre de ella. b) PAPINIANO y probablemente otros juristas, entre ellos ULPIANO, interpretaron extensivamente la *Oratio* refiriéndola «*ad rerum donationes*»; comprendiendo todas las donaciones reales y también las donaciones de la mujer al marido. Esta extensión es a la que alude ULPIANO al expresar «*sed ad omnes donationes*» (nota 126). c) CARACALLA, en la *Oratio* del 206, mantuvo estas directrices. d) JUSTINIANO, en su Novela 162, c. 1, no aludió a las donaciones *in obligando*, sino que únicamente se refirió al marido que donó pero no transmitió a la mujer la cosa donada, entendiendo válida la donación aun sin dicha entrega (nota 142, pág. 557).

(272) Respecto este punto no debemos olvidar que, según mayoría de los romanistas (ver nuestro trabajo de referencia, pág. 654, letra c), en las donaciones *mortis causa* que excedieran de 500 sueldos el donante pudo optar entre insinuarlas o bien otorgarlas ante cinco testigos. Nada de particular tiene que esta simplificación formal concedida por JUSTINIANO en la Const. 4 (Codex VIII-LVII), no se extendiera a las donaciones otorgadas *inter vivos* entre cónyuges a pesar de su conversión material—pero no formal—en donaciones *mortis causa*.

y su convalidación *post mortem* se recogen también en las Partidas. La ley 4.^a, tít. XI de la Cuarta Partida, declaró que: «Lporende, si las fizieren después que el matrimonio es acabado, no *deven valer*, si el uno se fiziere por ello más rico, e el otro más pobre; *fuera ende, si aquel que fiziesse tal donación, nunca la revocasse, nin la defiziesse en su vida.*»

El criterio de la absoluta ineficacia de las donaciones entre cónyuges durante el matrimonio nos lo refleja Gregorio López, al glosar las palabras *non deven valer*: «En tanto no nace de ellas obligación natural siquiera» (273). Términos semejantes a los que emplea Palacios Rubios (274); «Donatio inter cóniuges adeo prohibita est quod ex ea non oritur obligatio etiam naturalis.»

Según Antonio Gómez (275), «*talis donatio sit ipso iure nula, et ex ea nulla oriatur actio nec obligatio*». Explica su confirmación por muerte del donante, con esta razón: «*Quia illo tempore jam cessat illa ratio impeditiva, et unus liberé potest instituere alium, vel ei legata, et fideicommissa relinquere: ergo ex tacita voluntate videatur confirmata talis donatio, et habere vim relictii. Vere tamen et realiter est donatio, et sic species contractus...*, ut talis donatio valeat et confirmetur morte, non requiritur haereditatis aditio.» Es decir, que sólo se confirma a la muerte del donante porque tiene fuerza de cosa relictiva, pero sin dejar de ser donación ni perder su naturaleza contractual (*lato sensu*) (276).

Palacios Rubios (277) es de parecida opinión: «*Ratio potest esse (de la confirmación) quia in eadem voluntate presumitur quis esse nisi venientem ad mortem appareat contrarium voluisse.*» Por lo cual deduce que: «*Ista enim donatio inter coniuges videtur quodammodo donatio causa mortis: cum per mortem confirmetur: ut dictum est: que quidem donationes causa mortis etiam ad sui validitatem non requirunt aditionem hereditatis.*»

(273) Gl. 2 a la citada ley 4: «*In tantum, quod neque ex ea oritur naturalis obligatio*» (citando, en apoyo, a BARTOLO y ALEJANDRO).

(274) *Repetitio rubricae et capitulo Per vestras, de donationibus inter virum et uxorem* (Lyón, 1538), § 29, núm. 1, fol. 24 vto.

(275) *Variae...* II-IV, núm. 23, pág. 253. AYLÓN LAÍNEZ (*Additiones eruditissimae ad Varias Resolutiones...*, II-IV, núm. 24, pág. 142. Ed. Venecia, 1747), también afirma, como opinión común de los autores, de los que cita una larga lista, que las donaciones entre marido y mujer «*esse nullam ipso iure*».

(276) Frente a este texto, parece, en cierto modo, contradictoria la argumentación a que recurre para explicar la necesidad de que sean insinuadas las donaciones entre cónyuges para poder convalidarse si su valor excediera del tope al efecto fijado a las donaciones inter vivos. Dice (núm. 18, pág. 450) que esta diferencia, con relación a las *mortis causa*, puede ser (*potest esse*) por esta razón: «*quia donatio causa mortis habet vim relictii, cum ejus affectus conferatur post mortem: donatio vero, quae confirmatur, est pura, et simplex*». Como hemos visto en el texto, en el núm. 23 dice que la donación entre cónyuges tiene «*vim relictii*», y que «*confirmatur morte ipsius donatoris, non vero donataris*», con lo cual no puede ser «*pura*» ni «*simplex*».

Ver, también, sus *Ad leges Tauri...*, Lex L, núm. 65 (pág. 489 y s.), donde parece entender que la donación entre cónyuges sólo es temporalmente nula.

(277) Op. últ. cit., § 69, núms. 1 y 3, fol. 80.

El doctor Luis de Molina (278) observa la existencia de una tercera especie diversa y distinta, así de las donaciones *inter vivos* como de los legados. Estima que está integrada por las donaciones *mortis causa*, las *inter patrem et filium in potestate* y la *inter virum et uxorem facta* (279).

El otro Luis de Molina, el jesuita, ofrece (280) esta explicación histórica a la confirmación de las donaciones entre cónyuges: «De este modo (se refiere a cómo quedaron después del Senado consulto de Antonino), tal donación se diferencia muy poco del legado y de la donación por causa de muerte, siendo lógico que, permitidos estos modos de disposición entre los cónyuges, se tolerase también aquél.» Pero, añade poco después (281), que en estas donaciones entre vivos de un cónyuge a favor de otro «se transmite el dominio de la cosa donada desde el momento de la muerte del donante, independientemente de la adición de la herencia por los herederos; ya que tales donaciones se diferencian notablemente de los legados, como ya vimos al tratar de la donación por causa de muerte».

Fernández de Retes (282) proclama: «Vir uxori aliquas res donavit constante matrimonio, donatio non valet... sed confirmatur, si donator prius decedat perseverans in eadem voluntatem... si praecedat donatarius, evanescit...». Y califica, en otro pasaje (283), a la donación celebrada *inter virum et uxorem*, entre las donaciones, *quae ex post facto confirmatur*. Es decir, en resumen, la califica como donación inválida inicialmente, que se confirma *ex post facto*, si el donante no sobrevive al donatario y muere sin haberla revocado.

(278) Op. cit., I-XII, núm. 14, pág. 118.

(279) He aquí su explicación respecto la *tertia especie* de estas últimas:

«Omnes namque donationes, quae usque ad mortem revocari possunt, morteque confirmantur ultimae voluntatis naturam sequuntur, et ea quae ex similibus contractibus capiuntur, vim relictis obtinere notissimum est... Ex eo namque, quod hae donationes usque ad mortem revocari possunt, atque morte confirmantur» (núm. 10, pág. 117 y s.).

«In hac autem re observandum erit, quod quamvis ea quae ex donatione, quae confirmatur, capiuntur, habeant vim legati relictis, seu fideicommissi; non tamen illud, quod ex his contractibus capitur, poterit dici vere esse legatum, seu relictum, nec fideicommissum, et per consequens, nec etiam hanc esse veram, sed propriam ultimam voluntatem; sed huiusmodi dispositiones tertiam quamdam speciem diversam ab última voluntate, legato, relicto; seu fideicommissis, taque contractu constituunt; quae nec ultima voluntas est, quamvis ultimae voluntatis vim habeat, quoad confirmationem donationis et revocandi potestatem... quod ea quae capiuntur ex donatione revocabili, quae morte confirmatur, non dicuntur capi ex ultima voluntate, quia hae donationes, nec censentur esse donationes inter vivos, nec ultima voluntas, nec legatum, sed tertiam quamdam speciem de per se distinctam, ac separatam constituunt» (núm. 12, pág. 119).

(280) Op. y vols. cit., Disp. CCLXXXIX, núm. 2, pág. 583 y s.

(281) Disp. últ. cit., núm. 9, pág. 588.

(282) Op. últ. cit., *Lib. VII Opusculorum*, cap. V, «De comorientium iure», núm. 26, pág. 275.

(283) *Lib. VII Opusculorum*, cit., cap. últ.; pág. 358.

Además de las características recogidas en las citas que anteceden—es decir, otorgamiento contractual (*lato sensus*), perseverancia en la voluntad por el donante, muerte de éste y adquisición *ipso iure* independiente de la adición—requirieron nuestros clásicos, en paridad con las donaciones *mortis causa*, la premoriencia o, por lo menos, la conmoriencia del donante (284) y les aplicaron la cuarta Falcidia (285).

El problema del ámbito de la aplicación de la convalidación fué interpretado restrictivamente. Sólo se admitió, en las donaciones entre cónyuges, si la cosa donada hubiese sido entregada al donatario, antes del óbito del donante, al menos por tradición fingida (286). La insinuación se consideró como requisito necesario

(284) Así expresa ANTONIO GÓMEZ (*Ad leges Tauri...*, lex L, núm. 65, página 490), siguiendo la común opinión de los autores, «ista donatio non confirmatur morte in tribus casibus. Primus est, si donator revocavit exprese. Secundus est, si revocavit tacite per aliquas probabiles et verosimiles conieturas. Tertius est, si donatarius, qui donationes recepit prius decedat». «Si autem ambo simul decedant, puta ruina, incendio, naufragio, vel quovis alio casu fortuito, bene confirmatur».

El jesuita LUIS DE MOLINA sigue esta común opinión (Disp. últ. cit., número II, pág. 588 y s.), aplicándola, igualmente, al caso de no constar suficientemente cuál de los cónyuges falleció primero, «y si la donación fuere recíproca, quedarán ambas confirmadas y válidas». Se fija, sobre todo, en que «según la oración del Emperador Antonino, los únicos impedimentos de la convalidación serían la revocación del donante» y «la premuerte del donatario, que no consta en el caso citado» (muerte en un mismo accidente). COVARRUBIAS (*Variarum*, lib. II, cap. VII, núm. 5, op. cit., vol. II, pág. 125 y s.), siguiendo a BARTOLO, extiende la validez a los supuestos de perecer los cónyuges en lugares distintos por causas diversas mientras no constare que el donatario hubiere fallecido antes que el donante.

