

# Donación y reversión a personas futuras <sup>(1)</sup>

IGNACIO NART

Notario

Una de las más prestigiosas figuras del Notariado, don José Luis Díez Pastor, se ha venido preocupando estos últimos tiempos por el problema de las disposiciones patrimoniales *inter-vivos* y *mortis-causa* en favor de *nascituri*. Sobre este tema pronunció tres conferencias: una el año 1948 en la Academia Matritense del Notariado, otra en 1949 en la Universidad de Verano de Santander y, la última, en 1950 en el Colegio Notarial de Barcelona. Ninguna de ellas ha sido publicada hasta la ahora; pero han llegado a nuestro poder notas muy completas (2), cuya lectura nos ha apasionado por lo magistral del planteamiento, profundidad y exposición y, a nuestro modesto juicio, equivocación de conclusiones.

Por ello vamos a intentar una refutación del admirado compañero y maestro, aunque anticipada en el tiempo, seguros de que él ha de apreciar más la divergencia razonada que la recepción pasiva de sus ideas. En este caso se trata, pues, de un estudio que implica una discrepancia y un homenaje: una acción de gracias, en fin, hacia quien remueve cuestiones jurídicas de un modo tan sugestivo e inteligente que nos hace pensar y reaccionar (3).

De aquí que esta exposición le siga más o menos inicialmente, para aprovechar su claro planteamiento de la cuestión y exponer sus argumentos y conclusiones. Y después, sobre su mismo planteamiento, trataremos de rebatir aquéllos y modificar éstas.

---

(1) Para redactar este trabajo aprovechamos notas de otros realizados en colaboración privada con nuestro compañero de Madrid MANUEL DE LA CÁMARA, a quien queremos rendirle lo que le debemos.

(2) Creemos que son fieles; pero si tuvieran algún error, y por tanto, atribuímos a Díez Pastor algún concepto por él no enunciado o no lo expresamos exactamente, quede sentada nuestra buena fe en ello.

(3) Lo mismo nos ocurre con respecto al profesor GARRIGUES, algunos de cuyos puntos de vista hemos combatido en varios trabajos; pero queremos declarar, con esta ocasión, nuestra admiración por este ilustre mercantilista, a quien debemos, directa o indirectamente, nuestros conocimientos sobre el Derecho Mercantil.

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA

El concepto de «persona futura» (que, como dice Díez Pastor, ofrece grandes dificultades filosóficas), no tiene relevancia jurídica, por lo que su determinación no corresponde al campo del Derecho, en el que se usa tal término y otros equivalentes (*modum conceptus, concepturus, nasciturus*), con un valor convencional, por comodidad de expresión.

El problema a estudiar respecto a tales entes no está en el *punto de llegada*, o sea, *en si es posible atribuir derechos a personas futuras*, porque la contestación negativa se impone de un modo terminante: la persona futura «no es» y la nada no puede adquirir algo.

En cambio, cabe cuestionar acerca del *punto de partida*, es decir, *el valor y eficacia de las disposiciones patrimoniales hechas por una persona presente a favor de otra futura para el caso en que ésta se actualice*, es decir:

- 1) Si en el caso de que la persona futura llegue a existir podrá entonces adquirir los derechos que de aquella disposición deriven: y supuesta la contestación afirmativa,
- 2) Cuáles serán los efectos interinos de tal disposición; y
- 3) Cómo aplicar técnicamente estos efectos, si se dan.

### 1) *Posibilidad adquisitiva del «concepturus».*

El problema de si la persona futura, una vez actualizada, puede adquirir lo que a su favor dispuso, se ha planteado corrientemente por la doctrina con una *cuestión de capacidad*, en vez de como *cuestión de posibilidad*.

Defendiendo esta verdadera orientación, Roca Sastre (4) y Díez Pastor razonan que *la persona futura, como tal, no es ni puede ser capaz o incapaz*, calificación que sólo puede atribuirse a personas existentes, y gráficamente dice el segundo que preguntarse si el «concepturus» es capaz o incapaz es lo mismo que pretender saber si es varón o hembra, cojo, manco o ciego.

(4): Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los «nasciturus», en Rev. D.º Pd.º XXX, 1946, pág. 318. «La necesidad de que el heredero exista in rerum natura al morir su causante—dice—no implica problema alguno de capacidad sucesoria, pues constituye un presupuesto legal o, mejor dicho, una *conditio iuris* de la efectividad del llamamiento sucesorio. La inexistencia de quien es llamado a una sucesión al abrirse ésta no provoca simple incapacidad sucesoria, sino algo más importante o completamente distinto. Para que una persona pueda calificarse de capaz o incapaz es preciso antes que exista: la incapacidad, como la capacidad, presupone la existencia del sujeto en cuestión. Como afirma LAFAILLE, en la transmisión mortis-causa es requisito fundamental que exista el llamado a recoger los bienes. No puede recibirlos quien no sea sujeto de derecho. Se necesita, pues, que el causante, en el momento de fallecer, encuentre a quién traspasar su patrimonio. El asunto atañe, pues, a la existencia y no a la capacidad. No se puede llamar incapaz al no concebido»

Sin embargo, todavía Lacal (5) defiende el planteamiento del problema como cuestión de capacidad, en el sentido de que, supuesto el nacimiento del favorecido por una disposición hecha a su favor cuando todavía no existía, es capaz o no de adquirir los derechos de ella derivados; pero, como vemos, cae en un juego de palabras, y llama capacidad a la posibilidad jurídica, extraña a la persona del sujeto.

No se trata, en efecto, de saber si la persona actual (que antes de serlo fué tomada en consideración como persona futura) tiene o no determinadas cualidades que sean presupuesto de su aptitud para adquirir derechos, que es la cuestión de capacidad en sentido técnico: lo que se pretende saber es, simplemente, *si es presupuesto de la adquisición la existencia del sujeto favorecido en el momento en que la disposición se otorga o toma vigencia*.

Pues bien: la solución de este problema depende exclusivamente, a nuestro entender, del momento en que ha de verificarse la adquisición del derecho que la disposición tiende a atribuir, y si ese momento es precisamente aquel en que la disposición se otorga o toma vigencia (en los testamentos, la muerte del testador), es evidente que la inexistencia del sujeto favorecido por la disposición tiene que frustrar necesariamente la adquisición; pero si tal momento es posterior al otorgamiento o a la vigencia, nada obsta para que el favorecido, inexistente entonces, pero que llegue a existir en el entretanto, pueda adquirir.

Supuestos estos principios, que consideramos axiomáticos, proyectémoslos brevemente en las sucesiones *mortis-causa* y en las donaciones.

En la esfera de las *sucesiones*, es principio general el contenido en el art. 637 del Código civil, a cuyo tenor:

«Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento mismo de su muerte.»

Ello presupone necesariamente que los sujetos comprendidos en el llamamiento hereditario que no existan (es decir, que ni siquiera estén concebidos), cuando el testador o causante muere, no pueden heredar.

La evidencia de este resultado hace innecesaria una declaración legislativa que expresamente lo consagre.

Ahora bien, hay casos en que la adquisición del derecho hereditario se retrasa hasta un momento posterior al de la muerte del causante: no hay inconveniente, entonces, en que los no concebidos antes de ese momento, pero que lleguen a estarlo cuando el mismo llegue, puedan heredar.

Estos casos, prescindiendo de llamamientos legales y fijándonos ahora sólo en los que tengan su origen en una disposición testamentaria, son esencialmente dos: *sustitución fideicomisaria* y *lla-*

(5) En tema de los *nodum concepti*, en Rev. Crit. D.º Inmobiliario, 1947, págs. 252 y sigs.

*mamiento hecho bajo condición suspensiva, sin sustitución fideicomisaria* en sentido técnico, (bien porque mientras la condición esté pendiente no se atribuya a nadie los derechos de que se trate, bien porque lo atribuido sea simplemente el usufructo de los mismos).

Aunque para ambos casos la *solución lógica* del problema debiera ser favorable a la posibilidad de adquirir de los «concepturus» que lleguen a nacer antes del momento en que haya de verificarse la restitución fideicomisario o del cumplimiento de la condición, la *solución positiva* del problema sólo consagra claramente dicha posibilidad cuando se trata de sustitución fideicomisaria.

En el otro supuesto, la ley parece cerrar el camino a tal posibilidad, al exigir que la «capacidad» para suceder se tenga, tanto en el momento de cumplimiento de la condición, como en el de la apertura de la sucesión; así resulta del párrafo 3.º del art. 758 del Código civil, que establece que «si bien la institución o el legado fuere condicional, se atenderá, además, al tiempo en que se cumpla la condición».

Los inconvenientes derivados de la aplicación rigurosa de este precepto han tratado de ser orillados, bien tratando de convertir en sustituciones fideicomisarias las disposiciones que en principio no lo son, o al menos no lo parecen (tesis de González Palomino), bien entendiendo que en nuestro Derecho el ámbito de la sustitución fideicomisaria se ensancha hasta comprender todo supuesto de vinculación, en sentido económico al menos (tesis hasta cierto punto muy similar a la anterior, que ha apuntado Núñez Lagos). (6).

