

CONFIRMATIO DONATIONIS, INTER VIVOS FACTA,
EN EL DERECHO ROMANO, Y SU RECEPCIÓN
HASTA LA EDAD MODERNA

CONFIRMATIO DONATIONIS, INTER VIVOS FACTA,
IN ROMAN LAW, AND ITS RECEPTION
UNTIL THE MODERN AGE

Fecha de recepción: 30 de mayo de 2021

Fecha de aceptación: 11 de julio de 2021

RESUMEN

Hay muchas instituciones del Derecho romano que fueron acogidas por el Derecho canónico medieval, algunas de las cuales se plasmaron en el derecho codificado del siglo XX. Quisiéramos poner de relieve que la recepción del ordenamiento romano no significó un trasunto íntegro y literal de las reglas romanas, sino que en muchas ocasiones fueron también de la sociedad cristiana con valores y esquemas jurídicos diferentes a los actuales. En este segundo aspecto, la *donatio inter vivos*, cuyo régimen aplicable es el justiniano, e irrevocable desde época clásica, con excepciones bien conocidas, a la luz de una escritura notarial mirobrigense de 1604, sufrió el aditamento de una nota específica, para el supuesto del negocio realizado por un obispo hispano en la Edad Moderna, que era nulo, si manifestaba su voluntad, cumpliendo lo prescrito por el derecho español vigente, tanto en la forma como en el contenido, pocas fechas antes de su óbito, sin respetar los cuarenta días que estaban prescritos entre ambas datas.

Palabras clave: Donación inter vivos – convalidación – obispo - Recepción – espolio – siglo XVII.

ABSTRACT

There are many institutions of Roman law that were taken over by medieval canon law, some of which were incorporated into the codified law of the 20th century. We would like to emphasise that the reception of Roman law did not mean a complete and literal transcription of the Roman rules, but that in many cases they were modified by the law of the Church, in order to adapt them to the reality of its spiritual purpose, but also of the Christian society with different values and juridical schemes to those of today. In this second aspect, the donatio inter vivos, whose applicable regime is the Justinian one, and irrevocable since classical times, in the light of a Mirobrigian notarial deed of 1604, suffered the addition of a specific note, for the case of the business carried out by a Hispanic bishop in the Modern Age, which was null and void, if he manifested his will, complying with what was prescribed by law, both in form and content, a few dates before his death.

Keywords: Donation inter vivos - convalidation - bishop - Reception - spolio - 17th century.

INTRODUCCIÓN

Conocemos algunos patrimonios relevantes, pertenecientes a los obispos españoles, de los que pudieron disponer, sin limitación en su cuantía, durante los dos últimos meses de su vida terrena¹. No obstante, aparecen algunos problemas jurídicos suscitados en relación con sus disposiciones, recogidas en documentos notariales, y fechadas en data próxima a su óbito.

En Derecho romano, la donación *inter vivos*, inválida si se otorgaba a persona inhábil, se confirmaba, en el supuesto de que no hubiera sido

1 Redactamos estas páginas para honrar la memoria del Dr. Federico Gil Aznar, recordando la validez de su docencia en la UPSA durante muchas décadas y el relieve internacional de sus estudios monográficos, que le valieron el reconocimiento general por parte de los canonistas, especialmente en el estudio del derecho patrimonial canónico, a uno de cuyos institutos nos referimos.

revocada, con la muerte del donante. Este régimen de convalidación de las donaciones fue asumido en el Derecho histórico, desde la Edad Media, pero en nuestro país tuvo un matiz muy singular, porque en el supuesto de las donaciones *inter vivos*, realizadas por un obispo, para su convalidación se necesitaba que hubieran transcurrido cuarenta días desde el otorgamiento de la escritura notarial, que contenía esas atribuciones gratuitas, hasta el óbito del prelado disponente, por lo que si no se podía computar este plazo, se consideraban sin validez jurídica, y su heredero era la Cámara Apostólica.

Se trata de la recepción de un instituto del Derecho romano, vigente desde época clásica hasta Justiniano, que sin embargo sufre una pequeña modificación en el Derecho histórico hispano, a consecuencia del denominado *ius spolii*, de que gozaba, en virtud de normas positivas, un beneficiario que no existía en la Roma clásica y justiniana, la Cámara Apostólica, así como tampoco el requisito del tiempo, exigido para la validez de los actos de disposición que ejecutara un obispo, si bien en España no se aplicó al resto de clérigos.

La imposibilidad de disponer de los procesos judiciales que se instaron en primera instancia ante el teniente de corregidor o alcalde mayor de Ciudad Rodrigo, en la que la máxima autoridad era un corregidor de capa y espada, impide tener a la vista las pruebas documentales presentadas por las partes litigantes, calificando su legitimación procesal, que resulta especialmente interesante por lo que afecta a los sobrinos del prelado difunto.

No obstante, encontramos en los autos vallisoletanos una referencia conjunta, como «demandados», a los bienes que pertenecieron al prelado, de los que los sobrinos se intitulan «herederos», dejando la duda sobre la personalidad jurídica de este patrimonio, que se supone «vacante», aunque Lucas y Antonia de Salvatierra, no dejan de señalar que han aceptado la herencia «con beneficio de inventario y dejando a salvo los derechos de los acreedores», además de intitularse cesionarios de la Cámara Apostólica.

Este aspecto debe completarse con el plazo de que dispusieron para la confección completa del inventario, respecto de los bienes ubicados en las provincias de Álava y Logroño, que no aparece documentado en nin-

guno de los procesos que llegaron a la Real Chancillería de Valladolid, porque la primera instancia se insta ante el alcalde mayor de Ciudad Rodrigo antes del transcurso íntegro de los tres meses, previstos legalmente como límite para el mismo, si los bienes estaban sitios cerca del lugar de fallecimiento, visto que los actores interpusieron sus demandas a finales de febrero de 1605, y el prelado falleció el 13 de diciembre de 1604, de modo que no podemos pronunciarnos sobre esta materia, al carecer de información fiable.

I. CONFIRMACIÓN DE LAS DONACIONES *INTER VIVOS* EN DERECHO ROMANO

El origen del instituto se encuentra en diversos fragmentos de la Compilación Justiniana, refiriendo fragmentos jurisprudenciales de época clásica, de modo que su vigencia no tuvo lugar hasta avanzado el Derecho clásico², y ello exige examinar primeramente en qué casos pudo aplicarse dentro del ordenamiento romano.

1. *Algunos supuestos de aplicación en Derecho clásico*

Un primer supuesto, que nos lleva a esta figura, lo tenemos desde que en época clásica seguían prohibidas, dada la estructura de la familia, las donaciones hechas por *el pater familias* a los hijos *in potestate*. Una constitución de Diocleciano y Maximiano, del año 299 d. C.³, cambia la perspectiva jurídica de las mismas⁴, al señalar que «si donaste cosas a hijos emancipados, o a los constituidos en potestad, y pasada la titularidad a los hijos, no se las quitaste, no podrás presumir de que puedas repetir las cosas donadas, merced a tu arrepentimiento, lo que podrías haber hecho antes de que adquirieran el dominio contra tu voluntad después de la

2 Vid. SIBER, H., *Confirmatio donationis*, en ZSS für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung 53 (1933) 99-150.

3 C. Iust. 8, 53 (54) 17. Impp. Diocletianus et Maximianus... Sive emancipatis filiis res donasti, sive in potestate constitutis et sui iuris effectis ac tenentibus non ademisti, blandiri tibi non debes, veluti res donatas ex poenitentia liceat auferre. 1. Sane si ea, quae in tua positis potestate donaveras, post emancipationem contra tuam tenuerunt voluntatem, horum penes te dominium remansit, siquidem nec tempore quo voluisti, propter vinculum potestatis sibi quidquam quaerere, nec post invito te de rebus tuis potuerunt.

4 Vid. ARCHI, G. G., *La donazione. Corso di Diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 175-177.

emancipación, ya que no pudieron adquirirlo en el período que estaban sujetos a la potestad paterna o después, contra tu voluntad».

Si durante la sujeción al poder paterno recibieron las donaciones, eso implica que durante la vida del donante gozaron de la posesión de la cosa donada, y más tarde, el donante podía ejercitar la cualidad de *dominus ex iure Quiritium*, para reivindicar la cosa que estaba en manos del donatario, una vez emancipado, o alegar la *replicatio legis Cinciae*, frente a la posible excepción del donatario, ya que la consignación se hizo a una persona del grupo de las *non exceptae*, con independencia del valor de las cosas donadas. Si no ejercita la reclamación, solamente cabe sostener que el donante persevera en la voluntad de donar, aplicándose la máxima: *morte Cincia removetur*.

Un segundo supuesto es la donación liberatoria, en la cual se aplicaría el *pactum de non petendo*, de modo que a la reclamación del donante, que perdonó el crédito, el donatario opondría la *exceptio pacti conventi*, paralizando la acción contractual del donante para recuperar el crédito, sin perjuicio que frente a la *exceptio* utilizaría la *replicatio legis Cinciae*, argumentando que no se había observado lo dispuesto en esta norma legal, por lo que a pesar de la condonación, debía abonar la deuda. No obstante, si el donante, durante su vida, mantiene la remisión pactada, y no ejercita la reclamación contra el donatario, el heredero, no conseguiría en su petición, que el donatario fuese condenado.

Un tercer caso de aplicación del axioma «*morte Cincia removetur*» vendría en el supuesto de que, en la donación entre cónyuges, el donante cumpliera con lo que ha prometido, y durante su vida no ha ejercitado la *condictio indebiti*, ya que ha pagado a pesar de venir protegido por la *exceptio legis Cinciae*, que es perpetua. El heredero que trata de poner en ejercicio la *condictio*, encontrará paralizada su reclamación, en base al mismo principio.

En todos estos supuestos, el donante ha dispuesto de acción, durante su vida, frente a la situación del donatario, pero no la ha ejercitado,

perseverando en la voluntad de donar, actitud o comportamiento que venían interpretados con cierta libertad⁵.