FERNÁNDEZ DE RETES (*In Lib. VII Opusculorum* cit. núm. 26, pág. 276) explica así la indicada regla de Derecho romano: «Itaque favor in eo stat, ut neminem supervixisse praesumamus, quoad sufficit ad hoc, ut substineatur donatio; quae non alias irritatur quam si donator supervivat: valevitque per consequens, si simul cum donatario decedat. Qua de causa Paulus, in d. l. 8 *vers. maxime*, non alium rationem reddit quam *eo maxime quod donator non supervivat qui rem condicere possit*. Quasi apertius dicat, requiritur, ut donator supervivat, in cuius personae radicetur conditio, sive potestas condicendi rem donatam: qui cum non supervixerit, non potuit ad heredes transmittere conditionem, quae in eius persona numquam nata fuit, nec caepit competere».

Pero, en el mismo libro y capítulo (núm. 44, pág. 287) añade que en Derecho de Castilla quedó modificada la presunción de conmoriencia entre marido y mujer periclitados en un mismo accidente, según la ley 12, del título último de la Partida séptima, al declararse en ella: «Otrosi dezimos, que muriendo el marido o la mujer en alguna nave que se quebrantara en la mar, o en torre, o en casa, que se encendiesse fuego, o que se cayesse a so ora; entendemos, que la mujer, porque es flaca naturalmente, moriría primero que el varón: e tiene pro saber esto, por razón de las donaciones que el marido, e la mujer, hazen el uno al otro en su vida...»

(285) Ver LUIS DE MOLINA, el jesuita (Disp. últ. cit., núm. 10, pág. 588).

(286) Entre otros, así opinaron: GREGORIO LÓPEZ (glo, 2.º, a la ley 4, h. t., donde cita a su favor las opiniones de BARTOLO, BALDO y JASON), ANTONIO GÓMEZ (*Variae...*, II-IV, núm. 23, pág. 253, y *Ad leges Tauri...*, lex L, núm. 65, pág. 490: «Requeritur traditio vera vel ficta», citando en contra a Azón) y el jesuita LUIS DE MOLINA (Disp. últ. cit., núms. 4 y 5, pág. 585). COVARRUBIAS

para la convalidación, en cuanto al exceso, salvo si la donación entre cónyuges fuese confirmada por un acto de última voluntad, como testamento o codicilo. En este caso valía también en cuanto al exceso, pero no en concepto de donación, sino de legado y, por ende, sin retrotraerse sus efectos al tiempo de la donación (287).

La retroacción de las donaciones entre cónyuges se limitaba, no obstante, a la adquisición de frutos. No se hacía extensiva a la adquisición del dominio, que sólo se entendía transferido al fallecer el cónyuge donante (288).

Muchos años después, poco antes del Código civil, resumía Morató (289), la doctrina vigente en Derecho castellano, concluyendo «que todas las donaciones, aun las prohibidas, se confirman con la muerte del donante, si éste no las ha revocado: *por cuanto entonces adquieren el carácter de donaciones «mortis causa», por entenderse que el que las hizo persiste en su voluntad de donar en el momento de la muerte.»*

3. Concepto y requisitos de la conversión jurídica material.

A) Formuladas estas observaciones, veamos en qué consiste la *conversión*.

Es aquel fenómeno jurídico gracias al cual un acto, negocio o documento, sustancial o formalmente nulos en su especie o tipo, resulta válido como acto, negocio o forma de especie o tipo distinto (290).

(*Variarum...*, lib. I, cap. VII, núms. 5 y 6, vol. últ. cit., pág. 34 y s), admite como tradición fingida o virtual suficiente el hecho de que el marido confiese, con ánimo de donar, haber recibido mayor dote de la que en realidad se le entregó.

(287) Ver GREGORIO LÓPEZ (Gl. 6, a las palabras «en su vida», a la ley 4, h. t.), ANTONIO GÓMEZ (*Variae...*, II-IV, núm. 18, pág. 250, y *Ad leges Tauri...*, lex L. num. 56, pág. 472) y el jesuita MOLINA (op., vol. y Disp. cit., núms. 749, pág. 586 y ss.), que admiten la eficacia sin insinuación si el exceso fuese módico. El segundo autor citado señala que, entre los Doctores, BALDO admitía la confirmación de dichas donaciones aun no habiendo sido insinuadas; SALICETO y SOCCINO las reputaban no convalidables en cuantía alguna si excedían de la tasa, y ODOFREDO, ALBERICO y JUAN ANDRÉS, convalidables sólo en cuanto no excedieren de la cuantía que no requería insinuación.

(288) Ver GREGORIO LÓPEZ (gl. últ. cit.); ANTONIO GÓMEZ (*Variae...*, II-IV, núm. 23, pág. 254: «*imo, quod retrahitur ad tempus contractus, et factae donationis: quia ita debet intelligi, quoad fructus tantum, non vero quoad ipsam donationem, rem et dominium ejus, secundum Gloss. et communiter Doctores*»); LUIS DE MOLINA, el jesuita (Disp. últ. cit., núm. 8, pág. 587), etc.

(289) «El Derecho civil español con las correspondencias del Romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala», por el Dr. D. DOMINGO RAMÓN DOMINGO DE MORATÓ (Valladolid, 1868), vol. I, núm. 263, pág. 137.

(290) ENNECERUS (op. cit., I-2.º, pág. 189; V, pág. 361), expone así este fenómeno:

«Si un negocio es nulo en el sentido que las partes se habían propuesto, pue-

De la expresada enunciación puede deducirse la existencia de dos principales categorías de conversión jurídica: la conversión material o sustancial y la conversión formal (291).

El caso más interesante que la Historia del Derecho nos ha brindado de conversión formal ha sido, sin duda, la eficacia como codicilo del testamento formalmente nulo. Esta conversión se apoyó en una cláusula expresa del testador (292).

Hoy en el Código civil se admiten concretamente algunos supuestos de conversión formal; v. gr., en los artículos 715 (testamento cerrado en ológrafo) y 1.222 (documento público en privado).

Tampoco faltan en nuestro Derecho histórico hipótesis tradicionalmente admitidas de conversión material (293). Entre las de mayor interés pueden señalarse:

a) La conversión del testamento sustancialmente nulo en co-

de, no obstante, ser mantenido como negocio distinto, si concurren todos los requisitos de éste, incluso la forma.»

CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, vol. I, 7.ª ed. Madrid, 1949, pág. 833), dice: «Hay conversión del negocio jurídico cuando un negocio nulo, en la forma o tipo en que las partes lo han encuadrado, puede ser mantenido como un negocio de tipo distinto, por contener los elementos esenciales propios de este último.»

(291) VALVERDE Y VALVERDE (*op. cit.*, vol. I, pág. 570) ignora la conversión sustancial en cuanto dice: "La conversión, pues, no afecta a la substancia del negocio jurídico; el acto, aunque convertido, es siempre el mismo, puesto que la declaración de la voluntad es la misma también; la que es diversa, lo que cambia, es la forma.»

En cambio, otros autores, como STOLFI (*Diritto civile*, I-2.º. Torino, 1931, núm. 1.062, pág. 771) y MOSCO (*La conversione del negozio giuridico*. Nápoli, 1947, núm. 70, pág. 266), creen que, en la conversión formal «no se puede propiamente hablar de conversión en cuanto siempre se trata del mismo negocio jurídico y no de un negocio jurídico nulo y otro válido». También excluye del concepto de conversión los supuestos de error de las partes en el *nomen iuris* (núm. 1.063 pág. 771).

(292) La eficacia de la cláusula codicilar en supuestos de defecto de forma del testamento, se apoyó en los siguientes textos, *Codex* VI-XLII, 29 y VI-XXXVI, 8, § 1.

En cambio, la famosa ley 1 del tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá no fué considerada como suficiente apoyo, en ausencia de aquella cláusula expresa, para dar validez codicilar a los testamentos defectuosos de forma, pero que reuniesen la prescrita para los codicilos (v. gr.: en el caso de que alguna mujer actuase de testigo, o en el testamento cerrado, si el número de testigos alcanzara a cinco sin llegar a siete). Así lo afirmó el jesuita LUIS DE MOLINA (*Op. cit.*, vol. I-III, Disp. CXXXII, núm. 1, pág. 334).

(293) Con respecto al Derecho romano, cita BETTI (*Institutioni di Diritto Romano*, vol. cit., § 67, nota 39, págs. 187 y ss.) los siguientes casos: la conversión impropia (sin absorción o cumulativa) de la sustitución vulgar en pupilar (Dig., XXVIII-VI, 4, pr. 1); la confirmación del legado de propiedad inválido por el S. C. Neroniano (GAYO, II, 197); la corrección de un fideicomiso redactado en términos inexactos (Dig., XXXVI-I, 18, pr. y XXX-CXIV, 6); el tratamiento de la sustitución pupilar como si contuviere la vulgar. (CICERÓN, *Or.*, I, 39, 180).

dicilo y de la institución de heredero en fideicomiso impuesto a los herederos legales (294).

b) La validez como legado de la donación *mortis causa*, directa y de primer grado, nula por defecto de aceptación (295).

c) La conversión en legados de las donaciones *inter vivos* a

(294) Aparte del defecto de forma, la cláusula codicilar salvaba los siguientes defectos del testamento: a) Falta de institución de heredero o que este, por cualquier causa, no llegara a serlo. b) Revocación del testamento por otro posterior que ordene la subsistencia de aquél (Dig. XXVIII-III, 12, § 1.º). c) Preterición.

Sin necesidad de expresar la cláusula codicilar en Derechos de Castilla, (Ley I, tit. XIX, Ordenamiento de Alcalá), Barcelona (Constit. de Pedro el Ceremonioso de 14 noviembre 1339) y Tortosa (Costum 2.º, Rubr. IV, lib. VI del *Codic de les Costums de Tortosa*) aceptaron que el testamento, ineficaz como tal, por las dos primeras razones expresadas, valiera automáticamente, cual si contuviera aquella cláusula.

Lo mismo sucedía en Barcelona y Tortosa en el caso de nulidad por preterición. Más dudosa fué la cuestión en Castilla, en este supuesto, como vamos a ver.

La institución de heredero contenida en estos testamentos valía como fideicomiso impuesto a los herederos abintestato (o en el caso b) antes citado, con cargo a los instituidos en el testamento derogatorio).