---

(6) Personalmente nos adherimos a la tesis de GONZÁLEZ PALOMINO (expuesta en Anales de la A. M. del N. II, págs. 441 y sigs), y a la que coincidentemente con MANUEL DE LA CÁMARA (en Rev. de D.º Pd.º, XXXII, 1948, págs. 637 y sigs.) sostiene de que es posible, mediante subrogación real controlada judicialmente, la enajenación, partición y división de los bienes fideicomitidos (Anales, V, págs. 839 y s.), aunque la Dirección General de los Registros haya perdido una preciosa ocasión de recoger tan clara y útil doctrina en su reciente Resolución de 22 de diciembre de 1950 (B. O. de 14 de febrero de 1951), cuyo considerando tercero dice prudentemente que se ha de «examinar con máxima cautela los llamamientos hereditarios hechos en favor de nasciturus nodum concepti que no revistan la forma expresamente consignada en el art. 781 del C. c.».

Se trataba de la denegación de registración de una escritura en la que una persona enajenaba una participación indivisa de casa en cuyo usufructo había sido instituida heredera y a cuya nuda propiedad eran llamados los herederos legítimos o testamentarios de ésta. Siendo éstos indeterminados e indeterminables, la «usufructuaria» (verdadera fideicomisaria, como reconocía el mismo Registrador) acudió al Juzgado y obtuvo autorización para enajenarla «como bienes de menores» por auto dictado en 1938, pero se demoró la efectiva enajenación hasta 1947.

La escritura no era inscribible, pero a nuestro parecer por dos razones solamente: 1). que la autorización judicial se concedió para enajenar bienes de menores (personas ciertas y actuales, susceptibles de ser representadas) y no para subrogar bienes fideicomitidos (que es otra cosa distinta, y 2), que entre la autorización judicial y la enajenación habían pasado nueve años y, en

En la esfera de las *donaciones*, la aplicación de los principios que hemos expuesto nos lleva también a la conclusión de que como la adquisición del donatario no se produce hasta su aceptación, mientras ésta pueda válidamente producirse no urge la existencia de aquél.

la actual coyuntura económica, han podido cambiar radicalmente las circunstancias que habían servido de base a aquella autorización.

La Dirección sólo recoge esta segunda razón, que es de prudencia, y no la primera, que es de rigurosa técnica y, en cambio, se apoya en otras de muy dudosa aceptación, cuales son:

1) Que en nuestro ordenamiento jurídico no se regula la institución de herederos bajo la condición suspensiva (considerando 4.º). Esto no es exacto, de todos es conocida la célebre autonomía entre los arts. 759 y 799, unánimemente resuelta por la doctrina en favor del primero, o sea, en el sentido de que el heredero o legatario que, sobreviniendo al testador, muera antes de que la condición (suspensiva) se cumpla, no adquiere ni transmite derecho alguno sobre la herencia de su causante: por otra parte, el 805 dispone que «será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado»; y, finalmente, el 801 ordena que «si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse», precepto complementado por el 804, a cuyo tenor «los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente». Hay, pues, una amplia y completa regulación de la institución de heredero bajo condición suspensiva. Y precisamente en la analogía (no identidad) de esta situación con la de los herederos fideicomisarios se funda la solución del problema de la posibilidad enajenativa del heredero fiduciario, que es más que un mero administrador; y si a éste se le permiten los actos enajenativos «en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el juez, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida» (186, p. 3.º C. C.), ¿por qué no se le van a reconocer a aquél iguales posibilidades guardando las mismas garantías? Este es en síntesis el argumento de CÁMARA y GONZÁLEZ PALOMINO en prueba de su tesis y a cuyos trabajos nos remitimos.

2) Que para ser admitidos estos supuestos de delación hereditaria retar dada hay que admitir y afirmar la posibilidad de derechos sin sujeto (final del considerando 4.º), lo que lleva a estimar creada, por la indeterminación temporal de los sujetos, una situación jurídica de pendencia, con una titularidad interina conferida a la usufructuaria (considerando 5.º). En cuanto a la posibilidad de derechos subjetivos sin sujeto nos remitimos a lo que en el texto diremos más tarde; pero con respecto a la titularidad interina nos parece rara tal calificación, porque la llamada usufructuaria, tanto si lo es tal como si es una verdadera fiduciaria, tiene una titularidad definitiva, aunque sea limitada en el tiempo y en la intensidad.

3) Que la aplicación analógica «más o menos forzada», de los artículos 804 y 186 del Código civil supone prescindir del valor que ha de atribuirse a la voluntad del testador, ley de la sucesión. Ahora bien, decimos nosotros con nuestros citados compañeros: para que la voluntad del testador se cumpla y puedan adquirir los *nodum concepti* no hay más camino que el de configurar aquella su voluntad manifestada en el testamento como ordenadora de una sustitución fideicomisaria, porque si no lo hacemos así no podría llamarse, en cuanto a la nuda propiedad, a los no concebidos (29, 30 y 758 del Código civil, habría una larga vacancia de la nuda propiedad (situación jurídicamente absurda), y en el caso de llegar a faltar todos los posibles nudo propietarios, como el dominio no puede consolidarse en el nudo propietario, al fallecimiento de éste habría que llamar, en cuanto a la plena propiedad de los bienes, a los herederos intestados del causante, lo que, indudablemente, es contrario a la voluntad de éste manifestada en una clara, aunque mal expresada ordenación testamentaria.

Pero en el *Derecho francés* la cuestión no resulta tan clara, pues el artículo 906 del Code establece que «la donación exige para su validez la existencia, o al menos la concepción del donatario *en el momento de la donación*», lo que ha planteado la duda de si tal «momento de la donación» es el de la oferta o el de la aceptación, problema que, según Trasbot, ha resuelto la doctrina en el sentido más riguroso, es decir, exigiendo que la oferta de donación se dirija a persona existente.

A nuestro modo de ver, contrario a la posición francesa, no hay inconveniente en que una oferta de donación se dirija a un «concepturus», no para que la acepte como tal (lo que sería un absurdo), sino para que pueda aceptarla cuando llegue a existir, si tal cosa sucede, siempre que ello ocurra en vida del donante (633 del Código civil), con el cual perece la oferta. (Problema distinto, y que tocaremos a continuación, es el valor vinculante que tal oferta pueda tener para el que la hace.)

En nuestro ordenamiento no hay un precepto semejante al francés transcrito y comentado que pueda limitar esta nuestra posición.

Con esto dejamos resuelto el primer problema que plantea la disposición a favor de una persona futura, a saber: si una persona actual puede adquirir derechos derivados de una disposición patrimonial hecha a su favor cuando aún no estaba concebida.

## 2) *Efectos interinos de la disposición.*

Veamos ahora el segundo de los problemas que antes indicábamos, a saber: admitida la posibilidad de que el favorecido por la disposición pueda adquirir, si nace, ¿qué efectos produce en el interin la disposición?

O sea: ¿*queda el disponente vinculado, o puede revocar la disposición* que otorgó a favor de una persona futura mientras no se dé el *mero hecho* de su concepción o el *negocio* de la aceptación por el «natus» o en representación del «conceptus»?

Este problema no surge en las disposiciones testamentarias, plenamente revocables «ad nutum» por el testador (abstracción hecha de que favorezcan o no a personas futuras).

En cambio, en aquella pregunta se encierra todo el meollo de las donaciones a personas futuras, porque si contestamos que el donante-disponente no puede revocar, la donación será eficaz *ab initio* (aunque se cuestione acerca de sus efectos); pero si respondemos que sí puede revocar, negamos absolutamente toda posible eficacia de tales donaciones (al menos a las «directas» a favor de no concebidos, pues las *indirectas* o reversionales ofrecen otras características).

En definitiva, la cuestión se reduce a ésta: *la donación, ¿es un acto unilateral o es un contrato?*

Si la donación se construye como un *negocio unilateral*, su perfección no dependerá de la aceptación del donatario, aunque siga

dependiendo de éste la *adquisición*; es decir, la aceptación será siempre precisa para que el donatario adquiera (nadie adquiere sin su voluntad), pero ya no pertenece al ciclo de la perfección del negocio, que surtirá sus efectos antes de que aquélla recaiga, quedando el donante vinculado en forma tal que la titularidad que seguiría ostentando sobre los derechos donados sería una titularidad limitada, interina o provisional, en forma tal que cuando la aceptación se produjera aquellos derechos serían adquiridos por el donatario sin que el donante pudiera impedirlo.

Distinguiéndose así *perfección de la donación y adquisición del donatario*, como momentos y actos diferentes, la donación al no concebido resultará vinculante desde que el donante exprese en forma su voluntad de donar, si bien la adquisición definitiva del derecho por el donatario exigirá, por una parte, su nacimiento, y por otra, su aceptación.

En cambio, *si la donación se construye como contrato*, las soluciones serán diferentes, porque la aceptación del donatario será no sólo presupuesto de la adquisición de su derecho, sino, y además, *requisito de la perfección del negocio*.

Así, pues, mientras tanto que la aceptación del donatario no recaiga, el donante no quedará vinculado y podrá revocar libremente su oferta; y la adquisición del derecho por el donatario (si éste aún no está concebido cuando el donante dona) requerirá no sólo los dos requisitos que exige el sistema anterior (existencia posterior del donatario y aceptación por su parte), sino un tercer requisito negativo: que la oferta permanezca (lo que presupone que el donante viva y que no la haya revocado).