2. Evolución histórica de la normativa romana relativa a la donación *inter vivos* hasta Justiniano

Aunque una *lex Publicia*, a la que se refiere Macrobio⁶, trató de impedir que los patronos exigieran de sus clientes, con ocasión de las Saturnales, alguna cosa por encima de una módica cantidad de grano, destinada a honrar a la divinidad, reduciendo dicho plebiscito la contribución del cliente a una cantidad módica, no se puede interpretar como norma que limitó las donaciones, puesto que la relación entre patrono-cliente era de inferioridad del segundo con el primero, quien debía prestarle la protección, al mismo tiempo que el cliente debía al patrono el *obsequium*, que era algo obligatorio, ya que se trataba de cargas impuestas a los clientes «*more imperiove eius qui iubendi habet potestatem*»⁷, por lo cual no se puede hablar de donación, en el sentido clásico de la figura en Derecho romano⁸.

El punto de partida de nuestro instituto se encuentra en el plebiscito conocido como *Lex Cincia*, o plebiscito del tribuno Cincio Alimento, del año 204 a. C., con dos orientaciones muy definidas: la prohibición de hacer donaciones por encima de una determinada cuantía, y la excepción que se aplicaría a unas personas, calificadas como *exceptae*, que no estarían sujetas a dicho límite.

5 Encontramos tres fragmentos en las fuentes que indican que el donatario puede hacer valer la *perseverantia voluntatis* del donante contra su heredero, utilizando la *replicatio doli*, lo cual tendría aplicación en la donación de una *res mancipi* no transferida: FV 266, de Ulpiano: «...*Si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse, nam Semper exceptione Cinciae uti potuit, nec solum ipse, verum, ut Procleiani contra Sabinianos putant, etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio; sed et heres eius, nisi forte durante voluntate decessit donator...*»; FV 294, de Papiniano, libro XII *responsorum*, y FV 312, constitución imperial de Diocleciano y Constancio: «*Successoribus donatoris perfectam donationem revocare non permittitur, cum impeerfectam perseverans voluntas per doli mali replicationem confirmet*».

6 «(Patroni) *per avaritiam a clientibus ambitiose munera exigerent, idque onus tenuiores gravarent, Plubicus tribunus plebis tulit non nisi ditioribus cerei missarentur*». Macrobio, *Saturnalia* 1, 7.

7 D. 50, 16, 214. Marciano libro 1 de los juicios públicos. «*Munus proprie est, quod necessarie obimus, lege, more, imperiove eius, qui iubendi habet potestatem. Dona autem proprie sunt, quae nulla necessitate iuris, officii et sponte praestantur...*».

8 Así lo confirma el texto de Papiniano, en D. 39, 5, 29 pr. Papiniano libro 12 *Responsorum*: «*Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur*».

En el primer aspecto, son los *Títuli ex corpore Ulpiani* 1, 1⁹, los que nos facilitan que si se sobrepasaba con la donación la cuantía máxima prevista en la ley, o *modus*¹⁰, estaba prohibida, matizando que están exceptuados algunos parientes consanguíneos y que a pesar de contravenir la norma, el negocio no se rescindía.

Por lo que se refiere a las personas «*exceptae*», para las cuales venía permitido por la ley que se les hiciera una donación, a tenor de los *Fragmenta Vaticana*¹¹, quedan dentro del siguiente elenco¹²: a) cognados hasta el sexto grado, y afines en línea recta; b) entre cónyuges y prometidos; c) primos y hermanos germanos; d) los tutores respecto de su pupilo y, e), finalmente, el liberto respecto de su patrono e hijos de éste, a cuyos supuestos habría que añadir el principio, referido por Ulpiano¹³, porque al decir de Paulo: «*Ei qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibetur*», es decir, donación sin límite, a favor del que salvó la vida del donante de las manos de grupos armados y enemigos, ya que salvar la vida no tiene precio¹⁴. Por otra parte, si hacemos caso al texto de Tácito¹⁵, se prohibían las donaciones para los que hacían la defensa en los juicios, lo cual harían los patronos respecto de sus clientes, quedando protegidos con esta norma los plebeyos, que dependían de los patricios en ese ámbito, y por ello estaban permitidas las donaciones irrisorias.

Puesto que la *lex Cincia* era una *lex imperfecta*, los autores se plantean los recursos que tenía el ciudadano en caso de contravenir la prohibición, diferenciando la etapa de las *legis actiones* de la del *agere per formulas*, ambas

9 «... prohibet, exceptis quibusdam cognatis et, si plus donatum sit, non rescindit».

10 Al mismo se refieren diferentes jurisperitos de época clásica, como Gayo en D. 39, 5, 11; Celso, en D. 39, 5, 21, 1; Javoleno, en D. 39, 5, 24, o Paulo, en D. 44, 4, 5, 5. Al desconocerse la medida legal, hay autores que entienden que todas estaban prohibidas, sin límite alguno, otros como Hotmann lo fijan en tres cuartas partes del patrimonio, y Cujacio lo identifica con los doscientos sueldos, aunque Bussi se inclina por la opinión de la existencia del límite, dada las reiteradas alusiones auténticas en las fuentes, aunque no se puede determinar la cuantía, pero en su criterio sería más bien escasa. Cf. BUSSI, E., *La donazione nel suo svolgimento storico, nel Diritto romano antico e nel diritto romano classico*, en *Cristianesimo e Diritto romano*, Milano, Vita e Pensiero, 1935, pp 178-183 y notas.

11 FV 298-299, 302, 304, 307-309 y 313. *Fragmenta Vaticana, Collatio, Consultatio, Scholia sinaitica*, Probus, vert. de J. E. Spruit, Universidad de las Antillas Holandesas 1987, pp. 110-115.

12 Como hizo observar Bussi, resulta incomprensible que a finales del siglo III d. C. se apruebe una norma basada sobre la *cognatio*, y en la que no se tome en consideración ni la *agnatio* ni la *patria potestas*.

13 D. 50, 17, 106. El valor inestimable de la libertad.

14 D. 5, 11, 6: «*Quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit*».

15 Tácito, Anales 11, 5: «*Consurgunt patres legemque Cinciam flagitant qua cavetur antiquitus, n equis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat*».

dentro del *ordo iudiciorum privatorum*. No encontramos más que conjeturas en el primer período, pero en el segundo se alude a la *denegatio actionis*, en caso de incumplimiento, o a la *condictio*, para obtener la repetición. Avanzado el período clásico, pudo existir un régimen diferente, si hubo un traspaso de la propiedad¹⁶, diferenciándose si era cosa mueble o inmueble, y si era *res mancipi* o *nec mancipi* o, simplemente, si se contrajo una obligación verbal o literal, que pudo haberse ejecutado o no, y en este segundo supuesto no habría remedio jurídico alguno, debiendo tener presente que se impuso el uso de formalidades, con carácter obligatorio para todas las donaciones, incluyendo las que afectaban a personas exceptuadas de la aplicación de la ley Cincia, cuya regulación deja de ser el modelo de las donaciones, en abierto contraste con la prohibición de las donaciones entre cónyuges, con repercusiones muy diferentes, según que hubiera *conventio in manu* o no la hubiera, por la separación patrimonial de los cónyuges en este segundo caso, y la integración de la esposa en la familia del marido, como agnada, en el primero, haciendo imposible la donación entre ambos, al igual que a favor de los hijos bajo potestad¹⁷.

La influencia del estoicismo, desde finales de la República, y especialmente del cristianismo, a partir del siglo III d. C., va a producir un cambio radical en la donación, porque el *animus donandi*, identificado como intención pura y simple de beneficiar, cambia en la conciencia jurídica, si al concepto estoico de liberalidad, que pone el acento en lo que es útil y determinado por la necesidad, le sustituye el concepto cristiano de caridad, que mira a la donación en cuanto tal, es decir, como fin en sí misma, aunque no adquirió formulación jurídica hasta el derecho justiniano¹⁸.

16 Para De Robertis, los juristas clásicos no concibieron la donación sin el traspaso del objeto por parte del titular al donatario, sin preocuparse de la disminución patrimonial que ello originaba, aunque si tuvieron presente la *locupletatio*, lo que explica que la renuncia a una adquisición con intención de beneficiar a otro sujeto, no era una donación por falta de *alienatio*. Justiniano puso el acento en el *animus donandi* resolviendo el problema de la licitud entre cónyuges de algunos negocios que la jurisprudencia clásica había considerado válidos solamente porque había desaparecido la base de la aplicación de la prohibición, conservando el esquema clásico de que la donación entre cónyuges es lícita, si no emprobece al donante o no enriquece al donatario. DE ROBERTIS, F., *Sul concetto di donazione nel Diritto romano*, Bari, A. Cressati, 1939, en *Scritti Varii di Diritto romano...*, op. cit., pp. 174-175.

17 D. 24, 1, 1, de Ulpiano; D. 24, 1, 31, 7 de Pomponio, y D. 24, 1, 2, de Paulo. Vid. por todos, BUSSI, E. op cit., pp. 193-200.