La citada ley primera, tit. XIX, Ord. de Alcalá, ordenó la validez del testamento aunque no contuviese institución de heredero o si teniéndola no aceptaba el instituido. No aludió, en cambio, al valor codicilar del testamento con vicio de preterición. No obstante, no faltó quien, como A. GÓMEZ (*Ad leges Tauri...*, lex XXIV, núm. 1, vers. quinto, pág. 166), pretendiese que en los testamentos cuando sólo se dispusiera a favor de descendientes, aunque faltare en ellos la cláusula codicilar expresa y sufriesen vicio de preterición, valdría la institución en cuanto al tercio y al quinto como fideicomiso impuesto a los herederos legítimos, por sobreentenderse tácitamente la cláusula codicilar en dichos testamentos a favor de descendientes (*Ad leges Tauri...*, lex 3, número 78 en rel. núm. 75, págs. 26 y 27). Y ACEVEDO (*op. cit.*, vol. III, páginas 112 y 181), glosando las leyes primera, tit. IV (gl. 152 y 153) y octava, tit. VI (gl. 4.ª) del lib. V de la *Nueva Recopilación*, planteó incluso la posibilidad de que en cuanto al quinto valiese como fideicomiso, la institución de heredero dispuesta a favor de un extraño, contenida en un testamento con vicio de preterición y sin cláusula codicilar expresa.

(295) Ver ANTONIO GÓMEZ (*Variae...*, II-IV, núm. 18, vers. *Praedicta tamen*, pág. 251) y el jesuita LUIS DE MOLINA (*op. cit.*, vol. II-I, Disp. CCLXXXVII, núm. 6, págs. 549 y ss.), que afirman ser ésta la opinión BAROLO y común entre los autores. En el citado texto de MOLINA se lee: «Cuando la donación por causa de muerte se hiciere sin aceptación, por testamento, codicilo, carta o incluso verbalmente, como quiera que no tendría el carácter de contrato, ni siquiera de nudo pacto, valdrá, no obstante, si se observa la solemnidad testifical de que luego hablaremos, no como donación por causa de muerte, sino como legado, o lo que es lo mismo, como fideicomiso particular».

En apoyo de esta conversión se alegaba:

a) El criterio que transpira la ley 2.ª, *Codex*, VI-XLIII, especialmente en sus versículos primero y últimos. «Nos emin non verbis sed ipsis rebus leges imponimus», concluía el propio JUSTINIANO.

b) Dos textos de PAPINIANO (Dig. XXXI-único, 75 y 77. § 26) en los que respectivamente ordenaron sendas donaciones un hermano a su hermana por carta, «quam post mortem suam (de él) aperiri mandavit», y una madre a un hijo, también por carta, depositada con estas instrucciones: «instrumentum voluntatis meae post mortem meam filio meo tradi volo». Resolviendo el prin-

favor de ausentes, otorgadas sin intervenir nuncio ni epístola, pero con las solemnidades requeridas para las últimas voluntades (296).

d) La confirmación *mortis causa* de las donaciones *inter vivos* sustancialmente nulas.

cipe de los juristas romanos en ambos textos, que dichas disposiciones deben valer como fideicomisos.

c) Y la Constitución de los Emperadores Caro, Carino y Humeriano del año 284 (*Codex*, VIII-LIV, 5) que luego transcribimos.

(296) ANTONIO GÓMEZ (*Variae...*, II-IV, núm. 18, vers. *Prædicta tamen*, pág. 251, dice: «Imo quod magis est, illud procedit, etiamsi donatio sit facta simpliciter et inter vivos; quia si fiat absentis, et cum sollemnitate requisita in ultima voluntate, puta coram quinque testibus, censetur legatum et ultima voluntas.»

El principal fundamento de esta tesis se hallaba en la citada Constitución de los Emperadores Caro, Carino y Numeriano (*Codex*, VIII-LIV, 5): «Si donatio per epistolam facta non apparet, verba tamen testamenti, quibus liberalitas testatrix confirmata est, fideicommissum continere non ambigitur.»

(297) La ley 2, Cod. III-XXIX (Constit. de VALERIANO y GALIENO) y la ley 25, Cod. V-XVI (Constit. de JUSTINIANO), admiten que la donación entre padre e hijo en potestad, aun siendo radicalmente ineficaz, quedaba confirmada por la muerte de padre que no la hubiese revocado, convalidándose en absoluto y retrotrayéndose sus efectos al momento de la tradición, en cuanto a la propiedad de los frutos, siempre que, si no hubo insinuación, no excediera del tope legal. Diocleciano y Maximino habían resuelto con el mismo criterio un supuesto de compra por un padre a nombre de su hija, indicando (*Codex*, III-XXVI, 18) que muchas veces se había resuelto por rescripto que, *si non postea contrarium eius* (de. padre) *indicium probetur*, se le adjudicase a la hija como propio, mediante el *arbitrum dividendae*. Semejante criterio aparece en los fragmentos Vaticanos 274 y 281.

BIONDI (*op. cit.*, núm. 30, págs. 713 y ss.) destaca la imposibilidad de relaciones patrimoniales entre *pater et filium in potestate* (ni siquiera se les aplicó el *Senadoconsulto de Caracalla*), a la par que la inadecuación de las consecuencias de esa nulidad a la nueva conciencia jurídica creada con la decadencia de la *patria potestas*. Se comenzó por admitir su confirmación testamentaria con valor de fideicomiso. Y a partir de la segunda mitad del siglo III, se adoptó la convalidación en todo caso de fallecer el padre o ser emancipado el hijo, sin que hubiese sido revocada la donación. Principio que se entendió en el sentido de que la donación a favor del *filius* no revocada se consideraba como prelegado o donación *mortis causa*, y, por lo tanto, sujeta a la *Falcidia*. Su conversión en donación *mortis causa* resplandece en especial en el frag. Vat. 274 y ha sido utilizada por MANDRY (*loc. cit.*) como argumento analógico en pro de la conversión *mortis causa* de las donaciones entre cónyuges. En contra, ARU (*op. cit.*, núms 13 y ss., págs. 19 y ss.) opone la distinta naturaleza de ambas nulidades. Inexistencia en la de padres a hijos, *nulla donatio fuit*, dice PAULO (Dig. XI-I-VI, 1, § 1.º). Prohibición para las de marido a mujer (*donatio facta sit*, dice PAULO 1, § 2.º). Por eso rechaza la aplicación en estos casos de la tesis de HOFFMANN de la *veteris iuris imitatio*.

La ley 4.ª, tit. XV. Partida sexta, también lo aceptó para la donación *inter vivos* que hiciera el padre a su hijo que estuviere en su poder, determinando su eficacia si el padre «después non la revocare fasta su muerte». Claro que este remedio perdió todo su interés después de las leyes 17 y 26 de Toro, que admitieron la validez de las donaciones de los padres a sus hijos en potestad, considerándolas revocables si no hubiere mediado la tradición e irrevocables si ésta se realizó. (Ver ANTONIO GÓMEZ, *Ad leges Tauri...*, lex XVII, núm. 4, págs. 123 y ss., y LUIS DE MOLINA, el jesuita, *op. y vol. últ. citados*, Dis. CCXCI, núm. 5, pág. 609).

En estos casos no se observa un criterio uniforme en cuanto a los requisitos de la conversión.

La validez como legado o fideicomiso de una institución materialmente nula requirió una cláusula expresa o una disposición legal que la ordenase. En cambio, los supuestos de conversión de donaciones, imperfectas por falta de aceptación, en legados y fideicomisos, fueron resueltos jurisprudencialmente por convicción y no por volición, atendiendo a la intención lógicamente presumible del disponente. Incluso las constituciones, que ratificaron esta tesis, razonan y resuelven más que ordenan y crean. Y en las donaciones nulas *inter vivos*, pero convalidables *mortis causa*, el Senadoconsulto y los rescriptos atienden, sin duda, a un clima creado por la posibilidad de disponer *mortis causa* aquella misma donación que respetada en vida por el causante no querían acatar sus herederos.

Ha observado Betti (298) que no fué una razón de legitimidad, sino de oportunidad políticolegislativa la que probablemente aconsejó a los romanos disponer la conversión por acto de autoridad que vinculara la futura interpretación sin posibilidad de ulterior discusión. Cicerón da a entender—añade el propio Betti—que toda esta materia fué objeto de interpretación *lato sensu* y, por tanto, competencia de la jurisprudencia, verdadera inspiradora de todas las soluciones, incluso las pronunciadas por otras fuentes del derecho.

En el Derecho comparado moderno se señalan numerosos casos de conversión material (299). Algunos Códigos contienen una regla que *in genere* autoriza la conversión sustancial. Así, el § 140 del B. G. B. y el artículo 1.424, par. 2, del vigente Código italiano. No obstante, no se entiende, en general, que esta regla positiva sea creadora de la conversión, sino que simplemente reconoce y formula un principio jurídico que como tal se impondría aun a falta de norma legal (300).

Nuestros Códigos civil y de comercio no contienen norma general alguna que regule esta institución. Sin embargo, se ha previsto algún supuesto concreto de conversión material. Así, en los artículos 450 y 729 del Código de comercio. El primero reputa pagaré a favor del tomador y a cargo del librador a la letra de cambio que adoleciere de algún defecto o falta de formalidad legal. El segundo reduce el préstamo a la gruesa a préstamo sen-

(298) *Institutioni...*, vol. cit., 67, nota 39, págs. 187 y ss.

(299) Ver, v. gr., los supuestos que citan ENNECERUS (*op. cit.* I-2.º, 189, V, nota 27, pág. 361). BETTI (*Teoría general...* cit., núm. 61, págs. 375 y ss., nota 3) y MOSCO (*op. cit.*, núms. 78 a 86, págs. 291 a 318). De especial interés es el problema planteado en Italia respecto la convalidación, como sustitución vulgar, de una sustitución fideicomisaria prohibida y que ha dado lugar a la abundante bibliografía que cita STOLFI (*op. y vol. cit.*, núm. 1.060, página 770).

(300) Así, se patentiza esa realidad en la jurisprudencia italiana anterior al Código vigente (ver la nota últ. cit. de BETTI). Hecho que Mosco no puede negar (*op. cit.*, pr. págs. 3 y ss.).

cillo, si no llegaran a ponerse en riesgo los efectos sobre los que se presta el dinero.

B) *Requisitos.*

La doctrina no está de acuerdo respecto a los requisitos de la conversión jurídica material.

a) El fundamento, a la par que requisito motriz, se ha situado en dos polos opuestos: en la voluntad de las partes y en el derecho objetivo. Como dice Mosco (301), «esta construcción representa el punto más delicado de las relaciones entre dos factores diversos: voluntad privada y voluntad legal».