En este sistema, pues, se arbitra un medio para que la aceptación tenga lugar aun cuando el donatario no exista todavía (lo que parece sumamente difícil), o prácticamente hay que reconocer que la donación a una persona futura no pasa de ser una especulación teórica, porque aunque se admita que tal donación no es *per se* imposible (por no ser presupuesto de su *validez* la existencia del donatario cuando la donación tiene lugar), su *viabilidad* es prácticamente irrelevante, puesto que en tanto que la aceptación no sobrevenga, ningún vínculo atacará al donante.

A pesar de ello, la necesidad de deslindar con toda pulcritud los conceptos en materia tan propensa a la confusión, aconseja distinguir, como nosotros lo hemos hecho, entre posibilidad de adquirir el donatario (que es independiente de la perfección del negocio), y el problema de los efectos de la donación antes de que la aceptación recaiga.

### 3) *Naturaleza de los efectos interinos.*

Finalmente, en este orden general de materias que hemos ido perfilando, sólo resta por tocar una cuestión de índole puramente constructiva: si la disposición ha de surtir por de pronto efectos, ¿cómo explicar teóricamente la naturaleza jurídica de los mismos?

Para contestar a esta pregunta, la doctrina ha acudido al expediente técnico de los *derechos sin sujeto*; pero, a nuestro modo de ver, y sin que deliberadamente queramos hacer hincapié en este problema tan discutido, hablar de derechos subjetivos sin sujeto (y no por razón de pura terminología) es imposible y absurdo.

Sea cualquiera el concepto de derecho subjetivo, y salvo que quiera prescindirse de la realidad, hay que convenir en que constituye una *situación esencialmente subjetiva* que, por consiguiente, presupone necesariamente la existencia de un sujeto que se encuentre en dicha situación.

Cuando se presenten algunas de las hipótesis que han determinado que en la doctrina se hable de derechos sin sujeto, estaremos, si se quiere, ante un caso de vinculación del objeto, como quería Bekker, o de la falta del lado activo del derecho, subsistiendo el pasivo, como propuso con fortuna Ihering; pero nunca ante un derecho «completo».

La necesidad de recurrir a la idea de derechos sin sujeto es menos urgente en el caso de donaciones a concepturus; porque si se trata de donaciones directas, y en tanto los concepturus no llegan a tener existencia, seguirá siendo titular de los derechos donados el propio donante, si bien su titularidad se halle amenazada de resolución si aquéllos nacen y aceptan.

Y si se trata de donaciones por vía de reversión (como incorrectamente se suele decir), el titular de los derechos donados, con igual limitación, será el primer donatario.

Del lado de los «nasciturus» existe sólo una probabilidad (objetiva) de adquisición, tutelada precisamente por la limitación que afecta a la titularidad del sujeto actual.

## PLANTEAMIENTO CONCRETO

De la disquisición conceptual que acabamos de hacer resulta que el problema queda reducido a la pregunta presentada en el segundo punto anterior; a saber: *la donación, ¿es un negocio unilateral o es un contrato?*

En términos de Derecho positivo parece indudable su naturaleza contractual; pero, ¿es así realmente, o es artificiosa la contractualidad legal de la donación y por lo tanto, pueden y deben ser corregidas las que parecen sus naturales consecuencias, admitiendo, por ejemplo, en nuestro caso, la posibilidad de hacer donaciones a personas futuras?

Estudiemos la cuestión a través de los dos tipos de estas disposiciones: las directas y las indirectas o reversionales (según el defectuoso tecnicismo del Código civil).



## DONACIONES DIRECTAS

Es doctrina universalmente aceptada que no se puede donar a personas no concebidas por vía directa, y sí únicamente por vía de sustitución fideicomisaria, o, como impropriamente dice nuestro Código civil, de reversión.

El fundamento de esta doctrina es la concepción rigurosamente contractualista de la donación, aceptada legislativamente por los Ordenamientos jurídicos, porque siendo la esencia del contrato el «cruce de los consentimientos», como dice Carnelutti, no cabe admitir la viabilidad de una oferta a un no concebido, que habría de perpetuarse indefinidamente hasta el momento, incierto en el *an* y en el *quando*, en que la persona futura se actualice y acepte directamente o por su representación legal.

Así expuesta, esta doctrina es equivocada, porque como ya dijimos antes, la concepción contractualista de la donación sólo se opone a la irrevocabilidad del negocio dispositivo, que califica de *medio negocio*, es decir, de oferta contractual: y esta oferta ya vimos que, si bien ha de ser aceptada en vida del donante por el *natus*, o por el representante legal del *conceptus*, puede haber sido hecha a éste cuando aún era *concepturus* y mantenida vigente durante la vida del donante sin acto explícito, porque es indiferente al Derecho que el oferente haya olvidado su oferta o aun se arrepienta de ella, mientras tal estado de ánimo no cuaje en una declaración contraria a la que primeramente hizo.

La concepción contractualista de la donación sólo lleva necesariamente consigo la posibilidad de revocación *ad nutum* de la oferta hecha por el donante.

Ahora bien: conviene investigar si la concepción contractualista de la donación viene impuesta por su propia naturaleza o si, por el contrario, debe admitirse la posibilidad de que el donante quede vinculado por su sola voluntad.

## POSICIÓN DE DÍEZ PASTOR

Afirma Díez Pastor la posibilidad de donaciones directas a favor de personas futuras, apoyándose en tres argumentos: teórico, histórico y de interpretación analógica del Derecho positivo.

a) *Argumento teórico*.—El problema de la donación a favor de personas futuras se integra en el más general de la *voluntad unilateral como fuente de las obligaciones*, y, como para éste, hay que admitir que una cosa es su normación positiva y otra su posible solución en el terreno de la lógica jurídica.

Y desde este ángulo de visión, piensa Rocco que ningún inconveniente se opone a la posibilidad de que el acto de voluntad de una persona engendre para ella una situación de vinculación irrevocable, aunque la atribución patrimonial, para consumarse defini-

tivamente, requiera la aceptación del favorecido, porque no hay inconveniente en que la norma positiva, en vez de exigir dos límites a uno el número de actos que integran el supuesto de hecho del que depende la producción del efecto vinculante.

Si hay algún negocio jurídico (atributivo) que pueda construirse de esta forma—continúa—, es la donación, porque en ella el centro de gravedad se halla en la declaración del donante, que es quien se empobrece sin ninguna contrapartida, al par que la declaración de aceptación del donatario es profundamente distinta de la que se presta en un contrato sinalagmático, en el que se acepta asumiendo una obligación cuyo cumplimiento empobrece el patrimonio, mientras que la aceptación del donatario se limita a consumir la adquisición de un beneficiario.

A pesar de esto, la donación se ha construido como contrato, exigiendo la aceptación del donatario, no sólo para consumir su adquisición, sino para el perfeccionamiento del negocio jurídico del donante y dejarle vinculado, si bien desde antiguo se han ideado expedientes que suavicen los extremos rigoristas que resultan de tal concepción.

b) *Argumento histórico*.—La donación no apareció en el Derecho romano como un negocio típico, sino como causa de una atribución patrimonial que se realizaba por medio de los antiguos negocios formales dispositivos (*mancipatio, in iure cessio*), más frecuentemente por *stipulatio* y también después por *traditio*.

Y como no era un negocio independiente, no cabe cuestionar acerca de si era o no negocio bilateral; pero que no repugnaba la unilateralidad a su esencia lo prueba la *pollicitatio*, o promesa hecha a un municipio.

La doctrina romanista tradicional entendió la *pollicitatio* como prototipo de la promesa unilateral vinculante y, por tanto, como excepción al principio de la necesidad de un negocio bilateral para que haya obligación.

Albertario, en un detenido estudio sobre la materia, estima que la solución en este sentido no es clásica y que, por consiguiente, en la época anterior a la revolución bizantina la *pollicitatio* no obligaba mientras no existiese un principio de aceptación tácita; pero en el Derecho justiniano la eficacia unilateral de la promesa fue plenamente admitida. Y a diferencia de lo que sucedía en el Derecho clásico, la *pollicitatio non ob honorem*, pero hecha con una justa causa (en el sentido de un justo motivo), se estimó obligatoria.

Se llegó así a sancionar la eficacia de promesas unilaterales a título gratuito, sin duda alguna (ya que la naturaleza gratuita de la *pollicitatio ob honorem* no parece muy defendible).

A pesar de que, como se acaba de indicar, la donación no fue necesariamente concebida como acto bilateral en el Derecho romano, de este Derecho procede la tendencia a estructurarla como contrato, como mecanismo de oferta y de aceptación.

Se debe ello a que de las diversas formas que de realizarse tiene la donación, la que deja marcada en ella más hondamente su huella es precisamente la *stipulatio*.

De ahí la tendencia que se observa en el Derecho intermedio a construir como contrato a la donación.

Esto no obstante, la convicción indicada no está demasiado arraigada en el ánimo de los juristas, y éstos vacilan ante una serie de supuestos en que se pretende, por lo menos por un fuerte sector de autores, consagrar la irrevocabilidad de la donación no obstante ser muy difícil estructurar la *ab initio* como contrato.