18 La nueva perspectiva de la donación, bajo influjo cristiano, pone el acento en la caridad y en el uso de los bienes, tal como aparece fundada en los textos de los Santos Padres, porque el *animus donandi*, o intención de beneficiar, es grato a Dios aunque nada se pueda dar porque como afirman San Agustín,

Este enfoque de la donación está recogido explícitamente en los Basílicos¹⁹, al afirmar: «*Multae sunt species donationum. Aliquando enim donat quis a mente, ut statim velit rem accipientis fieri propter nullam aliam causam id faciens, quam ut appellatur*». La presencia de este nuevo concepto se manifiesta en un fragmento de Ulpiano²⁰, en el que afirma que la donación, proveniente del afecto, puede ser honesta o inhonesta, pero ninguna está prohibida, consistiendo la primera en la que se hace a los *bene merentes*, o *boni viri et grati*, amigos y próximos, mientras la segunda a las meretrices, lo que contrasta abiertamente con el concepto ciceroniano de donación solamente a los *bene merentes*, cuyo destinatario explica que se haga el desprendimiento patrimonial, por parte del donante, atendiendo a lo que es útil para este tipo de personas, y a las necesidades de las mismas. Esta contradicción explica la divergencia entre el fragmento de Ulpiano, que hemos citado, y un escolio de los Basílicos²¹ en el que se excluye esa justificación de «*bene merentes*» y se la sustituye por la de *affectionis gratia*, lo que explica que en el régimen justiniano de la donación se insista en la revocación de la donación, si se incurre, por el donatario, en ciertas causas,

Enarratio in Psalmum 103, sermo 1, n. 19: «*coronat Deus intus voluntatem ubi non invenit facultatem*», y Orígenes: «*Quemadmodum in donatione non ipsum munus sed voluntatem et studium laudans... et acceptiorem habet qui pauciora quidem sed perfectione studio quam qui plura ex majori copia sed minore affectu dedis*», Dios premia la voluntad donde no existe la facultad, por lo cual quien tiene el propósito de incrementar el patrimonio ajeno y carece de causa, pone en vigor el negocio *donationis gratia*, e incluso está movido por el *animus donandi*. Parece claro que, al menos en Justiniano, hay donación cuando, además del enriquecimiento del donatario, se impulsa el donante para ejecutarlo con los valores de gratuidad y voluntariedad en la pérdida patrimonial. Cf. BUSSI, E., op. cit., pp. 215 y 224-225. Entiende Álvaro d'Ors que, aunque la donación se presente en actos convencionales, en los que una declaración del donante y una aceptación del lucro, siendo esencial la misma por parte del donatario, no estamos en presencia de un contrato, y en su criterio ni siquiera un negocio típico, sino un acto de atribución patrimonial, que puede ser causal o abstracto, e incluso el simple perdón de una deuda, constituyendo la causa lucrativa por excelencia. Puede tener lugar siempre que haya atribución patrimonial definitiva, consistente a veces en una renuncia abdicativa de un derecho. D'ORS, Á., *Derecho privado romano*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1977, pp. 377-378. Cf. PEROZZI, S., *Istituzioni di Diritto romano*, 2 ed. riv. ed ampl., vol. II, Roma, Galliard, 1928, pp. 722-723. En su criterio para la validez de la donación no es preciso la aceptación del donatario, porque no forma parte del concepto del acto, sino que es condición extrínseca de su validez, como también lo es la *insinuatio* requerida.

19 Escolio 3 a Bas. 47 1, 1 = D, 39, 5, 1. Texto de Heimbach, t. IV, pp. 563-564.

20 D. 39, 5, 5.

21 La vemos, por ejemplo, en considerar el aplazamiento del pago de una deuda como una especie de donación, modificando el fragmento de Pomponio, en D. 39, 5, 9 pr. Escolio 2 a Basílicos 47, 1, 4. Vid. Heimbach, t. IV, pp. 565-566.

«*quae ingratitudinem prae se ferant*», ya que está en contraste con la voluntad de la persona que no quiso hacer otra cosa que beneficiar²².

Manifestaciones de este cambio en el fundamento del negocio²³ aparece en la donación liberatoria, referida en D. 39, 5, 17 y D. 39, 5, 34, 3, porque mientras en época clásica la eficacia de la *acceptilatio* se circunscribía al vínculo que nació *verbis*, en cambio en Justiniano se puede hacer valer como pacto de no pedir, con eficacia respecto de cualquier tipo de obligaciones, según D. 18, 5, 5pr, de Juliano, y D. 46, 4, 19pr, de Ulpiano²⁴.

Son las *Pauli Sententiae* 5, 11, 3²⁵, las que refieren la ineficacia de la donación hecha por el *paterfamilias* al hijo, conforme a la normativa vigente a finales del período clásico. La reforma legislativa posterior, indica taxativamente: «*si in ea voluntate perseverans decesserit, morte patris donatio conualescit*», acorde con la máxima «*morte Cincia remouetur*», inhabilitando la posible reclamación, al menos, del heredero del donante. Como señala Archi²⁶, se advierte la evolución del régimen aplicado a la donación, al atribuir eficacia a la voluntad, fruto de un acto de liberalidad, si se manifiesta seria, inequívoca y fruto de una decisión meditada, lo que ocurre ya en el siglo III d. C., si bien se trata de dos situaciones técnicamente diferentes, ya que en la *lex Cincia*, la prohibición era una *iuris constitutio*, mientras en la donación recibida por el hijo, bajo poder paterno, es una nulidad que proviene *ex natura rei*, en criterio de Pietro Bonfante.

En este mismo período, merced a legislación imperial, decae la prohibición de donaciones entre cónyuges, siempre que persevere la vo-

22 Betti pone de manifiesto que el carácter esencial de la donación es la irrevocabilidad del traspaso, y ello explica que en época clásica no vengán consideradas como donaciones algunos negocios, como el precario, ya que no hay una transferencia definitiva de la cosa por el accipiente, causando un aumento patrimonial duradero. BETTI, E., *Istituzioni di Diritto romano*, vol. II-1, Padova, CEDAM, 1962, pp. 101 y 453-454.

23 «*Potest enim et circa corporis donatione valere donatio, veluti si donationis causa cum debitore meo paciscar ne ante certum tempus ab eo petam*».

24 En Justiniano, el *contrarius consensus* para la revocación de los contratos se aplica a todos los contratos consensuales, y tiene eficacia automática, sin que necesite la *exceptio* en los juicios de buena fe, pero como la remisión que hace cada parte del contrato viene condicionada por la que haga la otra existiendo una contraprestación, no cabe hablar de que esta modificación del Derecho justinianeo se vincule al concepto de donación. Cf. BUSSI, E., op. cit., pp. 251-255.

25 «*Pater si filiofamilias aliquid deonaverit, et in ea voluntate perseverans decesserit, morte patris donatio conualescit*».

26 ARCHI, G. G., op. cit., pp. 182-185.

luntad del donante, innovación del instituto que aparece en el Código Gregoriano 13, 8, 2, y fue obra de Valeriano y Galieno, del año 260, en la que se habla de «*confirmatio*», o convalidación de la donación, si el padre ha fallecido sin haberla revocado; se interpreta esa perseverancia como una voluntad presunta, de modo que al enunciar el cambio, operado por Constantino, aparece la expresión en una de sus constituciones, recogida en FV 274, con la justificación «*perseverantia voluntatis ad instar mortis causa donationis huiusmodi liberalitatem redigi oportere retro principum rescriptis cognoscitur esse concessum*», que está en consonancia con la legislación precedente.

Los romanos, manteniendo el principio de la gratuidad en la atribución de la donación, diferenciaron, a partir de la irrevocabilidad o no, la donación pura o *inter vivos* y la *mortis causa*, ya que esta última es revocable, como elemento esencial, a tenor del fragmento de Marciano, en D. 39, 6, 27²⁷, porque si no cabe revocarla, estamos ante la donación pura y simple, aspecto este que comparte Paulo, en D. 39, 6, 35, 2²⁸,

En ambos supuestos está presente la *causa donationis*, con los caracteres de gratuidad, así como de fin primario y esencial; en la donación *inter vivos* o, en terminología de la jurisprudencia clásica romana, la «*donatio vera et absoluta*», es esencial la definitiva atribución. Este carácter de la irrevocabilidad de la donación *inter vivos* sirve a los romanos para contraponer la donación a otros negocios jurídicos, en los que hay una nota de liberalidad, como ocurre con el comodato o el precario²⁹. En terminología de los jurisprudentes clásicos, la revocabilidad sirve para diferenciar la *donatio imperfecta* de la *perfecta*, afirmándola de la primera, y rechazándola en la segunda, aunque en los textos jurisprudenciales se resalta la gratuidad de la donación.

Es evidente que la reforma constantiniana del año 316, o 323, de C. Th. 8, 12, 1, referida sustancialmente en FV 249³⁰, asigna a la donación formas típicas y propias, al mismo tiempo que dispone que se pueda do-

27 «*Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio; et ideo perinde haberi debet, atque alia quaeris inter vivos donatio...*». Marciano libro 5 Regularum.

28 «*Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficitur, ut nullo casu revocetur; et ibi qui donat, illum potius, quam se habere mavult... quare vulgo dicitur: illum deinde potius, quam heredem suum*». Paulo libro 6 ad legem Iuliam et Papiam.

29 Cf. D. 43, 26 1, 2. Ulpiano libro 1 Institutionum.

30 *Fragmenta Vaticana...*, op. cit., pp. 86-90.

nar eficazmente solo si se respetan las formalidades prescritas³¹: redacción escrita *scientibus plurimis; corporalis traditio...*, *advocata vicinitate, omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, conventu pluriorum celebretur*, y *allegatio* en los *gesta*³².

Si en época clásica se distinguió³³ entre *donatio perfecta* e *imperfecta*, o entre *donatio pura* y *donatio mortis causa*, en época posclásica se introdujo otra división, entre *donatio directa*, en la que hay un traspaso inmediato de la propiedad, y la *mortis causa*, cuya eficacia queda en suspenso respecto de la supervivencia del donante, como vemos en la *interpretatio* de C. Th. 8, 12, 1³⁴. Justiniano considera que no es indispensable la escritura, para la validez de la donación, a tenor de C. Iust. 8, 53, 29-31, además de eliminar la *allegatio*, aunque es precisa la *insinuatio*, inicialmente por encima de trescientos sueldos, y más tarde, quinientos³⁵, con lo cual se dispensa del requisito, a las que no lleguen a esta cuantía.

No debemos olvidar que dicho emperador bizantino se inspira, para sus reformas, en la *humanitas*, que debe impregnar la majestad imperial, imitando a Dios, según C. Iust. 5, 16, 27, conforme al tenor literal de sus

31 Vid. ARCHI, G. G., op. cit., pp. 229-236.

32 No podemos omitir que el propio emperador, en el texto de la constitución, califica a la donación entre los contratos: «... *conspeximus omnes earum species (donationum) signis ac nominibus imprimendas, ut in hominum contractibus differentiam sui nuncupationum proprietate secernant*». Tampoco se puede olvidar que, en época posclásica, la noción de contrato es más amplia y menos técnica que en el período precedente, aunque la cancellería imperial utiliza el término a partir del siglo IV, gracias a su contenido amplio y genérico, basado en la nuda voluntad, poniendo de relieve que la donación no es una simple causa de adquisición, como ocurría en época clásica, sino un negocio típico, con una forma particular, identificado como *contractus*, que sirve para transferir la propiedad, aunque también hay donación promisorias, seguida de la traditio.