1) Para una gran parte de la doctrina, la voluntad de las partes, base y centro de todo negocio jurídico, es la fuente de la conversión. Fadda y Bensa (302) exponen las distintas valoraciones que los autores atribuyen a este requisito. Son éstas: el negocio convertido es siempre querido; debe considerarse como querido; debe ser querido en realidad; debe ser querido en sustancia si no en el nombre.

Estos dos autores adoptan una posición ecléctica (303): «si con los elementos no afectados de nulidad se puede configurar un negocio que, al menos sustancialmente, consiga el fin querido por las partes, debe darse eficacia a este negocio, si se puede entender que las partes, aun por este medio, hubiesen de conseguir el objeto que se proponían; si, en cambio, el resultado es diverso, debe concurrir la voluntad expresa o tácita de las partes».

α) La primera subtesis de este grupo requiere una voluntad real—expresa o tácita—. Su fundamento se sitúa en el principio de la autonomía de la voluntad privada.

Mosco (304), que arremete contra esta fundamentación, alega que es inexacta la opinión doctrinal que entiende que todo o gran parte de los efectos del negocio deben entenderse producto directo e indirecto de la voluntad privada. Si la conversión «quisiera referirse a una voluntad concreta verdadera y propia se diría una cosa sin sentido alguno, en cuanto está fuera de duda que las partes si hubiesen conocido la nulidad derechamente se hubiesen abstenido de estipular el negocio».

Betti (305) también objeta que no es la forma jurídica lo que importa a las partes, sino el resultado práctico.

Y Correia (306) opone este dilema: o la ineficacia del negocio no fué prevista, en cuyo caso no puede hablarse de voluntad real,

(301) *Op. cit.*, núm. 14, pág. 67.

(302) Notas al lib. II de las *Pandectas*, de WISCHEID, *op. cit.*, vol. IV, nota cit., págs. 455 y ss.

(303) *Nota cit.*, págs. 457 in fine y ss.

(304) *Op. cit.*, núm. 14, pág. 68 y núm. 24, pág. 104.

(305) *Op. cit.* y núm. 61, pág. 377.

(306) *A conversao dos negocios juridicos ineficaces* (Coimbra, 1949), conforme la nota bibliográfica de ORTEGA PARDO, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, III-II, págs. 434.

pues ésta no fué representada (y sin representación no hay voluntad), o fué prevista y se dispuso expresa o tácitamente la validez de otro negocio para tal hipótesis, y entonces existirá una manifestación de voluntad en alternativa, a la que si llamamos conversión será reconociendo de antemano que tal figura carece en absoluto de autonomía.

β) De la tesis de la voluntad real se pasa a la de la voluntad presunta o hipotética.

Así, Von Thur (307), aclara: «no se trata de la interpretación de la voluntad realmente existente entre las partes (porque ellas quieren el negocio nulo); lo que se imagina es una voluntad hipotética, aquella que las partes habrían manifestado si hubiesen conocido la nulidad del negocio».

Según Enneccerus (308) «no se exige que la intención de las partes se dirigiera de un modo eventual a este otro negocio. Basta que haya lugar a presumir que hubiera sido querido de conocerse la nulidad».

Esta posición fué acogida en el § 140 del B. G. B. y por el vigente Código italiano en su artículo 1.424, apartado 2.º

Correia (309) se suma a ella y la cree aplicable al Derecho portugués. Afirma que el Juez, basándose en la hipotética voluntad de las partes, la que razonablemente cabe pensar que tendrían de haber previsto la nulidad, puede construir un nuevo negocio que sustituya al ineficaz efectivamente querido.

Pero tampoco convence a Mosco (310) esta postura, pues entiende que la interpretación no tiene, fuera de los elementos objetivos del negocio, ninguna base segura para saber cuál habría sido la voluntad de las partes en un caso que hubiera podido ser, pero que no fué.

Betti (311) igualmente critica la redacción del artículo 1.424 del Código italiano.

Cree que, «a pesar de un texto tan parcial a favor de la posición voluntarista en el problema de la conversión no puede ser dudoso que, según el espíritu y total sistema de la ley, el intérprete debe orientarse hacia una solución objetiva. Tanto más cuanto que reina la discordia entre los mantenedores de la solución voluntarista, discutiendo si conviene referirse a la voluntad en abstracto o a la voluntad en concreto. Y, además, no se sabe de cierto cómo atribuir eficacia a una voluntad que no se ha manifestado, permaneciendo hipotética, en un estado meramente virtual».

γ) Haciendo tránsito hacia una posición más objetiva, En-

(307) *Op. y vol. cit.*, pág. 318, § 288.

(308) *Op. vol y pág. últ. cit.*

(309) *Nota bibliográfica cit.*, pág. 435.

(310) *Op. cit.*, núm. 24, pág. 104.

(311) *Op. últ. cit.*, núm. 61, pág. 377.

neccerus (312) dice que en general estará justificado presumir que el otro negocio hubiese sido querido en caso de conocerse la nulidad del convenido, cuando por aquél se alcance igualmente el fin económico del primeramente propuesto, aunque sólo sea parcialmente o de un modo no tan perfecto» (313).

Por ese camino se deriva a no valorar la voluntad jurídica de las partes, sino su intención empírica o práctica (314), en la que se sitúa el fundamento de la conversión.

De ahí ya es brevísimo el paso que hace falta dar para hallarse dentro de una concepción puramente objetiva de los requisitos de la conversión.

Betti (315) lo expresa de este modo: «Que el negocio nulo o ineficaz produzca los efectos de un negocio distinto cuya función práctica esté integrada en la del negocio nulo y que concurren todos los requisitos de sustancia y forma de este otro negocio, o sea, todos los presupuestos y elementos esenciales, es fórmula que no puede encontrar objeciones.»

2) Pero esta formulación objetiva, al no apoyarse en la voluntad de las partes, debe buscar su fundamento jurídico en el Derecho positivo. Aquí vuelve a surgir otra discrepancia doctrinal; la conversión ¿debe nacer de la ley o bien deriva de un principio general anterior a su reconocimiento normativo? Su reconocimiento ¿es función del legislador o del Juez?

a) Mosco parte de que la ley es fuente de todos los efectos jurídicos, no teniendo la voluntad privada otra función que la de ser condición necesaria para la producción de los efectos concretos impuestos por la ley. Así, dice: «El espíritu de la norma, en suma, es que una vez las partes, hayan manifestado una cierta voluntad negocial merecedora de tutela jurídica, aunque sea limitada, ya no corresponde a las mismas regular la suerte de la relación jurídica que nace, eso pasa al dominio de la ley. Como la ley pone un límite a la autonomía de la voluntad, a través de toda la disciplina de la nulidad y anulabilidad del negocio, la soberanía de la ley sigue manifestándose en el sentido de que donde las

(312) *Op. vol. y pág. últ. cit.*

(313) De modo parecido, VON THUR (*loc. últ. cit.*) señala que el proceso de la conversión «se funda en la consideración de que los contratantes están más interesados en el efecto práctico, especialmente económico, que en la forma jurídica elegida para alcanzarlo, y que a falta de los efectos jurídicos que se proponían, se habrían conformado con efectos jurídicos de la misma especie, aunque tal vez menos intensos».

(314) Esta cuestión está íntimamente relacionada con el más fundamental problema de la base volitiva del negocio jurídico. Si está constituida por una voluntad jurídica (WINSCHELD) o meramente práctica o empírica (LENEL, FADDA, FERRINI, SEGRÉ) y su interesante desarrollo y consecuencias en materia interpretativa. Para una visión general de esa fundamental cuestión, ver PACHIONI (*Diritto Civile Italiano*, t. I, vol. I—Padova, 1937—, cap. XII, 2.º a 6.º, págs. 384 y ss.); MESSINA (*Scritti Giuridici, I Negori fiduciari*, 14 y 16, *La volontà dell'effecto nei neg. giuridici. Corrente delle letteratura*, págs. 42 y ss.), y Mosco (*op. cit.*, núms. 28 a 42, págs. 118 a 165).

(315) *Op., núm. y pág. últ. cit.*

partes, sin reserva, hubieren estipulado un negocio, deben estar sometidas incluso a aquellos efectos más limitados que, a consecuencia de la nulidad y de la conversión combinadas conjuntamente puedan derivarse» (316).

Al efecto señala la aplicación de la doctrina de la buena fe (317), de la cual se deduce que cada parte tiene derecho a exigir el exacto cumplimiento de las obligaciones que del negocio derivan, y donde esos efectos no se puedan conseguir enteramente, tiene también derecho a exigir aquellos efectos más limitados que el negocio viciado sea capaz de producir (318).

Por ello concluye que la conversión, por un lado, realiza una función de integración de la voluntad privada por la ley, y por otro lado, representa una hipótesis de sustitución de la voluntad de las partes. La ley, en la conversión, actúa de modo dispositivo, no coactivo (319), y por tanto, únicamente a falta de voluntad en contrario de los contratantes (320).

Contra esta tesis, Correia (321) observa que aun cuando los efectos jurídicos deriven de la ley, para que puedan considerarse ligados a un negocio es necesario que se armonicen con el contenido de la voluntad negocial que se deduce de la voluntad declarada. Al no existir voluntad modeladora del contenido negocial, no puede determinarse el tipo de contrato que las partes celebran ni, por

(316) *Op. cit.*, núm. 24, pág. 105.

(317) Página 106.

(318) Página 107. No obstante, distingue con toda claridad la conversión de la eficacia parcial (núm. 72, págs. 269 y ss.). Los autores de Derecho intermedio dedujeron del Dig. XXXVI-I, 15, el principio general *utile per inutile non vitiatur*, que sólo fué exceptuado cuando de las circunstancias del negocio resultase que no correspondía a la voluntad de las partes. El B. G. B., en su § 139, invirtió esta regla y su excepción, salvo en Derecho hereditario (§ 2.085). El Código Italiano de 1865 no consagró regla general alguna, pero contenía aplicaciones de aquella regla de Derecho común y la doctrina la extendió como principio general. El vigente la expresa en su art. 1.419, si bien la formula *sensu contrario*.

Su diferencia respecto a la conversión radica en que no hay sustitución de un tipo de negocio por otro, sino sólo reducción del objeto constitutivo del negocio, por nulidad de una simple cláusula, de una parte de la prestación o del tiempo de duración de un efecto. No varía el tipo ni pierde su identidad (núm. 73, pág. 278).