En nuestro Derecho, las Partidas sitúan la donación entre los contratos, sin exigir para ella, sin embargo, las formalidades de la *stipulatio*, no obstante lo cual se exige el consentimiento para su perfección.

Pero lo mismo que en el Derecho bizantino, encontramos supuestos en que la aceptación se esfuma: son los casos de donación a personas desconocidas o la donación hecha al que está ausente (en sentido material): la llamada donación «al que está en otra tierra». Ante este tipo concreto de donación, las Partidas se limitan a exigir que el que dona lo haga por «carta o mensajero» y por medio de él dé a conocer al donatario qué es «señalamente lo que le da».

No dice la ley si la aceptación es o no necesaria para que quede irrevocable la donación, ni precisa el momento en que la donación se perfecciona.

Ante la necesidad de resolver este problema, la doctrina se dividió. Unos autores (Gregorio López, Molina, Salgado de Somoza y Gutiérrez) entendieron que la aceptación seguía siendo necesaria, y se fundaban en la doctrina del Derecho común generalmente admitida y formada bajo el influjo indirecto de la antigua forma de la *stipulatio*, y rechazaban el argumento derivado de la ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá, apoyándose en que la referencia de esta ley a la *pollicitatio* no significaba que sancionase el principio contrario al dogma del consentimiento, sino simplemente quería expresar la innecesidad de formalidades en los contratos.

Hay que convenir en que quizá esta interpretación fuera más ortodoxa, pues en la práctica y en la doctrina el término *pollicitatio* había perdido su riguroso significado técnico, y lo mismo se empleaba para designar la declaración unilateral vinculante que la simple oferta de contrato, y aun incluso el simple pacto.

Otra corriente doctrina mantiene un criterio opuesto: Rodrigo Suárez, Pedro de Dueñas, Antonio Gómez, Antonio López, Diego Pérez, etc., consideran, en base a la eficacia de la *pollicitatio* sancionada en el Ordenamiento de Alcalá, que la donación hecha al que está en otra tierra es válida sin necesidad de nuncio ni epistola.

Sin embargo, ni uno ni otros defienden abiertamente sus convicciones.

Los primeros llegaron a admitir la eficacia y la irrevocabilidad de las donaciones sin verdadera aceptación, mediante el expediente de la renuncia o promesa de no revocar sancionada por juramento (Gregorio López), o de la aceptación por el ausente realizada por el ausente realizada por el notario autorizante.

Los segundos, aunque parezca paradójico, tratan también de amparar la irrevocabilidad en fórmulas parecidas y, especialmente, en la *aceptación celebrada por medio del notario*.

La posibilidad de que el notario autorizante aceptase por el donatario que no estaba presente, o que, en general, no podía aceptar, tiene, además de la aplicación práctica que acabamos de indicar, otra no menos importante para nuestro estudio.

Una antigua *práctica francesa*, que arrancó de la costumbre de hacer en contrato matrimonial donaciones a los hijos, estipulando por ellos el notario, fué extendida por la Jurisprudencia a supuestos en que no se trataba de contratos prenupciales.

En nuestra patria fué discutido si era o no posible que el notario estipulase por el no presente, y si bien de las Partidas parece desprenderse que fuera de juicio tal cosa no era posible, la práctica, interpretando la ley antes citada del Ordenamiento de Alcalá, entendió que podían estipular, aun fuera de autos, los escribanos públicos y reales.

Quedaba en pie, sin embargo, el problema de si la donación aceptada por el notario tenía o no carácter revocable por el donante en tanto el donatario no ratificase la aceptación.

Las Partidas no resolvieron el problema, pero la práctica y la corriente de opinión dominante se pronunciaron por la irrevocabilidad, reforzando en este sentido los notarios su intervención con cláusulas de estilo en que el donante renunciaba a su facultad de revocar.

Que tal fué la solución que debió imperar en el Derecho inmediatamente anterior al Código, lo evidencia la opinión de García Coyena, quien sostenía que en tales casos la donación quedaba tan firme como si el donatario mismo la hubiese aceptado.

Pero es más: los anotadores de Febrero, cuya doctrina puede considerarse como la más recibida en la práctica, llegan a sostener que el dona a un ausente ya no puede revocar, y que el donatario puede aceptar, aun después de muerto el donante, todo ello sin necesidad de que el notario estipule para él.

La solución de Febrero, como dice Díez Pastor, es lógica: el notario no puede intervenir en el negocio en la misma forma en que hoy lo hace el que llamamos estipulante en la estipulación en favor de tercero, porque no está interesado en el negocio. También es evidente que no puede intervenir como parte: finalmente, no puede decirse que represente al donatario, a quien desde luego no puede obligar.

La voluntad del donante, dice gráficamente Díez Pastor, se refleja en él como la voz en el muro y con el eco finge otra persona;

el notario hace, pues, de mero elemento que simetría formal: el negocio se perfecciona, en realidad, unilateralmente.

La intervención del notario es sólo un tributo estéril a la preocupación contractualista, y por eso mismo termina por desaparecer.

A pesar de que nuestra tradición jurídica no estaba aferrada, en el fondo y en modo alguno, a una construcción contractualista del acto donatario, el Código civil no siguió sus huellas, sino que se inspiró directamente en el espíritu y en la letra del Código civil francés.

En el *Derecho francés* se había producido una reacción contraria a la práctica antes aludida del notario estipulante, que había sido aceptada unánimemente por los doctores hasta el siglo xvi.

El Ordenamiento de Villiers Cotterets (1539) exigía la aceptación del donatario en presencia del notario, y si éste estipulaba por aquél, la donación era revocable hasta ser aceptada, y, según Pothier, el donatario antes de aceptar no adquiría ningún derecho y la aceptación no retrotraía sus efectos hasta el tiempo de la donación. Finalmente el art. 5.º de la ordenanza del canciller D'Aguesseau (1731) prohíbe al notario estipular por el ausente y declara ineficaz tal estipulación.

El Código civil francés concluye de dar a la donación una estructura formalista, trasladando el momento de su perfección al del conocimiento de la aceptación por el donante, y, además, como ya hemos dicho, el artículo 906 exige que el donatario esté concebido al tiempo de la donación, con lo que parece cerrarse el camino a toda liberalidad en favor de personas futuras.

Nuestro *Código civil* no contiene una regla que formalmente prohíba las donaciones a favor de no concebidos.

Por lo mismo, y según decíamos antes, ningún inconveniente hay en aceptarlas, en principio, como válidas y entender que surtirán sus efectos si el donatario llega a nacer y acepta en vida del donante y antes de que la donación haya sido revocada.

Ahora bien y como también dijimos, el interés práctico de esta posibilidad es escaso, porque el esfuerzo de la doctrina tradicional en este sentido lo que procuró fué conseguir la irrevocabilidad antes de la aceptación y hacer viable ésta aun después de muerto el donante.

Pues bien: ambos resultados parecen completamente inasequibles en el Código civil, porque aunque este cuerpo legal define la donación, no como contrato, sino como acto, hace de la aceptación del donatario punto fundamental de la perfección del contrato.

La aceptación aparece ya recogida como elemento esencial en la definición legal de la donación (art. 618); en el art. 630 se establece que el donatario debe aceptarla por sí o por apoderado con poder especial o con poder general y bastante, so pena de nulidad; en el art. 629 se dice que la donación no obliga al do-

nante ni produce efecto sino desde la aceptación; el art. 623 (diversamente interpretado al ponerlo en relación con el 629) establece que la donación se perfecciona cuando el donante conoce la aceptación del donatario, y, finalmente, del art. 633 resulta que la aceptación ha de hacerse en vida del donante.

Ante el conjunto de normas que antecede parece realmente imposible pensar en la irrevocabilidad de la donación antes de la aceptación.

Pero, ¿será posible que alguien acepte por el no concebido con la finalidad de tornar así irrevocable la donación?

Diez Pastor, después de criticar duramente esta posición cerrada del Código civil, estima que a pesar de todo es posible llegar a una solución satisfactoria, partiendo de la idea de que, si bien la aceptación de la donación (como requisito de perfección de la misma) es una exigencia del derecho positivo, tal exigencia ni viene impuesta por una tradición histórica uniforme (antes bien, todo lo contrario), ni es tampoco una consecuencia que necesariamente se derive de la naturaleza del acto donatario, que no hay inconveniente alguno (a base de distinguir entre perfección del acto y adquisición de su derecho por el beneficiario) en construir como unilateral.

Por eso, estima que el intérprete debe sentirse en libertad al enfrentarse con el Derecho positivo sin que le aten excesivamente preocupaciones dogmáticas, ya que el mismo Código civil (como habremos después de ver) admite en la donación reversional una donación que se perfecciona sin aceptación del donatario.

Partiendo de estas ideas, Díez Pastor cree que en principio no hay inconveniente que el posible padre de los donatarios «*nondum concepti*» acepte por ellos.

Se suele presentar como obstáculo a esta tesis el art. 627, que al otorgar la representación del concebido pero no nacido a las personas que le representarían de haber tenido lugar su nacimiento, parece excluir, mediante una interpretación a «sensu contrario», que los concepturus puedan ser representados.