33 Observa Archi, (ARCHI, G. G., op. cit. pp 240-279), que la cancellería imperial, posterior a Constantino dejó sin validez el principio clásico, según el cual la donación hecha por un padre a un hijo bajo potestad era nula, conforme al *ius civile*; además, el rescripto de Antonino Pío, aplicado a las donaciones del padre al hijo emancipado, pero que seguía dentro de la familia paterna, no impide que se traspasen los bienes donados al hijo. Además, la prohibición de donaciones entre cónyuges se supera con la *confirmatio donationis*, si están presentes determinados presupuestos; con Papiniano, se reafirma la máxima *morte Cincia remouetur* y, finalmente se puede donar por causa de muerte por la simple *cogitatio mortalitatis*, todo lo cual se fundamenta en el respeto a la *voluntas* o, más en concreto, a la *perseverantia voluntatis*, por lo cual la donación acaba acercándose a los negocios de disposición *mortis causa*.

34 *Codex Theodosianus, vol. I. Theodosiani libri XVI, cum constitutionibus Sirmondianis*, ed. P. Frueger-Th. Mommsen, Hildesheim, Weidmann, 2005, pp. 408-409. En el Edicto de Teodorico y en la *Lex Romana Burgundiorum* se insiste en la separación de donación de cosas muebles e inmuebles, aunque la primera se perfecciona solo mediante la *traditio*, conservando el carácter real del instituto, que había recibido de Constantino, pero se elimina el requisito de la *allegatio* y solamente se aconseja la escritura, a diferencia de la referida a los inmuebles, en la que se conserva los dos requisitos, la escritura y la *allegatio*.

35 C. Iust. 8, 53, 36, 3.

propias palabras³⁶, Entonces se desvincula la donación de la naturaleza de contrato con eficacia real, que había previsto Constantino, puesto que la donación es un acuerdo que se perfecciona, como la compraventa, *solo consensu*, de modo que el documento queda a voluntad de las partes.

Las Instituciones justinianeas 2, 7, conformándose con lo dispuesto en C. Iust. 8, 56, 4, habla de *duo genera donationum*, que quedan diferenciadas por su naturaleza, según que implique el traspaso inmediato de la cosa en la plenitud de su goce, lo que era la donación directa de los posclásicos, y ahora se denomina *inter vivos*, y aquella otra con reserva a favor del donante mientras viva, la *mortis causa*. Ahora se proclama la validez del contrato de donación independientemente de que tenga efectos reales, constituyendo una causa y medio de adquisición, tanto de cosas corporales como incorporales, y se convierte en un pacto legítimo³⁷.

36 Cf. C. Iust. 8, 53 y 34, 3.

37 Es muy clarificadora la exposición sintética que hace el holandés Heinecio, (HEINECIO, J., *Recitaciones del Derecho civil romano*, trad. al cast., anot. y adic. por L. de Collantese y Bustamante, 8 ed, rev. y aum. con notas, t. I, Valencia, Pascual Aguilar, 1888, pp. 275-282). Según su punto de vista, la donación en tiempos de Gayo era todavía un modo de adquirir, que servía si posteriormente había *traditio*, pero más tarde, vale la donación sin la tradición, y fue un mero título. La donación es: a) una liberalidad; b) que se hace a otro; c) sin obligación alguna. La donación se hace *inter vivos* si se celebra sin consideración al caso de muerte, como ocurre si se dona anedrentado por un peligro inminente de muerte, pero de manera que se haga la cosa al instante del que recibe, es decir, es donación de un moribundo, y siempre es irrevocable. La donación entre vivos es un pacto protegido por la ley, pacto legítimo Ibid., p. 277: Siguiendo a Cicerón, *Topica*, cap. 8, &37: «*neque donationem sine acceptatione intellegi potest*», afirma que la donación es un pacto, que se celebra mediante la promesa de uno y la aceptación de otro. En criterio de Heinecio, la donación entre vivos solo requiere el consentimiento, ya que es un pacto, y no precisa de solemnidades, y para evitar la mendicidad futura del donante, se dispuso que la donación, superior a 300 sueldos, debía registrarse en las actas públicas, y si se omite esta anotación judicial, no vale el exceso de quinientos sueldos. La donación *inter vivos* vale al instante y una vez hecha no puede revocarse contra la voluntad del donatario, ya que se contrae por mutuo consentimiento de dos o más, y la donación *inter vivos* es título hábil para transferir el dominio, que solamente da derecho ad rem, pero no in re, que nace con la posterior tradición. La simple promesa de donación da lugar a la *condictio ex lege* si no se cumple como pacto legítimo, salvo que haya estipulación, en cuyo caso se ejercita la *actio ex stipulatu*. Aunque la donación *inter vivos* es irrevocable, sin embargo, hay algunas causas para ello, aunque la primera que enuncia es el exceso de los quinientos sueldos. También refiere la ingratitud del donatario, si es enorme, por ejemplo, si intervinieron injurias atroces o asechanzas a la vida del donante, o poner en él sus manos impías o el daño grave a los bienes del donante.

II. LA CONFIRMACIÓN DE LAS DONACIONES EN LA RECIENTE DOCTRINA ROMANISTA

Olis Robleda³⁸, después de exponer la variada terminología de las fuentes romanas para expresar la nulidad, que alcanza la cifra de cuarenta y, en general, llegan a los ordenamientos jurídicos positivos de nuestros días³⁹, examina la nulidad en el Derecho privado romano, para afirmar que el ordenamiento de Roma asume la distinción entre nulidad absoluta y relativa, conforme a los textos de las fuentes⁴⁰. Este jesuita utiliza, respecto de esta última categoría, el paradigma de la *donatio inter coniuges*, cuya nulidad cesa en caso de morir el esposo donante, por cuyo interés se había constituido, sin haberla hecho constar o declarar, conforme a Ulpiano, en D. 24, 1, 33, 2⁴¹.

En este caso, la nulidad, que Robleda califica de relativa⁴², aparece en la propia terminología jurisprudencial, al referir que «*donatio non valet*», «*nullius momenti est*», «*irrita est*», «*ipso iure nihil valeat quod actum est*», de Ulpiano en D. 24, 1, 1 y 24, 1, 3, 1 y 4, además de otros fragmentos del mismo título del Digesto. La renuncia por parte del donante fallecido,

38 ROBLEDA, O., *La nulidad del acto jurídico*, 2ª ed., Roma, Università Gregoriana, 1964, pp. 294-296.

39 Di Paola entiende que en las fuentes hay una equiparación entre inexistencia y nulidad, aunque algunos negocios considerados normalmente nulos, sin embargo producen efectos, aunque no sean los principales del propio negocio, y lo mismo se puede afirmar de negocios que deberían ser nulos por venir viciados por una *lex*, incluso perfecta, no dejan de producir ciertos efectos, pudiendo en ambos casos rescindirse, de modo que afectan a la eficacia negocial: todas las prohibiciones reglas que se oponen a la producción de los efectos de un negocio, inciden sobre su eficacia, que puede venir paralizada en todo o en parte. DI PAOLA, Santi, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in Diritto romano*, Milano Giuffrè, 1966, pp. 69-72.

40 Según Kaser, el negocio ineficaz para el *ius civile*, denominado *nullum, nullius momenti o inutile* carece de los efectos que debía tener conforme a su naturaleza y finalidad, pudiéndose impugnar por cualquiera. Las nociones modernas de anulabilidad e ineficacia relativa tienen precedentes romanos, p. ej. si el que tiene derecho a anular el negocio no hace valer el vicio que lo invalida, pero hay testimonios de la ineficacia relativa, como ocurre con el supuesto de la enajenación de un bien dotal por el marido contra lo dispuesto por la *lex Iulia*, que es ineficaz respecto de la mujer, pero no para terceros. En época posclásica cabe excepcionalmente la convalidación o convalescencia, por ejemplo, las donaciones ilegales quedan convalidadas con la muerte del donante: *morte Cincia remouetur*, de Papiniano, en FV. 259 al final, y Ulpiano, en FV 266. KASER, M., *Derecho Romano Privado*, trad. de J. Santa Cruz Teijeiro, 2ª ed., Madrid, Reus, 1982, pp. 55-56 y 215.

41 «*Ait oratio: fas esse, eum quidem, qui donavit poenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse*». Ulpiano libro 33 ad Sabinum.

42 ROBLEDA, O., op. cit., p. 303.

entendida como renuncia presunta, hace válido el acto, que venía siendo nulo por voluntad del derecho⁴³.

Criterio interpretativo radicalmente diferente es el de Di Paola⁴⁴, para quien no existe en Derecho romano, por lo que se refiere al Derecho civil, la anulabilidad, y respecto de la *confirmatio donationis* entre cónyuges considera que el negocio no estaba afectado de nulidad, en sentido moderno, sino de falta de eficacia, es decir, porque potencialmente está en condiciones de producir efectos a pesar de que por un hecho circunstancial no los produzca. La única expresión genuina de las fuentes clásicas, es la de «*nulla donatio inter virum et uxorem*», que este romanista no identifica con la nulidad, sino con la ineficacia, en relación con la prohibición de la *lex Cincia* respecto del *modus*, que se aplica en época clásica a las donaciones entre cónyuges, consuetudinariamente prohibidas desde finales de la República, a pesar de venir excluidas inicialmente de las prohibiciones contenidas en dicha ley⁴⁵.

En Derecho romano clásico, según el *Ius civile* el negocio o era válido o era nulo, operando ambos *ipso iure*, sin que hubiera acción para conseguir la nulidad. No obstante, el pretor podía impedir que un negocio válido, según el *ius civile*, produjera sus efectos propios, mediante la denegación de la acción, o a través de la *exceptio*, por lo que compartiendo el razonamiento de Ursicino Álvarez⁴⁶, o existía nulidad civil *ipso iure* y directa, o impugnabilidad mediante la *exceptio*, aunque en Derecho justinia-

43 Según Kaser, en Derecho clásico la donación es solamente una causa jurídica que justifica las atribuciones patrimoniales lucrativas, pero desde Constantino tienen una forma independiente, que la convierten en negocio típico, pero en Justiniano la promesa de donación pasa a ser un contrato consensual y obligatorio por sí solo, un *pactum legitimum*. Por otra parte, las donaciones entre cónyuges que en principio eran nulas, para los jurisconsultos clásicos podían ser convalidadas o sanadas de su ineficacia, aplicando el instituto a las donaciones por causa de muerte, en caso de divorcio y de disolución del matrimonio, aunque solamente serían eficaces una vez ocurrida la muerte o disuelta la unión matrimonial. Si el donante muere antes que el donatario, puede confirmar la donación mediante un fideicomiso, aunque el SC de Alejandro Severo del 206 d. C. considera eficaz la donación no revocada, después de la muerte del donante, sin necesidad de fideicomiso, a tenor del fragmento de Ulpiano en D. 243, 1, 32 pr. y 2, y este supuesto fue posteriormente ampliado a otros casos. KASER, M., op. cit., pp. 2125 y 269-270.