(Ceñido a las disposiciones testamentarias, JERÓNIMO LÓPEZ se ocupa de pasada de su validez parcial en nuestro Derecho, en magnífico trabajo, al comentar la desafortunada Sent. de 29 de octubre de 1949, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, III-I, y s. 511 y s.).

(319) *Op. cit.*, núm. 26, pág. 116.

(320) *Núm. últ. cit.*, págs. 113 y ss. Al efecto, distingue la conversión propiamente dicha de la sustitución legal coactiva de un negocio nulo o ineficaz por otro de efectos más limitados. A su juicio la conversión, si bien no necesita voluntad negocial, requiere la ausencia de voluntad en contrario. Por eso, frente a SANTORO-PISARELLI, comprende en la conversión el supuesto de concreta previsión legal dispositiva, y, por el contrario, separa de esta institución a la sustitución legal coactiva (núm. 59, pág. 237). Un caso de sustitución legal coactiva tenemos en el art. 1.669, § 2.º del Código civil.

(321) *Op. cit.*, según la nota bibliográfica cit., pág. 435.

tanto, el conjunto de sus efectos. Lo contrario supone negar a la voluntad su primordial función modeladora del contenido negocial.

Por otra parte, como hemos visto, en Derecho romano fué la jurisprudencia la fuente inspiradora de los supuestos de conversión admitidos. Ya que la ley sólo por razones de oportunidad político-legislativa vinculó en ciertos casos la futura interpretación, al declarar por acto de autoridad ciertos supuestos de conversión. También comprobamos que la jurisprudencia italiana anterior al vigente Código aplicó esa regla general como principio deducido del espíritu del Derecho, traslucido en los supuestos concretos regulados.

Correia (322), después de examinar las hipótesis singulares de conversión expresamente previstas en el ordenamiento jurídico portugués, concluye que dichos preceptos legales demuestran que no es extraña al ordenamiento lusitano la posibilidad de asentar un negocio sobre la voluntad hipotética de las partes. Con ello elimina el argumento de más peso esgrimido contra la conversión: el que no pueda considerarse admitida en la ley. El hecho que la ley no la prevea de un modo general y expreso sólo supone una laguna del sistema jurídico que es necesario llenar, porque la buena fe y la economía jurídica así lo exigen.

Entre nuestros autores, Clemente de Diego, Alguer y Blas Pérez (324) dentro de su posición, basada en la voluntad hipotética de las partes (325), admiten que sin necesidad de norma legal expresa sea regla general la posibilidad de la conversión material en Derecho español (326).

(322) *Loc. cit.*, pág. 436.

(323) *Op. y vol. últ. cit.*, pág. 273. Dice que «como la ley no quiere poner obstáculos a la actividad económica de los individuos, y éstos lo que quieren es conseguir el fin que se proponen, siéndoles indiferentes el medio, presumible es que los interesados querrán por este otro medio alcanzar el propósito que les animaba al realizar el acto nulo».

(324) *Pág. últ. cit.*, donde estiman que «se debe reconocer, en general, la conversión material cuando el contenido parcial de un negocio no afecto de nulidad y aislado de su demás contenido nulo puede ser configurado como negocio perfecto de otro tipo y procede admitir que las partes lo hubieren querido con este carácter. Si tal investigación interpretativa da un resultado seguro, no creemos haya obstáculo para proclamar la eficacia del negocio convertido».

(325) La gran mayoría de los autores que defienden las tesis voluntaristas (sea de la voluntad real, tácita, hipotética o empírica), no enumeran a la declaración legal entre los requisitos de la conversión. No la exigen, por ejemplo, ENNECERUS (*loc. últ. cit.*), STOLFI (*op. y vol. cit.*, núm. 1.060, página 770) ni CASTÁN (*op. y vol. últ. cit.*, pág. 833, nota 2). En cambio, VOX THUR (*op. y vol. cit.*, pág. 318, nota 52) dice que el término conversión «no es muy feliz porque la validez no es obra del Juez, sino que la establece la ley».

(326) VALVERDE VALVERDE (*op. y vol. últ. cit.*, pág. 571), con respecto a la conversión formal, cree lo contrario. A su juicio: «una legislación que sea respetuosa con la forma de los actos, no debe permitir la conversión más que en casos especiales y determinados, y sólo autorizar la tal conversión cuando

β) Otros autores, sin negar la actual primacía de la ley en la jerarquía de las fuentes del Derecho, fundamentan la concepción objetiva de la conversión sin basarla en disposición de la norma legal. La sitúan en el terreno de los principios generales del Derecho o en la jurisprudencia que trasluce ese principio positivo. De modo que su formulación legal en los ordenamientos jurídicos derivados del Derecho romano sólo supone el reconocimiento de su anterior existencia.

Betti (327) se expresa en este sentido: «No basta—dice—la posibilidad de la conversión, es preciso que sea también reconocida su oportunidad, su correspondencia al criterio de la buena fe y en general, a las exigencias de la justicia. Ahora bien, el reconocer como oportuna y justa la regulación de intereses que se opera con el negocio de tipo diferente es, en todo caso, una apreciación de exclusiva competencia del orden jurídico, y, por tanto, sólo de la *jurisprudencia*, en cuanto órgano de interpretación y elaboración del Derecho vigente.»

Ciertamente, si la finalidad práctica perseguida en el negocio nulo escapa en parte a la prohibición legal, sale fuera de la órbita prohibida (328). Cuando este resultado posible corresponda a un interés jurídicamente respetable, según criterio de buena fe, racionalmente no existe base para entender excluido, en la intención de las partes, este logro parcial. Por eso, creemos que debe ser respetado y jurídicamente protegido. Con tal de que su forma, interna y externa, reúna todos los requisitos formales y materiales correspondientes a la fórmula jurídica que haga viable aquella realización práctica. El artículo 1.258 del Código civil, con su llamada a la buena fe, nos señala un camino a seguir y nos lleva hacia la formulación del correspondiente principio general de Derecho, ya reconocido en la esencia romana que es la base de nuestro sistema jurídico. Principio general paralelo al referido *utile per inutile non vitiatur*, al de la *integración* de la voluntad contractual por el uso y costumbre del país con arreglo a las normas de la buena fe (recogido en los arts. 1.287 y 1.258 del Código civil), y al de la *conservación* del negocio jurídico (*favor negotii*) (329).

incumplida una forma admitida por ella no haya inconveniente en respetar la declaración de voluntad, que fué revestida de otra forma imperfecta; y nunca estimamos que en una buena política legislativa se debe presumir la autorización de la conversión; al contrario, debe permitirse solamente en los casos taxativamente determinados en la ley.

(327) Loc. últ. cit., pág. 375.

(328) Por ello, es, sin duda, necesario—como observa BETTI (pág. 379)—que la ley no prohíba especialmente el supuesto de conversión de que se trata.

(329) Ha escrito BETTI (op. cit., pág. 376 y ss.) que la conversión del negocio inválido o ineficaz obedece a la misma exigencia general de *conservación* del negocio jurídico que inspira la interpretación del contrato cuando éste o una cláusula de él admita dos sentidos y determine la convalidación del negocio jurídico. En términos más generales, FERERICO DE CASTRO (*Derecho civil de España*, vol. cit., pág. 537) nos dice: que «el Derecho moderno, en los negocios jurídicos, acude sólo en último extremo a la declaración de su

Tanto ese principio general, cuya realidad creemos evidente, como la valoración jurídica de la intención empírica de los otorgantes, a juicio nuestro, bastan para fundamentar la posibilidad de esa institución. De ese modo, la conversión jurídico material, se apoya en dos pilares: uno objetivo, consistente en el enunciado principio general de Derecho, y otro subjetivo, la finalidad práctica perseguida por los contratantes.

b) Con una u otra, o con ambas bases, la voluntad de las partes—real o hipotética, jurídica o empírica—y la norma—ley, principio general de Derecho o jurisprudencia—, requiere además un supuesto de hecho objetivo para que la conversión llegue a tener efecto. En su citado artículo 1.424, el Código italiano, exige que el negocio nulo reúna los requisitos de sustancia y forma del negocio que haya de sustituirle. Esa formulación sintetiza perfectamente el actual estado de opinión de la doctrina, y a la vez deja abierta a la discusión toda la serie de cuestiones tan arduamente disputadas por los juristas, en especial alemanes e italianos.

1) En primer término se discute si son convertibles todos los negocios jurídicos nulos sin excepción, y, además, si también lo son los llamados negocios jurídicos inexistentes y los anulables una vez impugnados (330).

nulidad (*favor negotii*), y los salva de ella—según los casos— mediante la interpretación correctoria y la figura de la conversión».

(330) Se ha discutido si son susceptibles de conversión todos los negocios jurídicos nulos, los llamados inexistentes y los anulables una vez impugnados.

Mosco (op. cit., núm. 95, págs. 347 y ss.) parte de la afirmación de que mientras los negocios nulos pueden producir efectos secundarios, los inexistentes a lo más podrán generar efectos extranelegales. Por eso, en principio sólo admite la conversión de los primeros. No obstante, acepta su posibilidad en los negocios en los que falte un elemento constitutivo, que estén pendientes del cumplimiento de una condición suspensiva, o bien que requieran una circunstancia accesoria no realizada (v. gr., su aprobación u homologación) (número 100, pág. 379 y s.). En cambio, rechaza la conversión de los negocios que sean nulos por su carácter inmoral, de los contrarios al orden público, o si el sujeto está absolutamente indeterminado o es indeterminable (núm. 98, pág. 361 y ss.).

En términos generales, acepta—Mosco (núm. 99, pág. 365 y s.)—la conversión de los negocios anulables impugnados. Sólo exceptúa ciertos supuestos, como los de anulabilidad por violencia o por error.

Más concretamente, CORREIA (según la citada refundición de ORTEGA PARDO, loc. cit., pág. 436) declara que en cualquier hipótesis de ineficacia es posible admitir la conversión, siempre y cuando las razones que conducen a la ineficacia no impidan construir la voluntad hipotética de las partes, base del nuevo negocio. Claro que estima necesario «que la nulidad sea real y no meramente posible» (v. gr., como en el negocio anulable en tanto no sea impugnado). También exige que por lo menos uno de los contratantes desconozca la nulidad del negocio.

VON THUR (op. y vol. cit., pág. 319 [288] entiende que el negocio nulo debió ser requerido y entendido como válido por las partes. Y que no se produce la conversión si el negocio no es nulo, sino que está incompleto (esta opinión, como hemos visto, la rechaza Mosco, y no puede aceptarse si no es con la reserva que conviene a un juicio que la Historia del Derecho no ha rubricado, por lo menos en los casos b) y c) anteriormente examinados en la página 101).