A ello opone Díez Pastor que mejor que este criterio interpretativo, fundado en el aforismo, no demasiado seguro, «*inclusio unius exclusio alterius*», debe aceptarse la regla, mucho más lógica, de que cuando hay igual razón debe aplicarse la misma regla de derecho.

Las dificultades teóricas que puedan derivarse del concepto de representación no pueden oponerse como obstáculo insuperable para resolver un problema que el nuevo Código italiano corta radicalmente atribuyendo al padre la representación de sus hijos futuros, y que el Código alemán decidió proveyendo de un curador para la administración de los bienes dejados a concepturus.

CRÍTICA A DÍEZ PASTOR.—Esta es la línea del pensamiento de Díez Pastor, cuyo esfuerzo no apunta, en el fondo, a donde parece (viabilidad de las donaciones directas a personas futuras),

sino a construir por la vida de la donación reversional verdaderas sustituciones fideicomisarias... sin sustitución fideicomisaria, figura ésta que él cree admitida en el Código civil como cosa excepcional, que sólo puede darse con precisas y estrechas circunstancias. Con esta visión teórica y la de la vida que impone la realidad de las vinculaciones de bienes, trata de hacer éstas viables por el camino de las donaciones a personas futuras, en vez de aceptar el criterio de González Palomino, que tiene un concepto amplio de la sustitución fideicomisaria, ya que dice que lo es tanto la que sea llamada por su «nombre» como la designada por sus «señas», es decir, la construida como tal, aunque no se la «bautice».

El fallo de su razonamiento intentaremos descubrirlo siguiendo todos sus pasos.

1) *Critica al argumento teórico.*—Frente a la solución conceptual de que la voluntad unilateral puede ser fuente de obligaciones levantamos un definitivo obstáculo en este caso concreto: *nos repugna admitir una autovinculación sin interés actual para alguien.*

En el terreno de los intereses prácticos, la donación «al que está en otra tierra» de nuestro Derecho histórico (interés actual de alguien) no es igual al de la donación a persona futura (interés de nadie, porque el que no existe, aun es nadie).

Nuestro Código tiene un espíritu contrario a la admisión de tales vinculaciones, porque (abstracción hecha de cuestiones teóricas sobre el valor de la voluntad con energía creadora de obligaciones) el dogma contractualista obedece a la idea de que *no cabe admitir obligación sin titular activo de un interés actual, sin que pueda bastar un interés futuro que, como la persona futura, es también y por de pronto un interés inexistente.*

2) *Critica al argumento histórico.*—El argumento histórico expuesto por Díez Pastor es ineficaz por incompleto.

Lo forma a base de la falta de tipicidad original de la donación, en que esta tipicidad fué «deformada» por la preponderancia de la «stipulatio» y en pretendidas desviaciones en un breve momento histórico, y vamos a examinar brevemente estos tres apoyos para dar su completa refutación.

Es cierto, en efecto, que *la donación careció de tipicidad originaria* y que vivió acogida a las formas solemnes y *abstractas* (abstractas, notémoslo bien) de la *mancipatio*, *in iure cessio* y *stipulatio*... *como todas las demás razones transmisivas, que al adquirir la relevancia jurídica de «causas» dieron origen a las formas contractuales típicas que hoy manejamos.*

Por no citar más que un ejemplo definitivo, tomemos la hipoteca, creada por evolución desde un «*pactum fiduciae*» superpuesto a una transmisión por «*mancipatio*» o «*in iure cessio*» de «*res Mancipi*», pasando por la «*traditio*» *pignoratitia* de cosas «*nee Mancipi*» y terminando por llevar 'al través del «*interdictum Salvianum*» y de las «*actio Serviana et quasi Serviana*») a la atribu-

ción al acreedor, por obra de una «nuda conventio» de un derecho real pretorio sobre la cosa, que la facultaba para adquirir su posesión al vencimiento de la deuda impagada y proceder a su venta para cobrarse con su precio (7).

De modo que la atipicidad original no prueba nada y en cambio vamos a ver cómo la formación evolutiva de la donación llevó, fatal y necesariamente, a conformarla como negocio bilateral.

La formación negocial de la donación se obtuvo de rechazo y como resultado de la corrección y fijación de estado a que había llevado el régimen limitativo de las liberaciones creado por la «lex Cincia de donis et munéribus».

La «lex Cincia», que el tribuno M. Cincius Alimentus propuso e hizo aprobar (y que no ha llegado íntegramente hasta nosotros, no obstante lo cual se conoce en lo fundamental su contenido), tuvo por fin prohibir, salvo excepciones, «dona et munera»

Cuáles fueron las razones concretas que determinaron esta prohibición es cosa que a Savigny pareció un misterio, toda vez que, a su juicio, el espíritu romano era de suyo muy poco propenso a la liberalidad, por lo que no parecía tener justificación práctica muy clara una prohibición, como la de la ley Cincia, general y rigurosa.

Pero sin desconocer que el espíritu romano de los antiguos tiempos era muy poco propenso a la liberalidad, es probable que en la época en que fué dictada la ley, como por otra parte parece resultar de Cicerón, se hubiesen hecho frecuentes dilapidaciones que alarmaron el espíritu conservador de los romanos.

Sea de ello lo que se requiera, lo cierto es que la ley Cincia prohibió, salvo contadas excepciones, «dona et munera».

Del contenido, pues, de esta ley parece seguirse que, en realidad, lo que con ella hizo fué, más que establecer una limitación, impedir la vida jurídica de las liberalidades.

Sin embargo, lo que resultó de su aplicación práctica fué una verdadera limitación en favor del donante, ya que el decir de Biondo Biondi (8), cualquiera que pudo ser la razón de la prohibición, el pretor y la jurisprudencia le entendieron no como prohibición de dar y de recibir una donación, sino como *prohibición para el donatario de constreñir al donante a la ejecución de la donación*.

No sabemos si la aplicación primitiva de la lex Cincia llevó consigo sanciones más rigurosas (sobre lo que han presentado diversas conjeturas Karlowa, Cuc, Mitteis, Wlassack, Beseler y otros); pero lo cierto es que, en la época de la que tenemos datos ciertos, la aplicación de la ley no aparejaba la nulidad de las donaciones que caían dentro de su ámbito, que eran todas menos las expresamente exceptuadas, por cierto, las entre cónyuges.

(7) Véase a ARIAS RAMOS, *La doctrina de la «conventio» y el origen de la hipoteca romana*, en «Revista de Derecho Privado», XXVII, 1943, págs. 213 y 85.

(8) *Successioni testamentaria, donazioni*, pág. 636 y siguientes, de quien tomamos las otras citas no registradas especialmente.



El primero y uno de los principales efectos prácticos de la prohibición, tal como la entendió la jurisprudencia, fué la llamada *exceptio legis Cinciae*, concedida al donante contra la pretensión del donatario tendente a obtener el cumplimiento de la donación, su ejecución efectiva.

Si el donante ha hecho «*manipatio*» o «*in iure cessio*» o ha prometido mediante «*stipulatio*» (recuérdese que la donación en el Derecho clásico no es un negocio típico, sino solamente una causa de atribución patrimonial, que se realiza acudiendo a diversas formas negociales), sin transferir la posesión de la cosa, como el negocio típico empleado «*iure civili*» es productivo de efectos, el donatario puede obrar contra el donante; pero su acción queda paralizada con la «*exceptio legis Cinciae*».

En estos casos, *la donación sólo queda firme con la transferencia de la posesión o el cumplimiento de la prestación.*

En régimen de la *lex Cincia* lleva, pues, a la formación del concepto de *donatio perfecta*, no bien delineado en las fuentes, y que es la que deviene definitivamente irrevocable y firme por no poder ya utilizar el donante ninguno de los remedios expuestos, según la naturaleza del negocio y la índole concreta de la donación.

La «*donatio perfecta*» (concepto que guarda cierto paralelismo con el de «*emptio perfecta*») no es, pues, lo mismo que donación celebrada.

El paralelismo sólo es admisible en orden a las donaciones que excepcionalmente queda fuera de la prohibición de la *lex Cincia*.

Para las demás, la «*perfectio*» sólo tiene lugar cuando, por no disponer el donante de ninguno de los medios concretamente previstos para cada caso, destinados a dejar sin efecto la donación, esta queda *firme y definitiva*:

De todo esto resulta, como dice Biondi (9) que la *lex Cincia* no se extendió realmente como ley prohibitiva, *sino como garantía contra donaciones impremeditadas*, puesto que se escinde la donación en dos momentos: la celebración del acto y su definitiva ejecución.

Se trata en realidad (fueren los que fueren los motivos que tuvo el legislador para dictar la ley) no de hostilidad hacia la donación, sino de permitir al donante reflexionar todavía en un segundo momento sobre la oportunidad de la atribución por él hecha.

En vista de la gratuidad, se quiere excluir el carácter definitivo del acto hasta que la donación sea el producto de una voluntad firme y permanente de hacer una atribución patrimonial sin compartida.

La prohibición se transforma, «*de facto*», en una facultad de

(9) Cit. pág. 645.

revocar la donación, aunque siempre dentro del ámbito de los medios jurídicos especialmente concedidos al donante, según la índole particular de cada caso.