44 DI PAOLA, S., op. cit., pp. 108-115.

45 La prohibición era bajo pena de nulidad, hasta que el SC de Caracalle en el 206 d. C. dispuso que estas donaciones entre cónyuges adquiriesen valor, *convalescunt*, si el donante moría sin haber cambiado de voluntad: D. 24, 1, 33 pr y 1-2. Hasta que no fue abolida la ley *Iulia decimaria*, solamente tenían valor en los límites de las *decimae* establecidas por dicha norma. FV 294. Vid. PEROZZI, S., *Istituzioni*, op. cit., pp. 728-729.

46 ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *El negocio jurídico en Derecho romano*, Madrid, RDP, 1954, pp. 39-41.

neo se comienza a dibujar el concepto de anulabilidad, apoyándose en la actuación del pretor en su edicto, durante el período clásico, que llega a nuestro derecho positivo⁴⁷.

La sanación, convalidación o convalecencia de un negocio tiende a someter los vicios, que producen la invalidez o ineficacia de un negocio, a un tratamiento que “cure” sus efectos perjudiciales⁴⁸. Cuando un negocio es nulo desde el principio, no hay más remedio, para darle vida, que hacer otro nuevo, como aparece en la institución del heredero, según Licinio Rufo, probable discípulo de Paulo: «*Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest*», de D. 50, 17, 210, principio generalizado por Paulo, en D. 50, 17, 29: «*Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*».

La convalidación no se produce, aunque desaparezca la causa que determinó la nulidad, pero se atenúa en algunos casos, por precepto expreso del ordenamiento jurídico, p. ej. por derecho pretorio, la venta hecha por uno que no es propietario, se convalida, si llega a ser después el dueño de la cosa. A veces por disposición del ordenamiento, se produce la convalidación, mediante un acto voluntario de confirmación por parte de la persona, que pudiera invocar la nulidad p. ej. las donaciones entre cónyuges, que son nulas, pueden ser confirmadas en un testamento. Los negocios jurídicos anulables se convalidan si el interesado renuncia al ejercicio de la acción de impugnación, o deja pasar el plazo que tiene para interponerla válidamente. Igualmente los impugnables a través de la *exceptio*, si se renuncia a la misma, (*remissio exceptionis*), e incluso, a veces, tiene el mismo efecto, ejecutar un acto que entrañe la voluntad contraria a la anulación⁴⁹.

47 Conforme a la elaboración de la pandectística alemana, incorporada por la doctrina moderna, el negocio jurídico podía ser inválido si su ineficacia radica en vicios intrínsecos, que afectan o a sus presupuestos necesarios, o a los elementos esenciales. El Derecho moderno habla de nulidad y anulabilidad; mientras la primera se produce si “el negocio jurídico desde su nacimiento y de un modo definitivo no produce ningún efecto”, lo cual proviene automáticamente de la norma jurídica, es decir, *ipso iure*, bien porque no tiene los presupuestos o los elementos esenciales, y algún sector doctrinal lo denomina negocio inexistente; la anulabilidad permite la impugnación de la validez del negocio con eficacia retroactiva, a causa de venir afectado de un vicio.

48 Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Instituciones de Derecho romano. I. Introducción histórica- Conceptos fundamentales – Hechos y negocios jurídicos*, Madrid, UNED, 1973, pp. 225-226.

49 En criterio del romanista portugués Antonio dos Santos (SANTOS JUSTO, A. dos, *Direito privado romano. I. Parte geral (introdução, relação jurídica, defesa dos direitos)*, 2ª ed., Coimbra, Universidade,

Un origen de la nulidad se encuentra en Derecho romano clásico si el negocio se concluye contra una prohibición legal, porque será nulo *ipso iure*, siempre que la ley que lo prohíbe sea una ley perfecta, y por ello haya previsto la sanción de la nulidad; en época posclásica, una constitución de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III, del 439 d. C., recogida parcialmente en C Iust. 1, 14, 5⁵⁰, dispuso que todo negocio *contra legem* era nulo, aún cuando la ley no lo previera expresamente⁵¹.

Ejemplo de nulidad relativa se encuentra, en Derecho clásico, a propósito de las donaciones entre cónyuges, que estaban prohibidas, pero que merced a un SC de Alejandro Severo y Antonino Caracalla, del año 206 d. C., se convalida, si el donante ha muerto sin haber revocado la donación, como afirma Ulpiano, en D. 24, 1, 32pr⁵² y 2⁵³, lo que se califica, en Derecho común, como nulidad relativa, y se inserta entre otros numerosos supuestos del Derecho justinianeo, con este mismo tipo de nulidad.

2003, pp. 224-225), la teoría de la sanación-convalidación de la invalidez de los negocios jurídicos no fue formulada por los jurisconsultos romanos, aunque la elaboró la Pandectística, a partir de las fuentes romanas. En Roma no funciona en los negocios inexistentes o nulos, y actualmente se aplica a los negocios anulables, gracias al planteamiento que adoptó el Derecho romano, que fueron susceptibles de sanación: 1. Renuncia a la impugnación. 2. Confirmación o *ratihabitio*. 3. El transcurso del tiempo y 4. La muerte de la parte interesada, si solamente esta, y no sus herederos, podía invocar la anulabilidad. Este es el caso del donante que fallece sin haber solicitado la *exceptio legis Cinciae*, porque ello hace que la *donatio* sea perfecta, produciendo todos sus efectos en relación a los herederos del donante; también si el cónyuge del donante muere sin haber pedido la invalidez, la donación no podrá ser impugnada por sus herederos: D. 24, 1, 32. Hay nulidad absoluta y definitiva, si la ineficacia no solamente opera entre las partes, sino también respecto de terceros, de modo que cualquier persona podría alegarla siempre que tenga interés en el negocio, mientras que es relativa si se produce solamente durante la subsistencia de los intereses de las partes en mantener tal nulidad, de forma que si desaparecen estos intereses, la nulidad puede salvarse. Hay también nulidad originaria, si el hecho que la provoca es coetáneo a la conclusión del negocio, o sucesiva, si aparece posteriormente a la misma.

50 «Nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente».

51 D. 1, 3, 29-30, refiere el criterio de Paulo, separando la noción de negocio contra ley y negocio en fraude de ley: «Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit». Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, U., op. cit., pp. 43-44.

52 «Imperator noster Antoninus Augustus, ante excessum Divi Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit Senatui censendi, Fulvio Aemiliano et Nummio Albino consulibus ut aliquid laxaret ex iuris rigore».

53 «Ait oratio. 'fas esse eum quidem, qui donavit poenitere; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse'». Ulpiano, libro 33 ad Sabinum.

El punto de partida para nuestra materia es la *Lex Cincia de donis et muneribus, o de donationibus*, del año 204 a. C., que reguló por primera vez el tema de la cuantía de las donaciones, y puso un elenco de beneficiarios a los que no se les prohibía recibir donaciones, la cual no previno sanción alguna contra los infractores. Por tanto, es una *lex imperfecta*, en terminología clásica⁵⁴, al no prever, ni la nulidad del acto contrario, ni tampoco una sanción económica para el transgresor.

Este enfoque contrasta con la constitución *Non dubium*, de Teodosio II y Valentiniano III, del año 438 d. C., en la que se afirma taxativamente que todo acto jurídico realizado en contravención de la ley, o de cualquier norma jurídica, cuya fuerza deriva del poder imperial, sería nulo, aunque se hubiera respetado la literalidad de la misma⁵⁵.

Si la donación fuera nula desde el origen, para que produzca los efectos propios, en principio no basta con que deje de existir su causa, sino que es preciso que el ordenamiento lo admita, y ello tiene lugar en casos expresos⁵⁶. Excepcionalmente, la norma jurídica dispone la convalidación, o *ratihabitio*, mediante «un acto voluntario de confirmación realizado por la persona que puede invocar tal nulidad», de modo que si posteriormente alega nulidad, cabe oponerle la *exceptio doli*, como ocurre en las donaciones del *paterfamilias* a favor de sus descendientes sometidos a patria potestad, y que prosiguen en esa situación hasta el momento de su muerte, ya que esas donaciones son nulas en origen, como vemos en

54 Tit. ex corp. Ulpiani 1, 1, 1-2: «*Leges aut perfectae sunt aut imperfectae aut minus quam perfectae. Perfecta lex est quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, rescindit... imperfecta lex est quae vetat aliquid fieri, et, si factum sit, nec rescindit nec poenam iniungit ei, qui contra legem fecerit, qualis est lex Cincia, quae plus quam... donari prohibet, exceptis quibusdam personis velut cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit*».

55 «*Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem... nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsequutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult tantum prohibuisse sufficiat, cetera quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est*». C. Iust. 1, 14, 5. Texto completo en Nov. Posth. IX. Cf. Pauli Sententiae 2, 4, 2; D. 30, 112, 3; 28, 7, 14; C. Iust. 2, 3, 6.

56 La venta del objeto de quien no es dueño, o la constitución de la prenda por uno que no es propietario, o el matrimonio del magistrado romano con mujer provincial, entre otros supuestos: D. 21, 3, 1 pr- 1; 21 3, 7, 41; 20, 4, 9; 23, 2, 65 pr. y 1; 20, 1, 27; D. 32, 1, 1 y 5. Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, U., op. cit., pp. 109-112.

Paulo, D. 41, 6, 1, 1⁵⁷, y Fragmenta Vat. 295⁵⁸, pero se convalidan si el padre las confirma en el testamento: Fr. Vat. 294⁵⁹; lo mismo se aplicó a las donaciones entre cónyuges, que por derecho consuetudinario eran nulas, como refiere Ulpiano, en D. 24, 1, 1⁶⁰, y podían ser confirmadas en testamento por el cónyuge donante, según Cervidio Escévola, en D. 32, 33, 1⁶¹.