2) En general, se estima que el negocio que haya de sustituir al nulo, no es indispensable que sea un negocio de *otra clase*. Según Enneccerus (331), puede tratarse simplemente de un negocio de otro efecto u otro contenido. Como dice Mosco (332), la conversión puede realizarse incluso fuera del rígido esquema de las categorías negociales, con la ductilidad que necesariamente supone la conversión de negocios innominados en nominados, o, viceversa, de típicos en atípicos.

3) También parece existir acuerdo en considerar que los requisitos de forma del negocio convertido han de entenderse cumplidos no sólo en caso de haberse llenado en el negocio nulo los mismos requisitos exigidos para aquél, sino también cuando se hubiere revestido una forma más rigurosa que la exigida en el nuevo (333).

4) Los requisitos de fondo han dado lugar a mayores discrepancias, a veces más terminológicas que sustanciales.

Según el artículo 1.261 del Código civil los requisitos esenciales del contrato son: el *consentimiento* (sustituído en los negocios jurídicos unilaterales por la voluntad de su otorgante), que previamente supone capacidad jurídica, capacidad de obrar y legitimación; el *objeto*, en su sentido restringido e impropio de cosa, —objeto de la prestación o de la disposición— o de servicio estipulado (arts. 1.271 a 1.273); y la *causa*, con la visión parcial que de la misma tiene nuestro Código civil, refiriéndola aisladamente a la obligación de cada una de las partes y enfocada a la prestación, promesa o servicio de la otra parte, al servicio o beneficio remunerado o a la mera liberalidad del bienhechor (art. 1.274).

La voluntad, el consentimiento, ya hemos visto antes cómo debía jugar desviándose de su aspecto netamente jurídico hacia su sentido empírico o práctico. (Sin duda la capacidad y la legitimación deben ser las exigidas para el nuevo negocio.)

El objeto, en el sentido del Código civil, queda subsumido, tal como veremos, dentro de la concepción amplia y más estricta del objeto del negocio, y, la causa de la obligación o disposición en la mayoría de los negocios sólo supone una visión unilateral y parcial de la causa del negocio.

Esa visión más amplia es imprescindible para comprender el ámbito de la conversión. Su materia.

Al comparar el negocio nulo y el negocio resultante ¿debe atenderse a su objeto, a su causa, a sus efectos, a su contenido, a su fin, a su resultado?

α) El *contenido del negocio* plantea la misma cuestión de límites antes aludida con respecto al alcance de la voluntad. Por eso esta fórmula puede resultar peligrosa. Ninguna luz podría proporcionarnos, si su expresión, según la opinión de algún au-

(331) Loc. últ. cit., nota 25.

(332) Op. cit., núm. 69, pág. 265.

(333) Ver Mosco, op. cit., núm. 88, pág. 327.

tor (334), abarcara "sólo lo que fué expresa o tácitamente declarado".

β) Los *efectos del negocio* (335), en su sentido jurídico, tampoco pueden servirnos de base para apreciar la conversión.

Son efectos jurídicos de un negocio: la tutela que el ordenamiento jurídico le presta, y las llamadas consecuencias jurídicas de tal negocio, es decir, los derechos, obligaciones, etc., derivados del mismo.

Pues bien, como indica Mosco (336), los efectos jurídicos son meramente instrumentales para el logro del resultado final. Razón por la que objeta: Un mismo efecto se puede encontrar en negocios de tipo distinto, con objeto y finalidad totalmente diferentes.

El efecto jurídico, en su actitud instrumental plurima, puede tener en ciertos negocios, la naturaleza de medio puramente eventual. De modo que si bien en determinados casos concretos puede ser un instrumento concurrente para la consecución del resultado propio del negocio, en cambio, en otros casos concretos puede faltar, sin que ello obste a la realización del resultado (v. gr., el efecto traslativo en la constitución de la sociedad, o el deber de custodia en el mandato) (337).

Otros efectos son necesarios para la realización del resultado correspondiente de ciertos tipos de negocios, pero cumplen una función meramente accesoria respecto al mismo (v. gr. el efecto, traslativo en el mutuo o en el depósito irregular, o la obligación de custodia en el transporte, el mandato o el depósito) (338).

Ni siquiera el hecho de que dos negocios tengan un mismo efecto necesario y principal, arrastra como consecuencia necesaria la convertibilidad de uno en otro, por la simple razón de que con cada tipo de negocio las partes persiguen resultados diversos, y tal vez insustituibles. Y esta diversidad de resultados—pese a la identidad de un efecto principal—deriva de la combinación en síntesis única de aquel efecto con otros efectos diferentes, o de una particular contraprestación, o de otra causa cualquiera (así, verbi gracia, pese a la identidad de efectos traslativos, no cabe conversión entre venta y permuta) (339).

γ) La *causa* del negocio, como base de la fórmula de la con-

(334) V. gr., Mosco, núm. 61, pág. 242.

(335) BIERMANN (*Allgemeiner Teil*, II, 543) y PLANK (*Komentar*, § 140, A. 1)—según citas de Mosco (pág. 243)—, al aludir a la identidad o similitud de efectos, en realidad se refieren al *efecto económico* o al *efecto práctico*, y no, por lo tanto, a los efectos jurídicos propiamente dichos. En todo caso, conviene evitar la referencia a los efectos, a fin de no producir confusión terminológica al hablar de ellos en sentido distinto del que técnicamente tienen asignado en la Ciencia del Derecho.

(336) Op. cit., núm. 62, pág. 245.

(337) Núm. 63, pág. 245 y ss.

(338) Núm. 65, pág. 251.

(339) Núm. 63, pág. 253 y s.

versión, arrastra como una tara todas las dificultades de su formulación, con la disparidad de opiniones que dicho concepto suscita, entre las doctrinas objetivas, subjetivistas y negativas.

Correia (340), señala que la causa es el instrumento más idóneo de valoración para la conversión. Pero, para él, la causa equivale a la *finalidad económico-jurídica* que las partes revelan querer alcanzar.

Según Mosco, la causa de la atribución es un elemento que forma parte integrante del objeto de todo negocio patrimonial—en el sentido que luego veremos asigna al objeto—; en los negocios onerosos es el objeto la síntesis de las dos causas de atribución (341). En consecuencia, claro está, que juzgándola totalmente absorbida por el objeto, concluye por calificar de inútil la construcción doctrinal de la causa del contrato (342).

ε) La *finalidad económico jurídica* es contemplada por Enneccerus (343). Fadda y Bensa (344), atienden a la *finalidad práctica*. Pero, por su parte, el citado Mosco (345), dice que por fin del negocio no debe entenderse sino el *objeto del negocio* considerado como meta de la voluntad negocial, el resultado final a que tienen las partes. Con ello comprobamos, otra vez, que con distintas denominaciones, debidas a sus puntos de mira diversos, nuestros autores contemplan una misma cosa desde ángulos visuales diferentes

Von Thur (346), habla del *efecto práctico, especialmente económico*, e indica que éste interesa más a las partes que la forma jurídica elegida para alcanzarlo.

Betti (347), alude a la *función práctica económico-social* y al *interés práctico* perseguido por las partes, y explica que: «el mecanismo jurídico de un negocio no es nunca exactamente mensurable y comparable con otro, en forma que pueda decirse de uno que se encuentre comprendido en el otro; pero sí, en cambio, puede afirmarse sobre la función económico social de un negocio, que se integra en la órbita del interés práctico que normalmente determina la conclusión de otro».

Semejante sentido atribuye Mosco a su fórmula: el *objeto del negocio*. Para él, no constituyen el objeto del contrato: ni la cosa a que se refiere la prestación, ni las prestaciones—tanto consideradas aisladamente como en su conjunto—por el fin instrumen-

(340) Recen. cit., pág. 437.

(341) Op. cit., núm. 55, pág. 212.

(342) Núm. 58, pág. 229 y s.

(343) Op. vol. y pág. últ. cits. Requiere que «el otro negocio alcance igualmente el fin económico del primeramente propuesto, aunque sólo sea parcialmente o de un modo no tan perfecto».

(344) Loc. últ. cit., pág. 455 y s.

(345) Op. cit., núm. 67, pág. 255.

(346) Op. y vol. loc. últ. cits., pág. 318.

(347) Op. y núm. cits., pág. 377 y s.

tal que tienen para el logro del objeto (348). Este a su juicio lo constituye el resultado práctico perseguido por el contrato, materia del acuerdo (349).

En definitiva, frente a las fórmulas técnico jurídicas, se imponen las fórmulas empíricas o económico-prácticas. No es el contenido jurídico, ni los efectos jurídicos, ni la causa, en sentido puramente técnico lo que interesa, sino el contenido práctico, económico-jurídico, llámesele fin económico-jurídico, efecto práctico, función económico-social, interés práctico u objeto del negocio.

5) Pero, ¿qué relación debe existir entre ese objeto funcional práctico del negocio nulo y el del otro negocio que debe sustituirle?

α) Staudinger-Riezler (350), requieren un *mismo objeto*. Tesis inaceptable porque se funda en el supuesto irreal de que puedan existir dos tipos distintos de negocio con objeto típico idéntico.

Fadda y Bensa (351), adoptaron una solución parecida. Como regla general reclamaron idéntica finalidad práctica, por lo menos substancialmente, y, sólo en caso de voluntad expresa o tácita de las partes admitieron la conversión cuando el resultado fuera diversos.

β) Otros autores (352), exigen un *objeto similar*, partiendo de la que llaman *contigüidad de tipos negociales* (v. gr., contratos de trabajo y de obra, o permuta y compraventa). Criterio certeramente tachado por Mosco (353), dada la vaguedad e inseguridad de su aplicación.

γ) La doctrina dominante exige que el negocio nulo tenga el objeto *más amplio* que el nuevo negocio, de modo que éste se halle *virtualmente comprendido* en el de aquél. Así: Enneccerus (354), reclama que el segundo negocio alcance el fin económico del primeramente propuesto, aunque sólo sea parcialmente y de un modo no tan perfecto. Betti (355), pide que la función económico-social del negocio válido se encuentre comprendida en la del nulo y se integre en la misma órbita del interés práctico que determina la conclusión de éste. Mosco (356), admite la conversión siempre que se pueda hallar un negocio capaz de caber, por su naturaleza y amplitud de su objeto, en la órbita del objeto perseguido con el negocio nulo.