El sistema de la *lex Cincia*, tal como lo hemos delineado, es el que caracteriza al Derecho clásico.

Al adelantar la evolución jurídica, este régimen va experimentando paulatinas modificaciones.

En primer término, modificación importante es la de que supone la llamada *confirmatio donationis*: mientras al principio los herederos del donante podían ejercitar los mismos medios que hubiera podido emplear éste para dejar sin efecto la donación, Papiniano admite que cuando el donante haya muerto sin mudar su voluntad respecto a ella, el donatario podrá replicar a la «*exceptio legis cinciae*» opuesta por los herederos con la «*replicatio doli*».

Esta decisión es confirmada legislativamente por Caracalla, quien fija el principio «*morte Cincia removetur*», en virtud del cual los herederos no pueden ejercitar ninguno de los medios que se reconocieron al donante para dejar sin efecto la donación.

El principio «*morte Cincia removetur*» hace que el donatario adquiera definitiva e irrevocablemente a la muerte del donante: mas ello no implica que el donatario adquiera «*mortis causa*», como lo prueba que los «*Latinus Iunianus*», que no podían «*capere mortis causa*», podían, sin embargo, conservar las donaciones por premoriencia del donante.

Una fase importantísima en la historia de la donación está representada por una Constitución de Constantino. ley ésta no siempre apreciada en su verdadero valor.

Así, por ejemplo, Savigny la considera como un simple instrumento para la redacción de documentos referentes a donaciones; pero, en realidad, *es el punto de partida para una regulación totalmente nueva del instituto*, porque la ley de Constantino *afecta de una manera directa e inmediata a la forma de las donaciones*.

Durante toda la época clásica, la donación, que no es un negocio típico, no tiene una forma determinada: en cada caso son de aplicar los requisitos de forma pertinentes, según la naturaleza del acto que se utilice para cumplir la donación.

Tratándose de donaciones traslativas de la propiedad, la «*traditio*» no era forma de un negocio donatorio (que como negocio típico no existía), sino medio de volver irrevocable, de hacer «*perfecta*» la donación; pero al evolucionar el Derecho romano van admitiéndose una serie de casos en que la «*donatio*» no necesita de la «*traditio*» para ser perfecta, sembrándose la confusión en orden a cuáles eran exactamente esos casos.

Constantino, para hacer desaparecer la incertidumbre, adopta un sistema general de formalidades para las atribuciones traslativas de derechos, realizadas «*donationis causa*».

No pudiendo adoptar el tipo de la «*mancipatio*», ya en desuso.

establece bajo pena de nulidad el acto escrito, la «traditio» y el depósito del documento «apud acta».

Las modificaciones posteriores actúan sobre el requisito de la tradición, que se elimina como innecesario, y sobre la «insinuatio», que en el derecho Justiniano se exigirá solamente para las donaciones de más de 300 sueldos (límite que después es elevado por el mismo Justiniano a 500), y se excepcionan algunas donaciones de estas formalidades.

Ahora bien: *estas reformas, que miran directamente a las formalidades de la donación, tienen una repercusión fundamental en otros aspectos.*

Por una parte *contribuirán poderosamente a la concepción de la donación como negocio típico*: donaciones serán aquellos actos de liberalidad para los cuales se prescriben esas formas especiales que hemos indicado.

Frente a unas normas, como son las que se inician con Constantino, que establecen unas *formalidades autónomas y generales para un grupo de liberalidades*, se hace necesario saber cuáles de esas liberalidades quedan sujetas a la ley, y *éstas constituirán ya una categoría específica, separándolas del resto indefinido de posibles actos de liberalidad.*

Y siguiendo esta orientación, *se concebirán sólo como donaciones en sentido estricto*, en la ley de Constantino, *la donación real*, y en el Derecho justiniano, *las atribuciones patrimoniales, consistentes en el traspaso de un derecho o en la constitución de una obligación de dar.*

Por otra parte, estas modificaciones en orden a la forma determinan otro cambio fundamental.

Desde el punto de vista de la *transferencia de la propiedad*, regulada en forma autónoma la forma de la donación y eliminada de ella la tradición, *resultará suficiente para Justiano el cumplimiento de las formalidades establecidas* para que la propiedad se entienda transmitida *aun sin tradición* (10).

Esto constituye un interesantísimo precedente para nuestro derecho que, a nuestro juicio, tampoco requiere la tradición para que la donación transfiera la propiedad (11), como evidencia el art. 609, según el cual: La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción».

Queda, pues, visto cómo *la donación*, al dejar de ser el motivo

(10) BRONDO BIONDI, cit. pág. 688.

(11) En este sentido, aunque sin citar este precedente histórico, y en forma quizá un poco vacilante, se pronuncia CALVO SORIANO en su magnífico estudio *Tradición y donación*, en «Anales de la A. M. del Notariado». III, páginas 404 y siguientes.

irrelevante de la celebración de un negocio transmisivo abstracto, para elevarse a causa jurídicamente relevante, *halla su vestidura funcional*, su forma (forma dat esse rei) *en un negocio bilateral solemne*, en el que la solemnidad es, no «forma de valer», sino «forma de ser» (en la nueva terminología, exacta y expresiva, de González Palomino).

En el Derecho intermedio se presentan las aparentes desviaciones a la concepción contractualista de la donación que hemos señalado antes, tomándolas de Díez Pastor, que en ellas se apoya.

Pero, si bien se mira, la práctica francesa y española de que el Notario aceptase por el ausente significa cabalmente que tal aceptación era absolutamente necesaria, por lo que *el Notario actuaba como gestor de negocios ajenos sin mandato, produciendo una «utiliter coeptum», unas ventajas, que impedían jurídicamente la desautorización del donatario «dominus negotii», ya que el donatario ausente era una persona actual que, como tal, podía ser representada* (12).

El error de la práctica no era el funcional, sino el instrumental, pues el Notario no debe ser otorgante. La opinión de los anotadores del Febrero no es más que... una opinión... aislada y equivocada.

3) *Crítica del argumento analógico*.—Afirma Díez Pastor que el art. 627 del C. c. debe interpretarse no restrictivamente, sino extensivamente y por analogía, y por lo tanto, que el posible padre de los donatarios «concepturus» puede representarlos en la aceptación de la donación dispuesta a su favor.

A esta tesis hay que oponer, en primer lugar, que tal representación no podría resolver todos los problemas de la tutela de

(12) Esta es la explicación conceptual que se nos ofreció como clara; pero NÚÑEZ LAGOS (*Hechos y Derechos en Documento público*, página 215 y siguientes, obra que llegó a nuestras manos después de redactado este trabajo), con su profunda erudición, nos da una explicación histórica perfecta de esta anomalía, que confirma aquella nuestra: «La Partida 5.<sup>a</sup>, título XI, ley VIII—dice—excluyó terminantemente la representación voluntaria directa; pero la ley VII recogió un mecanismo para adquirir muy cercano...: la adquisición por el siervo producía directa e inmediatamente sus efectos sin necesidad de cesión de acciones alguna, en cabeza del señor.» Partiendo de esta base—dice BUSI en *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, página 304—, los doctores del Derecho común elaboraron una teoría ya por nosotros divulgada. Observaron que los notarios desempeñaban un *munus publicum* en cuanto les era demandada la redacción de los documentos, que tenía valor *erga omnes* de los hechos en ellos narrados ocurridos a la presencia del notario. Como tales, no pudiendo rehusar su oficio a quien se lo reclamaba, fueron llamados siervos públicos... De este punto, a afirmar que el notario, como *servus publicus*—sigue BUSI—tuviera facultad para adquirir por quien ausente, o todavía *no in rerum natura*, recibía por herencia o donación un derecho real o un derecho de obligación, no había más que un paso. Y este paso lo dieron las Partidas en la misma ley séptima citada, que habla de la adquisición por personas *in potestate*: «E aun dezimos que los... Escribanos de Concejo... pueden rescebir promission en nome de otro..., porque éstos... son *siervos públicos* del Concejo en que biven...»

los intereses eventuales de los *nodum concepti* (por ejemplo, la enajenación y reinversión de los bienes a que estén llamados), ya que la representación que la ley atribuye al padre respecto de sus hijos *concepturus nodum nati*, aunque no se limite a la aceptación de donaciones, sólo se refiere a aquellos «efectos que le sean favorables» (art. 29), y no a los que pudieran resultarle perjudiciales; y claro es que la hipotética representación del *conceptiurus* no puede extenderse a más de lo que se extienda aquella en la que se funda por analogía.

En segundo lugar, si la solución de Díez Pastor fuera aceptada plantearía irreductibles dificultades prácticas: pensemos en la hipótesis de que el llamado a la representación analógica-legal de los "nasituri" fuera el mismo donante (tal es el caso de que una persona trate de hacer donación a sus propios hijos futuros).

Díez Pastor apunta que en tales casos, y si se trata de donaciones otorgadas en capitulaciones matrimoniales, deberá ser la madre futura (es decir, la ruborizada novia) la que acepte, porque—agrega—«la posibilidad de aceptar por el no concebido no se funda en una patria potestad imposible».

Pero entonces—objetamos—la aplicación analógica del artículo 627 empiece a tambalearse, toda vez que en él se atribuye la representación del concebido y no nacido «al que habría de representarle si viviese».