También cabe la confirmación expresa de los negocios anulables, porque ya no es posible impugnarlo posteriormente a esa confirmación, como vemos si el impúber, al llegar a los 25 años, confirma el negocio realizado, según Ulpiano, en D. 4, 4, 3, 1⁶²,

Como destacaba Bussi⁶³, algunas modificaciones justinianeas, que derogan la desconfianza clásica respecto de las donaciones, responden en parte a la aplicación de nuevos principios como ocurre en particular con la donación del padre al hijo, o la donación entre cónyuges, que se convalidan si el padre, o el cónyuge donante, fallecen sin haberlas revocado, a tenor de los testimonios de Paulo⁶⁴ y Ulpiano⁶⁵, conforme al SC citado del año 206 d. C.⁶⁶, conocido parcialmente por un fragmento ulpiano, contenido en el Digesto⁶⁷. Es decir, subsistiendo el matrimonio, y sin haber cambiado de opinión, las donaciones entre los cónyuges quedan

57 «*Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat filius pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit*». Paulo libro 54 ad edictum.

58 «*Impp. Severus et Antoninus augusti Atilio Natali militi. Si frater tuus in potestate patris in diem mortis perseveravit, donationes quas a patre in eum collatas esse adfirmas, nullius esse momenti dubitare non debes*».

59 Resume lo dispuesto en este fragmento por Papiniano, libro 12 Responsorum, el escolio: «*Nihil prodesse filiofamilias donatum, si testamento non confirmetur donatio, quamvis pater non mutaverit voluntatem*».

60 «*Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate*». Ulpiano libro 32 ad Sabinum.

61 «*Uxori suae inter cetera ita legavit uxori meae quidquid vivus dedi, donavi, usibusve eius comparavi, concedi volo; quaero, an quod post testamentum factum ei donatum est, id quoque concessum videatur. Respondit, verba, quae proponerentur, nihil pro futuro tempore significare*». Scevola, libro 14 de sus Digestos.

62 «*Si quis cum minore contraxerit, et contratus incidit in tempus, quo maior efficitur, utrum initium spectamus, an finem? Et placet ut est constitutum, si quis maior factus comprobaverit, quod minor gesserat, restitutionem cessaret...*». Ulpiano libro 11 ad Edictum.

63 BUSSI, E., op. cit., pp. 257-271.

64 «*Pater si filio familias aliquid donaverit, et in ea voluntate perseverans decesserit, morte patris donatio convalescit*». Paulo, Reglas 5, 11, 3; FV 281, con el fundamento: «*recepta humanitate placet*».

65 «*Et si forte maritus ab uxore stipulatus sit id annum decesseritque mulier constante matrimonio dicendum erit ex oratione donationem convalescere*». D. 24, 1, 33, 2. Ulpiano, libro 33 ad Sabinum.

66 Oratio referida profusamente en D. 24, 1, 32, pr y 1-28,

67 D. 24, 1, 32, 2; FV 276: «*...cum oratione divi Severi huiusmodi donationes (del padre al hijo en nombre de la madre) post obitum eorum, qui donaverunt, confirmantur*», y FV 294; C. Iust. 5, 16, 1, 3, 15 y 25.

confirmadas con la muerte del donante, que es el principio vigente en Justiniano⁶⁸.

Para el emperador bizantino, era preciso tener respeto a la voluntad del difunto, observando la constante y permanente voluntad del donante, más que como consecuencia de un *favor donationum*, si tenemos presente que los antiguos modos de transmisión del dominio, o de los derechos en general, habían perdido la importancia y eficacia precedente, e incluso no se aplicaban algunos de ellos, de modo que la defensa articulada por la jurisprudencia, a favor del donante, fundada en la *lex Cincia*, había perdido todo su valor, ya que no se utilizó desde finales del período clásico, porque la última referencia a la misma se encuentra en el C. Th 8, 12, 4, del emperador Constantino, en el primer tercio del siglo IV, y Justiniano no duda en constatar, en la Novela 162, del año 539, que en ese momento y desde hacía mucho tiempo, no se aplicaba dicha norma republicana.

El emperador Constantino adoptó la medida legislativa de aplicar, el año 316, o 323, del C. Th. 8, 12, 1, el requisito de la insinuación, a todas las personas, disponiendo que las donaciones se hicieran mediante acto escrito, en el que se hiciera mención del donante, de su derecho sobre la cosa, objeto de la donación, y sus caracteres, además de efectuarla en presencia de los vecinos, que en el futuro diesen testimonio de haberse efectuado la enajenación, sin olvidar que el negocio fuera recogido documentalmente *apud iudicem vel magistratum*⁶⁹. Este emperador posclásico, en la constitución del 4 de mayo del año 333, recuerda que los requisitos formales, previstos en la normativa precedente, eran también obligatorios para las donaciones entre padres e hijos⁷⁰.

68 Para De Robertis, no hubo un senadoconsulto, sino dos, uno de Septimio Severo, del año 197, y otro de Antonino Caracalla, del 206, a través de los cuales se introdujo el principio de que la prelación del donante sin haberlas revocado producía la convalidación. La segunda medida normativa de Caracalla, posterior cronológicamente hablando, convalida todas las donaciones entre cónyuges, siempre que se trate de *donationes rerum*, completando la precedente, que solamente había regulado un caso particular, y sobre este esquema, la jurisprudencia clásica extendió el principio a todas las donaciones efectuadas mediante tradición. DE ROBERTIS, F., *La convalidazione delle donazioni fra coniugi nelle 'orationes' di Severo e Caracalla*, en *Scritti Varii di Diritto romano*, vol. I. Diritto privato, Bari, Cacucci, 1987, pp. 33-67.

69 Cf. FV 249, 6.

70 C. Th, 8, 12, 5: «...id, quod necessario super donationibus apud acta conficiendis iam pridem statuimus, universos teneat, salvo tamen iuris privilegio».

Un siglo más tarde, la constitución de Teodosio II y Valentiniano III, del año 428, dispone que pueden hacerse donaciones a extraños y desconocidos, y además considera superfluo que la donación conste en un documento, siempre que pueda justificarse con otras pruebas, simplificando las formas de la donación, puesto que era suficiente la simple promesa, para generar el vínculo obligatorio en el donante, apartándose abiertamente del enfoque de Constantino⁷¹.

Se trata de una nueva orientación de la legislación imperial, que se constata en otra constitución, acorde con este nuevo enfoque, del emperador Zenón, favorable a la validez de las donaciones, sin los requisitos enunciados por Constantino, ya que no exige ni la presencia de vecinos, ni los testigos⁷².

Con Justiniano se producen las grandes reformas, culminando un movimiento normativo que da reconocimiento jurídico a la simple manifestación de voluntad⁷³, dando validez al mero pacto de donación, pero asumiendo ciertas cautelas, para que no haya fraude, y se protejan intereses legítimos, contradiciendo abiertamente el planteamiento del Derecho clásico, expuesto en Inst. Iust. 2, 7, 2⁷⁴. Da valor al simple pacto de donación, que Justiniano eleva a la categoría de contrato con eficacia jurídica, lo cual era inconcebible en época clásica, además de declarar la licitud de la donación de una cuota del patrimonio o de todo el patrimonio, con el único requisito de las formalidades previstas, si la donación excede de los quinientos sueldos⁷⁵.

Estuvieron exentas de la obligación de insinuar, desde el siglo V d. C., las donaciones esponsalicias que no fueran superiores a doscientos sueldos, cuya cuantía eleva Justiniano, el año 529, a los trescientos suel-

71 C. Iust. 8, 54, 29: *«In extraneos et saepe ignotos donationem collatam valere, receptum est: et si sine scripto donatum quid fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis, hoc, quod geritur, comprobatur»*.

72 C. Iust. 8, 53 31.

73 C. Iust. 8, 53 (54), 35, 5.

74 «Hay otras donaciones que se hacen sin ninguna previsión de la muerte, a las que llamamos inter vivos... y no pueden ser revocadas sin motivo. Se perfeccionan, cuando el donante hubiere manifestado su voluntad por escrito o sin escrito; una constitución nuestra ha querido... exigen para su existencia que haya tradición, de modo que, aun cuando no se entreguen, tengan plenísima y perfecta validez, e incumba al donante la necesidad de la tradición... hasta quinientos sueldos... tienen en si plenísima validez», (sin necesidad de la insinuación).

75 C. Iust. 8, 53 (54), 35, 4.

dos, exigible a cualquier donación, común o *ante nuptias*, pero incrementándola más tarde a quinientos sueldos, si la donación es «*ad pietatem*»⁷⁶. Dos años más tarde, sienta el principio, según el cual todas las donaciones que no llegaran a esta última cuantía, sin distinción alguna, estaban exentas de la *insinuatio*, mientras que las que excedieran, y no estuvieran insinuadas, eran nulas en cuanto al exceso. Este régimen se aplicaba tanto a las donaciones reales o efectivas, como a las promesas de donación⁷⁷. La cifra de los quinientos sueldos es recibida en el Derecho común procedente del justiniano, tratando los juristas de fijar su equivalencia en la moneda entonces usual. La alta suma exigida para este requisito, implica una amplia concesión al espíritu de liberalidad, y en parte es fruto del influjo del cristianismo⁷⁸.

Mientras en la República romana, y en época clásica, la donación es una causa o fundamento justificativo de la adquisición, que está en la base de muchos negocios de liberalidad, consistentes en el empobrecimiento del donante e incremento patrimonial irrevocable del donatario, sin la obligación jurídica de una contraprestación, a partir de Constantino empieza a configurarse como un negocio jurídico autónomo en sí mismo, en el cual lo relevante es el *animus donandi*, o intención de despojarse de una actividad patrimonial propia, en beneficio de otra persona, hasta llegar, en Justiniano, a configurarse como un contrato⁷⁹, que es el modelo utilizado para esta figura jurídica en la Recepción desde la Baja Edad Media hasta la Codificación europea.