δ) Por fin, si como hemos visto la conversión, sea que esté inspirada en la voluntad empírica de las partes o en un principio ge-

(348) Op. cit., núm. 45, pág. 173.

(349) Núm. 46, pág. 174.

(350) *Kommentar*, vol. I, pág. 590 (cita de Mosco, pág. 256).

(351) Loc. últ. cit.

(352) Asi, VOX THUR (op. y vol. cit., pág. 318) requiere que el otro negocio sea «de fin y efectos análogos».

(353) Op. cit., núm. 68, pág. 259.

(354) Loc. últ. cit.

(355) Loc. cit., pág. 377 y s.

(356) Op. cit., núm. 69, págs. 262 a 265.

neral, recogido o no en la ley, tiene carácter dispositivo, de modo que no puede imponerse contra la voluntad de las partes, parece aceptable, conforme propone Correia, que deba ser reclamada, cuando menos por una de las partes, sin que pueda decretarse de oficio por el Juez (357).

4. ¿Hay base objetiva para la conversión en donaciones «*mortis causa*» de las otorgadas entre cónyuges?

Frente a esta enumerada determinación de los requisitos de la conversión, Fuenmayor señala, según vimos, los siguientes: la base *negocial* adecuada y un precepto legal que la autorice.

No nos dice qué entiende por *base negocial adecuada*. Sin embargo, el hecho de no aludir a voluntad expresa, tácita o presunta de las partes, parece dar a entender que adopta una posición objetiva y estima necesaria la existencia de un negocio nulo que comprenda el contenido y reúna los requisitos del negocio válido en que se convierte.

A su juicio, en la donación entre cónyuges falta base *negocial* suficiente para su validez *mortis causa*. Argumenta con estas palabras: «Si las partes han realizado una donación *inter vivos* prohibida por la ley. ¿Cómo se equiparan su voluntad de transmitir actualmente a través de un contrato y la disposición aplazada hasta la muerte de uno de ellos, semejante en su esencia, a la disposición testamentaria? Porque en la donación *inter vivos* surge un derecho para el donatario y se obliga, por su parte, el donador; pero en la *mortis causa* no hay vínculo ninguno que les ligue a juicio de Vallet».

Francamente no comprendemos lo que tenga que ver con la falta de base *negocial*, la falta de un derecho actual en el donatario *mortis causa* y la actualidad del derecho del donatario *inter vivos*, ni con la vinculación de éste y falta de vinculación de aquél en vida del donante. Lo que importa es que la finalidad del negocio convertido se comprenda en la que se quiso asignar al negocio nulo. Ahí está la base *negocial* adecuada, que no falta en nuestro caso. Igualmente el contenido volitivo de la donación *mortis causa* forma parte del contenido volitivo de la donación *inter vivos*, proyectado en el futuro. Así lo expresamos en otra ocasión (358).

«Es natural que si un cónyuge puede donar *mortis causa* a su consorte y le quiere donar *inter vivos*, es decir, para que el objeto donado se haga de su consorte tanto en vida del propio cónyuge donante como después de la muerte del mismo, ya que la donación *inter vivos* es perpetua, tal donación, si no vale en su aspecto actual, valga, por lo menos en su segundo aspecto. Es decir, para

(357) Recen. cit., pág. 437.

(358) Dictamen publicado en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, II-II, pág. 661.

después de la muerte del donante, si entonces vive aún el donatario, y aquél no se arrepintió.

Es de notar que Mosco (359), al plantear y resolver afirmativamente (360), la posibilidad de la conversión de la donación entre cónyuges—nula conforme al artículo 781 del Código civil italiano—en legado (361), ha argumentado de modo parecido: «el objeto de la donación entre vivos, como negocio con efecto inmediato, es indudablemente más amplio que el correspondiente de la disposición testamentaria, y es evidentemente de la misma naturaleza, en cuanto tiende a procurar un enriquecimiento al beneficiario».

Entiende, además, Fuenmayor que, «si fuera correcta esa pretendida conversión, tales donaciones prohibidas como *inter vivos* durante el matrimonio serían ya válidas, aún antes de la muerte del donante, en calidad de donaciones *mortis causa*». Cosa que también rechaza por estimar que «choca con la letra del artículo 1.334, que no prohíbe sólo «durante el matrimonio» las «donaciones *inter vivos*», sino las donaciones de todo tipo, sin distinción alguno, alcanzando, por tanto, la prohibición lo mismo a las *inter vivos* que a las realizadas por causa de muerte».

Con varios siglos de anticipación ha sido contestada esta objeción de Fuenmayor. Antonio Gómez (362), dijo: «Sed in nostro casu donatio causa mortis non est perfecta, nec válida in vita donatoris, sed virtus, et effectus ejus est suspensus in tempus mortis tamquam in actu conditionali». No hay donación *mortis causa*, sino después de muerto el donante, antes sólo hay un proyecto, una expectativa. También lo había dicho Ulpiano (L. LXXXVI *ad Edictum*), en fragmento recogido en el Digesto, XXXIX-IV, 32: «Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur». Por lo tanto, la donación *mortis causa* dispuesta por un cónyuge a favor de otro, no se perfecciona, no tiene lugar du-

(359) Op. cit., núm. 83, pág. 305.

(360) No obstante, para la efectividad de esta conversión será casi siempre obstáculo la falta de la forma adecuada, necesaria para su validez testamentaria (ver Mosco, op. cit., núm. 90, pág. 332 y s.).

(361) Es de notar que en Derecho italiano no están admitidas las donaciones *mortis causa* (el vigente Código, en su art. 769, para toda donación exige un enriquecimiento actual, y de sus arts. 800 y ss. se deduce su irrevocabilidad, excepto en los casos taxativamente señalados; aunque no exprese tan rotundamente como en el derogado art. 1.950 que la disposición del donante debe ser actual e irrevocable). Por eso no puede plantearse en él la conversión de las donaciones entre cónyuges en donaciones *mortis causa*. (En cambio, se admite, incluso por la jurisprudencia, la conversión en legados de las donaciones *mortis causa* que reúnan los requisitos de forma de aquéllas. Ver Satta, *La conversione del negozio giuridico*—Milán, 1903—, pág. 165; MAROI, *Della donazioni*, D'AMELIO, *Comentario. Libro delle successioni e donazioni*, págs. 742 y s., citados por Mosco, y éste, op. cit., núm. 83, pág. 303, y núm. 90, págs. 332 y s.).

A pesar de ello, una sentencia de la Corte de Apelación de Génova, de 25 febrero 1882, admitió la convalidación de las donaciones entre cónyuges por prelación del donante. Doctrina rectificada por la misma Corte de apelación el 21 diciembre 1892 (ver FADDA: op. cit., 2.ª ed., § 48, págs. 437 y s.).

(362) *Variæ*..., II-IV, núm. 16, pág. 249.

rante el matrimonio. Entre tanto sólo hay una disposición condicional en pendencia, en suspenso, que abortará si el evento de no premorir el donatario no tiene lugar. Sólo cuando el evento previsto se realiza, tiene lugar la *datio*—presupuesto práctico de toda donación traditoria o real—, *quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt*, observó Gayo (Digesto XXIV-I, 10).

5. *El tiempo del matrimonio, a través de la prohibición, con referencia al otorgamiento y a la efectividad de las donaciones*

Por otra parte, la expresión «durante el matrimonio» (del artículo 1.334), tiene viejos antecedentes históricos que nos aclaran su sentido. Igualmente, la finalidad de la prohibición explicó en Derecho romano, y puede ayudar a explicar en el Código civil el sentido de esas palabras.

Con referencia al Derecho romano, leemos a Biondi (363):

«Puesto que la prohibición procura impedir el enriquecimiento durante el matrimonio, no se tiene en cuenta el tiempo en el cual fué hecha la donación, sino aquél en el cual deba realizarse. Por lo tanto, por tener efecto cuando el matrimonio se ha disuelto, se admite la *donatio mortis causa* y *exilii causa*, incluso es permitida la *donatio divortii causa*, siempre que se haga en la inminencia y no solamente en previsión del divorcio. Inversamente es afectada por la prohibición la donación hecha con anterioridad, pero a cumplir durante el matrimonio». Esto último, ya fué dictaminado por Ulpiano (Dig. XXIV-I, 32, § 22): «Si el esposo hubiere hecho donación a la esposa habiéndose referido la donación al tiempo del matrimonio, aunque esta donación no parezca hecha entre marido y mujer, y no basten para ella las palabras de la Oración, se ha de decir, sin embargo, que la donación está comprendida en el sentido de la Oración, de suerte que, si la voluntad hubiere subsistido hasta la muerte, sea válida la donación». Convalidación *mortis causa* necesaria, porque como reconoció el Emperador Gordiano (Codex V-III, 4): «Lo que se dona a la esposa con esta condición, que adquiere su dominio entonces cuando se hubieren verificado las nupcias, queda sin efecto» (*ut tunc dominium eius adipiscatur, quum nuptiae fuerint secutae, sine effectu est*).

Criterio, que vemos recogido por Palacios Rubios (364), entre nuestros clásicos. En efecto, reconoce: *Quod procedit* (es decir, la nulidad y consiguiente convalidación *mortis causa*) *non solum in donationibus factis inter coniuges constante matrimonio: sed etiam in factis ante matrimonium relatis tamen in tempus matrimonium*».

(363) Op. cit., núm. 13, pág. 567 y s.

(364) Op. cit., § 69, núm. 2, fol. 80.

6. *La conversión y el artículo 1.334 del Código civil*

Fuenmayor añade que «tampoco existe un precepto legal amparador de esta pretendida conversión. El artículo 1.334 que Vallet alega, no nos sirve. Su interpretación de este precepto es ingeniosa, pero forzada. Cuando dice que «será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio», no viene a limitar tan sólo, como Vallet pretende, el tiempo de duración de esa nulidad. Quiere referirse—y así lo ha entendido la doctrina común de los exégetas—a todas las donaciones otorgadas durante el matrimonio por los cónyuges».

Antes hemos opinado, siguiendo a la más general doctrina de los autores modernos, que no es necesario una concreta autorización legal para que proceda la conversión. Basta, que se den sus requisitos normales y que no sea explícita o implícitamente vedada por la ley.

No obstante, insistimos en el caso presente, a mayor abundamiento, en que el artículo 1.334 apoya la conversión, por cuanto limita la nulidad «durante el matrimonio».