Claro que sabría atribuir la representación al mismo padre donante; pero en tal caso, en el que es perfectamente viable la autocontratación), no deja de resultar fuertemente anómala esta autovinculación en favor de una persona futura.

El mismo Díez Pastor reconoce que la donación hecha después del matrimonio en favor exclusivo de los hijos nacedores, no le parece viable «por lo que tiene de autolimitación en vacío de la responsabilidad patrimonial».

Así pues, ni teórica ni históricamente, ni tampoco por analogía legal, como hemos visto y veremos también en lo que sigue, podemos dar la razón a Díez Pastor.

## REVERSION DE DONACIONES

En nuestro Código civil se habla de «reversión de donaciones» para designar dos supuestos diferentes que contempla el artículo 641:

a) La hipótesis de que se establezca en la donación que lo donado vuelva al donante en determinados casos, que pueden ser libremente fijados; y

b) La de que lo donado haya de pasar a terceras personas al cumplirse determinados eventos. En este último caso la disposición queda sujeta a las limitaciones que el Código civil señala para las sustituciones testamentarias.

El término *reversión*, que se usa adecuadamente para designar la primera de dichas hipótesis, es impropriamente aceptado también para designar la segunda.

Como dice Mucius Scaevola, *reversión* es palabra que designa la idea de que lo que salió del patrimonio de una persona vuelva a él (revierta), pero no guarda correcta relación con la hipótesis de sustitución, que es de lo que realmente se trata en el segundo caso.

#### *Posición de Díez Pastor:*

Al permitirse que la *reversión* se ordene en favor de terceros, en los casos y con las limitaciones previstas para las sustituciones hereditarias, dicho se está que el Código *autoriza la donación a favor de personas futuras por la vía indirecta de sustitución*.

En efecto: entre las sustituciones hereditarias, el Código civil consagra la fideicomisaria, que precisamente admite el llamamiento a favor de quien no esté concebido a la muerte del testador, con tal de que los llamamientos que en este sentido se hagan no pasen del segundo grado.

Así, pues, el Código permite francamente que el donante al hacer la donación en favor de cierto sujeto, establezca que al morir éste (o en cualquier otro evento), los bienes donados pasen a ciertas personas, y es posible, desde luego, que talen personas sean *concepturus*, con tal de que los llamamientos que a favor de los mismos se hagan no pasen del segundo grado.

Se permite, pues, una donación mixta con sustitución fideicomisaria, o si se quiere mejor, una *sustitución fideicomisaria establecida por vía de donación*.

En esto, el Código civil sigue el criterio de la doctrina dominante, que si bien prohíbe las donaciones a favor de personas futuras por vía directa, las consiente cuando lo donado haya de pasar primero por el poder de un tercero, o donatario directo e inmediato.

#### A) *La «carga» y la «reversión».*

La *doctrina y la jurisprudencia francesas* han aceptado que en estos casos no se vulnera lo dispuesto en el artículo 906 del Code.

Cabe que al donatario se le imponga una *carga* cuyo contenido consiste en la devolución a un tercero de todo o parte de lo donado.

El beneficio de la carga (dice Trasbot sintetizando las ideas dominantes) no es ni un donatario ni un legatario: no hay en realidad, pues, que aplicarle la regla prohibitiva del artículo 906: la disposición será válida aunque se otorgue en favor de no concebidos cuando la donación se perfecciona.

Ante esta doctrina, y ante la innegable influencia que ha ejercido en nuestro Código civil, conviene preguntarse si en realidad también la posibilidad que sanciona el art. 641 ha de construirse como una modalidad de las donaciones con carga.

Para responder a esta pregunta (detrás de la cual se encierra, no una cuestión baladí, sino la solución de muchos problemas prácticos en orden a los efectos de estas disposiciones), creemos que hay que aceptar fundamentalmente un punto de partida.

Al no existir en el Código civil normas específicas que regulen los efectos concretos de estas disposiciones, parece obligado remitirse a la *sedes materiae* que el legislador ha considerado, en parte al menos, fundamental para la fijación del régimen jurídico de estas donaciones.

Será, pues, necesario poner en juego las normas y los principios que a la sustitución fideicomisaria se refieren. Ello, además, como ha dicha Díez Pastor, es plenamente conforme con lo que de la tradición resulta.

El *antecedente concreto de la sustitución fideicomisaria* del Código civil no está en el clásico fideicomiso concebido a la romana, sino en el mayorazgo; y el mayorazgo tiene en nuestro Derecho histórico dos formas claras de establecimiento: por testamento y por donación concertada con el llamado en primer lugar a los bienes amayorazgados.

La primera variedad es, sin duda, el antecedente concreto de la sustitución fideicomisaria establecida testamentariamente, y a que se refiere el artículo 781 del Código civil.

La segunda lo es de la reversión de donaciones, que encuentra en el mayorazgo constituido por medio de una donación su más clara expresión histórica en nuestro Derecho.

Pues bien, a la luz de este criterio interpretativo la asimilación de la figura creada por el artículo 641 del Código civil a una donación con carga parece imposible.

Sin duda, y empleando el concepto en un sentido lato, tanto la reversión de donaciones como la donación con carga en favor de otra persona, caben dentro de la llamada estipulación en provecho de tercero (13).

Pero si esta figura jurídica la limitamos a su configuración más característica (y así la pensamos como contrato en el cual una persona promete *propio nomine* a otra hacer una prestación en favor de un tercero), tendremos que convenir en que se darán una serie de consecuencias prácticas, que si bien podrán predicarse de la donación con carga propiamente dicha, difícilmente, en cambio, no aceptables para explicar la figura jurídica a que se refiere el art. 641, si para la misma hemos de poner en juego, en primer

(13) Seguimos la línea del pensamiento de Díez Pastor, y por eso hablamos de esa falsa figura jurídica de las estipulaciones a favor de tercero, que para nosotros son simples casos de representación, en los que la acción del tercero contra el promitente se funda en la ratificación o en la *utiliter coeptum* de aquél, es decir, que identificamos el contenido de los párrafos segundos de los artículos 1.257 y 1.259 del Código civil. Así lo hemos sostenido en un trabajo titulado *Notas sobre los contratos a favor de tercero*, en «Anales de la A. M. del Notariado», V. páginas 449 y siguientes.

lugar, normas y principios referentes a la sustitución fideicomisaria. Para verlo, confrontemos esas consecuencias:

1) En la estipulación en provecho de tercero propiamente dicha, y en la donación con carga, hay, desde luego, una liberalidad indirecta del estipulante (donante) al beneficiario, pero la adquisición, de quien se efectúa es directamente del promitente.

Pero según la opinión dominante, en la sustitución fideicomisaria, el fideicomisario recibe directamente del causante los derechos que adquiere. Como dice Von Tuhr, el fideicomisario adquiere directamente del testador una expectativa, que es lo que funda directamente su adquisición cuando muere el fiduciario. En ningún caso puede considerarse al fideicomisario como sucesor jurídico del fiduciario.

2) En la estipulación en provecho de tercero, y en la donación con carga propiamente dicha, la restitución al beneficiario no se realiza automáticamente al llegar al evento previsto por el disponente.

La donación *sub modo* crea sólo una obligación personal del donatario hacia el beneficiario, y un correspondiente derecho de crédito de éste para exigir el cumplimiento de la prestación.

Como consecuencia de ello, la titularidad del donatario directo e inmediato no aparece limitada por la carga (sin perjuicio de que se hayan adoptado especiales garantías); pero ellas no afectan a la facultad dispositiva plena que ostenta sobre los bienes donados.

Como efecto de este mecanismo obligacional, a las donaciones *sub modo* les afectan algunas normas relativas a los contratos onerosos: el donatario no estará obligado a ninguna prestación mientras no haya recibido lo donado; el donante estará obligado a la evicción hasta la concurrencia del gravamen; y se precisará para el donatario la capacidad de obrar.

Ahora bien, todas estas importantes consecuencias no se pueden predicar de la reversión de donaciones a que se refiere el artículo 641 del Código civil.

En primer término, porque el Código civil no confunde, sino que, por el contrario, separa la donación modal (que define en el artículo 619) de la reversión de donaciones (que estudia prescindiendo de aquel art. 641).

En segundo lugar, porque el juego de la sustitución fideicomisaria es por completo opuesto a los expresados efectos.

En la sustitución fideicomisaria propiamente dicha (según una corriente de opinión unánime y una no menor uniforme interpretación jurisprudencial), llegada la ocasión en que tiene que producirse la restitución al fideicomisario, ésta tiene lugar automáticamente, sin necesidad de acto ni intervención ninguna del fiduciario ni de sus herederos.

El fiduciario no está obligado a restituir, sino que, sencillamente, es titular de los derechos que la disposición se refiera, pero con titularidad limitada.



La aplicación de esta doctrina a las donaciones impide que la posición del primer donatario se configure como en la donación con carga.

El primer donatario no se obliga a nada: sólo recibe una titularidad menoscaba por las limitaciones que, en interés de los donatarios del segundo llamamiento, se hayan señalado.