76 C. Iust. 8, 54, 34pr.

77 C. Iust. 8, 54, 36, 2. Cf. Basílicos 47, 1 68.

78 Se exceptúan del requisito citado algunos supuestos, bien por la causa que la determina o por las personas entre las cuales tiene lugar el negocio de donación. En el primer grupo se enumeran: a) las donaciones por simple pacto, para reconstruir una casa arruinada o devastada por el fuego; b) las donaciones *propter nuptias* hechas a una *materfamilias* que todavía estaba en minoría de edad; c) las donaciones hechas para constituir la dote; d) las donaciones para redimir cautivos. En el segundo grupo, estaban exentas: a) las donaciones de muebles hechas por el *magister militum* a sus propios soldados; b) las donaciones del emperador a los ciudadanos y recíprocamente; c) las donaciones hechas a un monasterio, por la persona que ingresa en el mismo. Por último, la reforma de Justiniano se cierra, respecto de las donaciones, con la constitución del año 531: C. Iust. 8, 54, 37, declarando que las palabras superfluas que solían ponerse en las donaciones no tengan repercusión alguna en la donación.

79 Serán suficientes reiterar las palabras de Arangio Ruiz: «Con questa determinazione di una forma particolare va di pari passo la tendenza a considerare la donazione non più come un carattere speciale che negozi giuridici di ogni natura possano assumere, bensì come un negozio giuridico, anzi un *contractus*, per se stante». ARANGIO RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto romano*, 14ª ed. riv., rist. anast., Napoli, Jovene, 1977, p. 582.

Esta problemática de la naturaleza jurídica de la donación es frecuente en la romanística italiana de la primera mitad del siglo XX, como vemos en Arangio Ruiz⁸⁰, separando el Derecho clásico de la reforma justiniana, desde la causa en múltiples negocios a una figura típica, válida con el simple pacto, y exigible mediante acción⁸¹. A finales de la República o principios del Imperio surgió la prohibición de las donaciones entre cónyuges, exceptuando los regalos habituales que no tienen ni tan siquiera el nombre de donaciones, y las realizadas para fines determinados, como las que se intercambiaban en el momento del divorcio o para el supuesto de terminación del matrimonio *mortis causa*. En su criterio, la donación realizada contraviniendo la prohibición era inexistente, y el donante podía reivindicar la cosa mancipada o *tradita*, o repetir la suma pagada con la *condictio*. A imitación de la regla *morte Cincia removetur*, un sena-

80 ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto romano*, op. cit., pp. 578-584: Con la donación, presente en múltiples negocios, se produce el aumento del patrimonio del donatario y la correspondiente disminución en el del donante, pero no podía tener un carácter eventual, p. ej. si el donante asume la garantía de una deuda o da una prenda por deuda ajena, ni tampoco la renuncia a un derecho que todavía no ha entrado en el patrimonio, como renunciar a una herencia para beneficiar al coheredero o al sustituto o al heredero *ab intestato*. Además, es preciso que no se haga movido por una obligación jurídica, porque entonces no hay disminución patrimonial, ni cuando es el donante un interesado en una ventaja propia jurídicamente unida a la disminución, p. ej. dación de una suma de dinero, puesta como condición potestativa o como *modus* de un legado dispuesto a su favor. En derecho clásico solamente se exige como elemento subjetivo la espontaneidad, p. ej. vender a precio menor del mercado, si la voluntad de vender prevalece en el enajenante. En derecho posclásico y justiniano se exige el *animus donandi*, o intención de desprenderse de algo de su patrimonio en beneficio de otro, p. ej. si en la venta tenga el vendedor intención de enriquecer con el bajo precio al comprador y esto prevalezca sobre la de obtener un poco de dinero con la venta. La donación es un negocio jurídico que puede revestirse de un número indefinido de negocios, y no tuvo regulación autónoma ni de forma ni se sustancia, aunque todos los negocios con este enfoque tuvieron reglas comunes, tanto por la desconfianza que tiene a los actos con los que un sujeto se despoja sin causa a favor de otro, o porque se desconfía de una minoración de la libertad en el disponente o que se dañe gravemente a los intereses familiares, como vemos en las normas de la *lex Cincia* y en la prohibición de donaciones entre cónyuges, por lo que termina imponiéndose en época posclásica la *insinuatio*.

81 La *lex Cincia* del año 204 a. C. fijó un límite de cuantía para las donaciones válidas, quizás fijada en mil ases, aunque de este límite se excluyeron las *personae exceptae* como eran los parientes cognaticios, dentro de un grado más o menos estrecho según se tratase de donación usual o de constitución de dote, además del cónyuge, el *sponsus*, y quizás también el patrono y el pupilo, al ser una *lex imperfecta*, la donación *ultra modum* no estaba afectada de nulidad absoluta, ni daba lugar a una pena: solamente si la donación generaba una obligación, el pretor denegaría la acción al donatario, y en el proceso formulario se otorgaría al donante una excepción para evitar la ejecución, a través de la *exceptio legis Cinciae*. Si la cosa se transfirió con un medio idóneo que hizo *dominus* al adquirente, o remitió solemnemente la obligación, etc. nada podía conseguir el reclamante para conseguir la nulidad. Puesto que la *condictio* para recuperar la cosa donada se utilizaba en casos excepcionales, y la *exceptio* y la *replicatio* no se transmitían a los herederos, dio origen a la máxima *morte Cincia removetur*, muy discutida a principios de época clásica, pero definitivamente confirmada mediante un rescripto del emperador Caracalla.

doconsulto de Septimio Severo y Caracalla, del año 206 d. C. determina que las donaciones entre cónyuges sean inatacables con la muerte del donante, debiéndose interpretar la donación *inter vivos*, que no había sido revocada en vida del donante, como tácitamente renovada. Justiniano, tipifica la donación como un negocio jurídico, incluso un contrato, que tiene subsistencia propia.

Biondi⁸², pone de manifiesto que los antiguos intérpretes colocan a la donación entre los contratos, al igual que hizo la Pandectística, pero Savigny lo rechazó porque no era un negocio típico, sino causa de cualquier negocio jurídico patrimonial. No obstante, en Derecho canónico se colocó en las sucesiones, por la consideración de que la donación se convalida con la muerte del donante⁸³.

A propósito de la *confirmatio donationis*, Biondi⁸⁴ señala que, en origen, los herederos del donante podían ejercitar los mismos medios que tenía el donante, pero Papiniano, en FV 294 y FV 259, admite que cuando el donante haya muerto sin cambiar su voluntad respecto a la donación, el donatario puede contraponer, a la *exceptio legis Cinciae*, la *replicatio doli*. Desde su punto de vista, Papiniano no podía conocer el rescripto de Caracalla, porque escribe siendo emperadores Severo y Caracalla, en la primera década del siglo III d. C., y no a finales del siglo II. Este planteamiento tuvo confirmación legislativa en Caracalla, que estableció el principio *morte Cincia removetur*, según el cual los herederos del donante no pueden ejercitar los medios que competían al causante: FV 266, de Ulpiano. Para la aplicación del principio no se requiere ningún acto positivo de confirmación, sino la perseverancia de la voluntad, es decir, que el donante no haya realizado un acto incompatible con la voluntad de dejar subsistir la donación. El principio *morte Cincia removetur* hace que el donatario adquiera definitiva e irrevocablemente *mortis causa*.

En época clásica se cambió el régimen que introdujo la *lex Cincia*, merced al pretor y a la jurisprudencia⁸⁵. La donación no es nula, ni anu-

82 BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, 2ª ed. rev., trad. del ital. por M. Fairén, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 645-734.

83 BUSSI, E., *La formazione dei dogmi*, vol. II., op cit., p. 184.

84 BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*..., op. cit., p. 658.

85 Porque la antigua ley no se entiende como ley prohibitiva sino como garantía contra donaciones poco meditadas, separándose la donación en dos momentos: realización del acto y su ejecución, para que

lable, sino revocable en sus efectos, y dentro de los límites de los medios que la ley conceda al donante⁸⁶.

La prohibición de donaciones entre cónyuges, que Ulpiano en D. 24, 1 1 justifica que fue introducida *moribus ne mutuo amore invicem spoliarentur*, y Africano en D. 24, 1, 2 para evitar que *discuterentur matrimonia si non donaret is qui posset*, es decir, para evitar que la concordia entre cónyuges renaciera con un abundante regalo, y Papiniano refiere el *venale concordium*, en D. 23, 4, 27, sirviendo esta justificación para la emanación del SC del año 206 d. C, por el que el emperador, *oratio* de Caracalla, convalidó las donaciones entre cónyuges, si premoría el donante, D. 24, 1, 3 pr, terminan constituyendo el fundamento de la prohibición de donarse entre los cónyuges, cuando en época posclásica desaparece la capacidad de suceder entre cónyuges.

La razón *ne mutuo amore spoliarentur* es insuficiente, cuando no subsiste la *lex Cincia*, y cualquier donación, acorde con las formas legales, es válida. La donación era nula, solamente *si matrimonium moribus legibusque nostris constat*: D. 24, 1, 3, 1 de Ulpiano, por lo que era válida la donación entre concubenarios, y prometidos o *sponsi*, aunque más tarde contraigan matrimonio. Si el matrimonio es nulo, la donación es válida, considerándose

el donante reflexione sobre la oportunidad de la atribución que ha hecho durante el segundo período de tiempo, con objeto de que la donación sea producto de una voluntad firme y permanente de hacer una atribución patrimonial sin contraprestación, por lo que la prohibición se transforma en facultad de revocar la donación en los límites que permite la ley, y la revocabilidad se excluye con la muerte del donante y donaciones exceptuadas por la ley Cincia. BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación...*, op. cit., pp. 659-660.