En anteriores trabajos (365), señalamos la incorrección gramatical y la redundancia en que incurriría el artículo 1.344 del Código civil en caso de haber querido decir lo que la mayoría de sus exégetas pretenden. También vimos, que los antecedentes históricos del precepto confirmaban nuestra interpretación. Pocas líneas atrás, acabamos de ver el sentido que debe asignarse a la expresión *durante el matrimonio*, conforme se entendió por el Derecho vigente hasta la redacción del Código civil, atendiendo a la finalidad de la prohibición de las donaciones entre cónyuges que fué la de evitar, constante el matrimonio, el enriquecimiento de uno de ellos en perjuicio del otro. Ahora, sólo vamos a añadir algunas nuevas consideraciones que refuerzan nuestros anteriores argumentos.

Notemos, previamente, que Baratta (366), comentando la interpretación común de nuestros exégetas, concretamente con referencia a la obra de Valverde, ha observado, sorprendido, que: «No se alcanza a comprender cómo en un tratado de diversos volúmenes, el autor no crea oportuno añadir algunas consideraciones sobre los motivos del cambio legislativo, *sobre todo en una materia en la cual, aún pudiendo ser idéntica la norma, persiste el desacuerdo entre los legisladores de países que tienen un ordenamiento jurídico familiar apoyado en idénticas bases.*»

Sin duda, ha sido muy precipitada la interpretación generalmente dada al artículo 1.334.

Ante todo, es de observar que en el período de preparación

(365) *La donación «mortis causa»*.... loc. cit., XIV, 2. pág. 795 y s., y el Dictamen cit., pág. 661 y s.

(366) *Il divieto di liberalità fra coniugi durante el matrimonio nel Diritto comparato e nel Progetto di riforma del Codice civile italiano* (Napoli, 1937), pág. 21 y s.

codificadora los autores se dividieron en dos grupos: Los que entendieron vigente la ley 4, Título XI, Partida cuarta, con la interpretación que antes expusimos (367). Y aquellos otros, que pretendían la vigencia de la Ley 7.^a, Título II, Libro V del Fuero Juzgo y ley 9.^a, Título XII, Libro III del Fuero Real, de modo que sólo deberían entenderse prohibidas a los cónyuges las donaciones otorgadas durante el primer año de matrimonio (368).

Por tanto, la discusión se centraba entre la admisión de la validez de las donaciones otorgadas después del primer año de matrimonio (solución gótica) y la nulidad de todas las donaciones entre cónyuges sin perjuicio de la convalidación *mortis causa* si el donante premoría sin haberlas revocado (solución de las Partidas).

El Licenciado D. Pablo Gorozábel, Abogado de los reales Consejos, en su proyecto particular de Código civil (369), propuso las siguientes normas:

«1.182 Toda donación entre cónyuges, cuyo efecto sea el de adquirir el donatario desde el momento la propiedad de lo donado *es nula*, si por ella el donante disminuye algo de sus bienes y el donatario los aumenta».

(367) Así se entendió en las versiones del Febrero: *Febrero reformado y anotado o Librería de Escribanos*, de JOSEPH MARCOS GUTIÉRREZ (Parte I, tomo II, cap. XII, § 1, núm. 15, pág. 135); *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Médicos legistas*, de EUGENIO DE TAPIA (Volumen II, libr. II, tit. IV, cap. XXII, núm. 16, pág. 467), y *Febrero Reformado o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, de GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN Y VICENTE y CARAVANTES (T. II, núm. 2.998, pág. 291). También lo juzgaron de este modo ESCRICHE (*Diccionario...*, T. I, pág. 652 y s.), BENITO GUTIÉRREZ (op. cit., vol. V, pág. 106 y ss.), GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN (*Elementos de Derecho civil y Penal de España*, vol. II, núm. 449, 4.º, pág. 385 y DOMINGO DE MORATÓ (op., vol. y loc. cit.).

(368) En este sentido MARTÍ DE EIXALÁ (adición a la gl. 28 del tit. XI, Partida IV, op. y vol. cit., pág. 1009), quien no obstante reconoce: «Con todo, el derecho de Partidas, es el que en esta parte se ha considerado y se considera vigente, sin duda por lo grave y poderoso de los motivos en que, como el Derecho común, había fundado aquél la citada prohibición de las donaciones entre cónyuges. De extrañar es, sin embargo, que al partir todos nuestros intérpretes de ese principio y al conceder semejante preferencia a las leyes de Partida sobre las del Fuero Real, lo hayan hecho sencillamente y como una cosa natural, sin dar razón alguna de semejante conducta».

NAVARRO AMANDI (op. y vol. cit., art. 1.376, pág. 137) adoptó una solución acumulativa de ambos preceptos, entendiendo que no debía considerarse derogada la ley visigoda por la de origen romano de las Partidas, y que ésta sólo debía aplicarse a las donaciones posteriores al primer año de matrimonio. (Solución inaceptable, pues si conforme al Derecho Real eran válidas las donaciones posteriores al primer año de matrimonio, holgaba su convalidación al premorir el cónyuge donante sin haberlas revocado. Si acaso la convalidación hubiese convenido a las otorgadas durante el primer año.) No obstante, tímidamente añade que no se atreve a poner su dictamen en frente del de los ilustres comentaristas que defendían la tesis opuesta.

(369) *Redacción del Código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del Derecho y Leyes sueltas de esta Nación. Escrita bajo el método de los códigos modernos* (Tolosa, 1832), pág. 262 y ss.

«1.186. Fuera de estas limitaciones, toda donación para ser válida entre cónyuges debe tener su efecto después de la muerte del donante».

«1.187. Por lo mismo el cónyuge donante puede revocar cuando quiere la donación que haya hecho al otro...».

«1.188. (§ 2.º). Si el donatario muere antes que el donante la donación queda ineficaz».

En notas de pie de página señala como base de estos preceptos las leyes 4, 5 y 6, Título XI, de la Partida cuarta. En estos proyectados preceptos, seguimos viendo que el tiempo del matrimonio, en la prohibición de las donaciones entre cónyuges, juega con relación a su efectividad, a su realización, no con referencia a su otorgamiento.

En el Proyecto de 1851, el párrafo primero de su artículo 1.259 dice escuetamente: «Toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio será nula.»

Es de notar, ante todo, el doble sentido que pudo darse a este proyectado precepto. Basta contrastar lo que diría colocando una coma detrás de la palabra «otro» (370) y lo que expresaría si dicha coma se situase inmediatamente antes de la disposición normativa «será nula» (371). En este último caso la nulidad se proyectaría sobre las donaciones otorgadas durante el matrimonio. Con la primera coma, el sentido del precepto condensaría la doctrina de la repetida ley 4, tít. XI, Part. IV. Es decir, la clásica concepción romana recogida en las Partidas y por los autores de Castilla. Siendo de notar que García Goyena (372), alma del Proyecto, al glosar este artículo, alude a las leyes romanas y a la tan repetida de las Partidas, sin destacar la introducción de diferencia alguna, ni hacer constar la modificación de la legislación entonces vigente. No sólo falta una exposición de los motivos de esa reforma, que se pretende quiso establecerse, sino que ni siquiera se hace constar que se quisiera establecer reforma alguna ni resulta del contexto literal de artículo.

Llegamos al vigente Código civil. El artículo 1.334 pudo aclarar la duda latente en la redacción del artículo 1.259 del Proyecto e inclinarse por el derecho tradicional o por su reforma sin más que añadir a una coma en uno o en otro sitio.

A sus redactores, en la Base 1.ª de la Ley de 11 de mayo 1888, se les ordenó que realizaran la Codificación civil «sin otro alcance ni propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes». Tomado el Proyecto de 1851 como punto de partida y de trabajo, no obstante, se limita en dicha Base, «sólo en cuanto se halla contenido en éste el sentido y ca-

(370) *Toda donación de un cónyuge a otro, durante el matrimonio será nula».*

(371) *Toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio, será nula.*

(372) *Concordancias...*, vol. III, art. 1.259, pág. 273 y ss.

pital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio».

La letra de 1.334, a juicio nuestro, decide la cuestión. Modificamos ligeramente la redacción del 1.259 del Proyecto. Aparte de decir «entre cónyuges», en lugar «de un cónyuge a otro», transporta las palabras en que se centra el contenido normativo del precepto del final al principio del mismo. «Será nula», pasa a encabezar el artículo: «Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio.» Nueva redacción con la que queda más claramente expresada la ordenación lógica. Al juicio imperativo del artículo 1.334, que tiene un sujeto universal, dentro de su género delimitado: «toda donación entre cónyuges», y un predicado afirmativo: «será nula», se le añade una limitación consistente en una determinación de tiempo: «durante el matrimonio».

Estas tres últimas palabras serían totalmente inútiles referidas a las donaciones entre cónyuges: Si una donación es otorgada entre cónyuges es redundante añadir que es otorgada durante el matrimonio. De lo contrario, donante y donatario no serían cónyuges ni la donación, por tanto, podría titularse entre cónyuges.

En cambio, esa determinación de tiempo, referida al predicado «será nula», matiza y limita el sentido de éste. En armonía, precisamente con sus antecedentes históricos, vigentes al promulgarse el Código civil. A éste, como a sus precedentes romanos y de Partidas, le interesa el tiempo de la consumación más que el del otorgamiento de la donación. No admite la validez durante el matrimonio de las donaciones; su otorgamiento y su ulterior validez no le preocupan.

Por eso, el artículo 1.334 no impide la conversión, sino que implícitamente la facilita y ordena al limitar la nulidad *durante el matrimonio*. Frase que, aun cuando no existiera la figura jurídica de la conversión, debería llevarnos a un resultado práctico parecido al logrado a partir de la *Oratio*. La determinación de tiempo nos recuerda más la construcción de D'Ancona, del *negotium imperfectum*, que al negocio absolutamente nulo.

Por todo ello, no queremos concluir sin formular antes dos preguntas:

Si el sentido gramatical (la sintaxis no puede despreciarse) y lógico (no puede presumirse que el legislador haya sido redundante al decir «donaciones entre cónyuges durante el matrimonio») concuerda con los antecedentes históricos, con el Derecho vigente al publicarse el Código civil, y con el sentido común y moral, ¿por qué adoptar una interpretación distinta? ¿Por qué presumir que el legislador fué redundante, faltó a la sintaxis, modificó el derecho a la sazón vigente y, además, impuso una disposición menos justa y equitativa?

Rogamos al paciente lector que medite la respuesta, como nosotros hemos procurado hacer.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