Tampoco será preciso exigir la capacidad de obrar, si (según la interpretación dominante de las normas del Código civil, en materia de capacidad para aceptar donaciones) se estima que basta, salvo tratándose de donaciones onerosas, la simple capacidad natural para consentir. Ni el donante responderá frente al donatario por ningún saneamiento.

En fin, como dice la Resolución de 17 de diciembre de 1925, la reversión de donaciones no impone ninguna obligación personal al adquirente, sino que implica más bien «deducciones de la cosa donada».

Este dato, finalmente, acaba de demostrarnos que el donatario, en la reversión de donaciones no adquiere en realidad del llamado en primer término, sino del disponente, aunque sea por el *arcadus*, como decía nuestro Solórzano de Pereira, del primer llamado.

Las diferencias, pues, desde este punto de vista entre la donación *sub modo* y la reversión son fundamentales, y precisamente por no apreciarlas con claridad censura Pacchionni a Winscheid.

3) La validez de los llamamientos hechos en segundo término no depende de la del primero.

Ciertamente esta solución (que se condensa para muchos aspectos en la máxima de que «la sustitución fideicomisaria lleva consigo la vulgar»), no está admitida expresamente por el Código civil, ni por la Jurisprudencia.

Era, sin embargo, el criterio unánime de la doctrina en el antiguo Derecho, y no hay el menor inconveniente en admitir que sigue vigente después de regir el Código civil, pues ningún precepto del mismo se opone a ella.

Supongamos que ordenada una de esas donaciones, el primer donatario no la acepta, o muere antes de haberla aceptado: ¿implicará ello la ineficacia absoluta de la donación? Es decir, los donatarios del segundo llamamiento, ¿podrán aceptarla reclamando la entrega inmediata de los bienes donados, o ya no podrán aceptarla?

Por otra parte, y para el caso de una solución afirmativa, ¿subsistirá la eficacia de la donación al amparo del art. 641, aunque los segundos llamados sean *concepturus*?

La aplicación de las normas y principios que gobiernan la sustitución fideicomisaria deben llevarnos a una solución afirmativa, lo que, desde luego, sería imposible si hubiésemos de configurar la reversión de donaciones como un caso más de donación modal.

## B) La «reversión» y la sustitución fideicomisaria.

Pues bien, aceptadas estas consecuencias prácticas y el paralelo con la sustitución fideicomisaria, y descartando que estemos en presencia de una donación *sub modo* o de una estipulación en beneficio de tercero, en sentido técnico, ¿cómo articular la donación reversional?

Establecida la comparación con la sustitución fideicomisaria parece que hay que admitir con Díez Pastor que en el supuesto existen, en realidad, dos donaciones independientes, aunque co-nectas: una, realizada en favor del primer llamado, y otra, de actuación aplazada o condicionada, en favor de los llamados en segundo término.

Pero, ¿cuál será la naturaleza de esta segunda donación, especialmente en el caso de que, como será frecuente, el segundo llamamiento se refiere a *nondum concepti*?

Díez Pastor estima que *estamos ante un caso de donación unilateral perfecta, vinculante e irrevocable unilateralmente*, que no necesita para su perfección la aceptación de los donatarios.

Díez Pastor apoya su afirmación en el dato de que a estas donaciones, que el Código permite expresamente, no pueden serles aplicables las normas relativas a la aceptación de donaciones ordinarias, porque ello equivaldría a permitir las por un lado y a hacerlas imposibles por otro.

Si hubiera de aplicarse el artículo 633 (que exige para la perfección de la donación el que la aceptación tendrá lugar en vida del donante), ello equivaldría a impedir la eficacia de la donación reversional en favor de los donatarios del segundo llamamiento que no estuvieron concebidos en el momento de la muerte del donante; y es claro que este resultado es incompatible con lo que se desprende del artículo 641 del Código civil.

De ahí se sigue que estas donaciones no necesitan para su perfección la aceptación del donatario y devienen, por tanto, irrevocables para el donante, que ni solo, ni con la intervención del primer donatario, podrán deshacerlas.

Al referirse a la reversión, el tecnicismo legal apoya la tesis de que opera sobre ideas diferentes de la consabida articulación contractualista de la donación: dice el artículo 641 que el donante «podrá establecer» la reversión.

Se trata de una pura disposición unilateral, una *lex rei dicta*, cuya eficacia es automática.

Apurando el argumento—concluye Díez Pastor—, podría decirse que puesto que ningún inconveniente hay en configurar la segunda donación como perfecta y vinculante en virtud de la declaración del donante, y el Código implícitamente lo admite así, no existen razones para negar que lo mismo pudiera suceder con la primera, con lo que se comprueba la tesis mantenida por el au-

tor en el sentido de ser posibles, al menos teóricamente, las donaciones directas a no concebidos.

#### *Crítica a Díez Pastor:*

Tiene razón Díez Pastor al afirmar que no puede aplicarse a las donaciones reversionales, y en cuanto a los donatarios *nodum conceptus*, llamados en segundo lugar, la necesidad de la aceptación de éstos en vida del donante, que exige en general el artículo 633 del Código civil, porque ello equivaldría a negarles la viabilidad que les concede el artículo 641.

Pero no la tiene cuando las concibe como unilateralmente vinculantes ni cuando las define irrevocables «ni aun con la intervención del primer donatario», porque su concepción es radicalmente equivocada, pues parte del error común, y general en nuestra doctrina, de que en nuestro ordenamiento jurídico son imposibles las donaciones *mortis causa* (14).

Estamos conformes en ver en la donación reversional dos donaciones superpuestas: una inter-vivos, a favor del primer donatario, que precisará en todo caso la aceptación de éste, con lo que queda firme e irrevocable, y otra *mortis-cause*, a favor de los segundos donatarios, sean o no *concepturus*, que *como tal donación «mortis-cause» no precisará ser aceptada en vida del donante, y es revocable «ad nutum» por éste* (no por sus herederos).

La donación *mortis-cause* es la madre de los legados, en una época de la evolución del Derecho romano, en que el testamento contraído a la institución del heredero no permitía las disposiciones a título singular.

Reconocidas éstas, perdió importancia aquel tipo de donación; pero esto explica la analogía del tratamiento jurídico de ambas instituciones y el que los legados fueran concebidos como donaciones *mortis-cause* incorporadas al testamento.

Era la disposición patrimonial hecha *contemplatio mortis*, y por ser ésta su esencia, *el donante no abdicaba la titularidad de la cosa donada*, sino que conservaba su dominio. El tipo normal de esta donación era la hecha en consideración a la *muerte remota*, y, por su propia naturaleza y finalidad, excluía el traspaso inmediato de la propiedad (independientemente del momento de la entrega), que quedando aplazado al fallecimiento del donante, exigía la sobrevivencia del donatario. Además, era esencialmente revocable.

La posición de *nuestro C. c.*, con respecto a la donación *mortis causa*, está consagrada en el art. 620, que es del tenor siguiente: «Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante *participan* de la naturaleza de las disposicio-

(14) En el tomo V de los «Anales de la A. M. del Notariado» aparecen dos trabajos en que coincidentemente se refuta esta equivocada posición doctrinal: el nuestro, ya citado, y el notabilísimo de VALLET DE GOYTISOLO *La donación «mortis-cause» en el Código civil español*, páginas 634 y siguientes.

nes de última voluntad y *se regirán* por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria».

De este precepto deduce nuestra doctrina (Castán, Mucius, Roca Sastre) que el Código suprime totalmente esta figura, y razonan así: puesto que la donación mortis-causa y el legado son dos figuras que se identifican en todo menos en su forma de otorgarse (testamento y contrato), es vital para aquélla que pueda realizarse empleando el mecanismo de la donación (disposición patrimonial y aceptación en vida del donante): pero al exigir el Código la forma testamentaria, niega la posibilidad de esta figura.

Tal razonamiento nos parece totalmente falso. En efecto: ya es francamente fuerte que se niegue lo que el mismo Código dice: que cabe donar mortis-causa (a ello equivale tratar y regular esta donación); pero es que, además, *el Código dice dos cosas perfectamente claras*:

1) Que *participan* de la naturaleza de las *disposiciones de última voluntad*: estas disposiciones de última voluntad son las *testamentarias*, y en ellas *el juego de la aceptación es distinto del contractual*, y sólo puede realizarse, por ser aquéllas esencialmente revocables, cuando la muerte del disponente ha fijado su última voluntad, es decir, después de su fallecimiento y no en vida del donante; y

2) Que estas *disposiciones patrimoniales se regirán* por las reglas establecidas *para la sucesión testamentaria*, y es erróneo entender que «se regirán por las reglas de la *expresión* testamentaria»: lo que el Código dice de un modo evidente es que *la voluntad sólo podrá disponer dentro del ámbito que le concede la ley cuando se expresa por testamento*.

Queda así perfectamente aclarado el juego y ámbito de la segunda donación insita en la reversional: puede y será normalmente aceptada «post-mortem» del donante y éste en vida, si bien no puede revocar la primera donación directa, si ha sido aceptada, puede revocar la segunda (bien cambiando la designación de los segundos donatarios, bien disponiendo que al fallecimiento del primer donatario vuelvan los bienes a él o a sus propios herederos), puesto que es un poder que aun no ha salido de su patrimonio.

Queda también identificada plenamente esta donación con la sustitución fideicomisaria.