86 BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación...*, op. cit., pp. 660-662: la nueva fase del régimen aplicable a la donación tuvo lugar con la constitución imperial de Constantino, que en unas fuentes aparece referida al año 316, pero en otras del año 323; viene transmitida en F. V. 249, pero reproducida parcialmente en C. Th. 8, 12, 1, y en Justiniano, C. Iust. 8, 53, 25. Hasta el año 319, conforme a C. Th. 8, 12, 4, que menciona *ceteras exceptas Cinciae legis personas*, estuvo en vigor la *lex Cincia*, y con la nueva constitución del 323 queda abolida expresamente la ley y todo el sistema clásico de la *exceptio* y de la *donatio perfecta*, que asume otro sentido nuevo. B) la donación no es causa de distintos negocios, sino un negocio típico, reconocido por la ley. C) la donación se sujeta a una forma particular más rigurosa que otros actos, como es la exigencia de la escritura. Ahora, es *donatio perfecta* la que ha satisfecho las formas de la ley: Inst. Iust. 2, 7, 2: *quae si fuerint perfectae, temere revocari non possunt; perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit*. La *exceptio legis Cinciae* es una excepción genérica con la que se hace valer la ineficacia de la donación realizada contra la ley, y ya no se funda en la prohibición de la donación. *Modus donationis* es el valor de la donación establecido por la ley a efectos de la necesidad de una forma, porque las donaciones que no sobrepasen el *modus* establecido por la ley están exentas de las formalidades legales. *Exceptae donationes* son las que no están sujetas a formas legales, y *exceptae personae* son las que se pueden hacer sin observar la forma establecida por la ley con carácter general.

como hecha entre extraños. La prohibición de la donación se considera respecto al tiempo en que la donación ha sido satisfecha, y no cuando se ha realizado. Por ello tiene efecto cuando el matrimonio se ha disuelto, y se consiente la *donatio mortis causa*⁸⁷.

Era frecuente que el donante, para evitar que los propios herederos hicieran valer la nulidad de la donación entre cónyuges, solía confirmarla con las fórmulas más diversas, normalmente mediante una disposición testamentaria, como vemos en D. 32, 33, 1, de Cervidio Escévola: *quidquid vivus dedi donavi usibusque eius comparavi, concedi volo*, o en D. 34, 2, 13, del mismo Scevola: *quidquid... donavi... dari volo*. De esta práctica deriva la providencia de Septimio Severo y Caracalla por la que la donación se convalida cuando el donante haya muerto sin haber cambiado su voluntad, porque entiende que es *durum et avarum* que los herederos del donante hagan valer la nulidad de la donación, que el mismo donante no quiso hacer valer en vida, tal como refiere D. 24, 1, 32, 2, de Ulpiano⁸⁸.

El motivo inicial de la prohibición venía por la incapacidad sucesoria de los cónyuges, recogida en las leyes augústeas, pero el *Code civil* francés de 1804 recoge la tradición romanista asumida en la regulación justinia-

87 Respecto de la convalidación es muy relevante la *oratio divi Antonini* antes citada y a la que se refiere Paulo en Pauli Sententiae 2, 23, 6. Respecto a los efectos plantea dificultades D. 39, 6, 40 de Papiniano, según el cual *morte secuta reducitur ad id tempus donatio, quo interposita fuisset*, mientras en D. 39, 6, 11, 2 lleva los efectos a la muerte del donante. La donación hecha antes del matrimonio, pero satisfecha durante el matrimonio, es atacada por la prohibición referida en D. 24, 1, 32, 33, conforme a este fragmento de Ulpiano. Existiendo la prohibición, la donación es nula, por lo que la propiedad no se transmite, la obligación es ineficaz y el donante puede reclamar como indebido lo pagado, la liberación no vale y el donante puede exigir el crédito como si la liberación no se hubiera realizado. En las relaciones entre cónyuges, durante época posclásica, la donación no es cualquier acto de liberalidad, como era a los fines de la *lex Cincia*, sino el acto que supone enriquecimiento del donatario y correspondiente disminución patrimonial del donante durante el matrimonio.

88 La donación es válida solamente dentro de los límites en que, según la ley de Augusto, un cónyuge puede suceder al otro: FV 294, de Papiniano. La donación entonces se hace eficaz, considerándola como donación permitida. Aunque la donación esté confirmada en el testamento, por medio de un legado o un fideicomiso, las acciones para su exigibilidad son las derivadas de la donación y no del testamento. Durante el período clásico, la *oratio* se aplica a las donaciones reales y liberatorias, mientras subsiste un enriquecimiento del donatario. En Derecho justinianeo se admite la convalidación respecto de cualquier donación, a tenor del fragmento D. 39, 5, 32, 1 de Ulpiano, aunque Papiniano, en el fragmento 23, afirma que solamente se aprueba el principio, respecto a la limitación de la convalidación, a las donaciones reales. Para la aplicación de la *oratio* de los Antoninos se requiere: a) persistencia de la voluntad de donar, ya que la donación por causa de muerte, como el testamento, es revocable hasta el último día de su vida y de cualquier modo, b) premoriencia del donante al donatario, anulándose si el donatario premuere al donante; c) que el donante haya muerto durante el matrimonio, salvo que el patrimonio del donante haya sido confiscado.

nea, reconociendo la convalidación por premoriencia del donante, que no hubiera revocado la donación.

Pietro Bonfante⁸⁹ pone de relieve que en virtud de un principio de data incierta, pero de época de Septimio Severo y Caracalla, formulado a partir de la analogía con la convalidación de las donaciones entre cónyuges, *morte Cincia remouetur*, los herederos no podían oponer válidamente la *exceptio*, si el donante había perseverado en su voluntad hasta la muerte. Las donaciones entre cónyuges eran absolutamente nulas, aunque esta prohibición es posterior a la ley Cincia, en la que se enumeraban a los cónyuges entre *las personae exceptae*. La nulidad de estas donaciones⁹⁰ se produjo en base a la costumbre, que debe proceder de tiempos de Augusto, para evitar el espíritu de interés en las relaciones conyugales, en perjuicio del cónyuge más generoso, conforme a los textos jurisprudenciales de D. 24, 1, 1: *Ne mutuo amore invicem spoliarentur*; D. 24, 1, 3 pr. *Ne concordia pretio conciliari videretur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret*. El senadoconsulto, del año 206, convalidó estas donaciones, siempre y cuando el donante hubiera muerto sin haberlas revocado, y es el principio jurídico que aplicará finalmente Justiniano.

Sanfilippo⁹¹, pone de relieve que en el derecho quirritario no se sintió la necesidad de poner freno a la donación, porque era una sociedad de agricultores y pequeños propietarios, que no donan con ligereza. Fue preciso un freno a las mismas cuando se difundió una cultura de la disipación y prodigalidad, derivada de la decadencia de las antiguas costumbres. Para este romanista italiano, la *lex Cincia de donis et muneribus* del 204 a. C., prohibió las donaciones por encima de cierta cuantía (*ultra modum*) a excepción de las efectuadas entre *personae exceptae*, porque éstas estaban relacionadas con estrechos vínculos entre sí: cognados hasta el quinto grado, cónyuges, patrono y liberto, etc., y las justificadas por su particular fin, como era la dote, pero su normativa no implicaba la nulidad de la donación hecha en quebrantamiento de la misma, procurando hacerlas ineficaces mediante diversos recursos, especialmente la *exceptio legis Cinciae*, opuesta al donatario, que busca la ejecución de la donación que le han hecho. Esta

89 BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, trad. de la 8ª ed. ital. por L. Bacci y A. Larrosa, rev. por F. Campuzano, 3ª ed., Madrid, Reus, 1965, pp. 541-547.

90 BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, op. cit., p. 188.

91 SANFILIPPO, C., *Istituzioni di Diritto romano* 7ª ed., Catania 1982, pp. 307-309.

excepción no era transmisible a los herederos, de donde surge el principio: «*morte Cincia removetur*».

A finales de la República se suprimieron algunas de sus disposiciones, como excluir a los cónyuges de las *personae exceptae*, con lo cual se introdujo *moribus* la prohibición rigurosa de las donaciones entre cónyuges, sancionadas con una absoluta nulidad, salvo la convalidación de las mismas con la muerte del donante. En época posclásica, especialmente por influjo de la ética cristiana, las limitaciones de la *lex Cincia* cayeron en desuso, y la legislación se preocupó de evitar las donaciones relevantes por encima de quinientos sueldos, para que no tuvieran origen en la ligereza del donante, requiriendo para la validez de las mismas la realización de una forma solemne, *professio apud acta*, públicamente transcrita: la *insinuatio*. Revestida de esta forma especial, la donación comenzó a considerarse no una causa de cualquier enajenación a título gratuito, sino un negocio jurídico autónomo⁹².

III. CONFIRMACIÓN DE LAS DONACIONES *INTER VIVOS* EN EL *IUS COMMUNE*

Betti comenta el instituto de la confirmación del negocio en Derecho civil italiano⁹³, concibiéndolo como una manifestación complementaria de la autonomía de las partes, a fin de preservar el riesgo de anulación del régimen acordado para sus intereses, cuando depende de un vicio de formación del acto. De este modo se consigue su validez, bien como convalidación de un contrato anulable, o como renuncia a la impugnación de disposiciones testamentarias, o donaciones inválidas, que era una de las medidas ya adoptadas en Derecho romano clásico.

92 Según Archi (ARCHI, G. G., *L'evoluzione della donazione nell'epoca postclassica*, en RIDA 5 (1958) 154), entre los romanos estaba vigente la prohibición rigurosa, introducida por la costumbre —*moribus constitutum*— de las donaciones entre cónyuges. Cualquier donación era nula, salvo los pequeños regalos que la costumbre admitía con ocasión de fiestas, honores conseguidos por el marido o con ocasión de aniversarios. Esta prohibición tenía un notable fundamento moral: se quería evitar, sobre todo dada la facilidad de ruptura del matrimonio, que el cónyuge más afectuoso o débil de carácter se empobreciese en ventaja del más perspicaz, y que la duración del vínculo estuviera subordinada mediante chantajes más o menos larvados, a la prestación de regalos: D. 24, 1, 3 pr. *Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret*. La prohibición no se aplicaba a las donaciones *ante nuptias*.

93 BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corr. della 2ª ed., Torino, POMBA, 1952, p 253.

Recordaba Magdalena Rodríguez⁹⁴, que la donación fue, sin duda alguna, el negocio jurídico por excelencia durante el período Altomedieval, porque merced a esta institución se consolidó la Monarquía y se formaron los señoríos, conservando, «casi en su totalidad, las características que tuvo en la antigua legislación romana».

En esta etapa confluye una pluralidad de ordenamientos, como fueron el romano, el germánico y el canónico, además del consuetudinario, con pluralidad de raíces, desde la vulgarización del ordenamiento romano a las prácticas habituales de las comunidades ya asentadas territorialmente, y las que aportan los nuevos pueblos invasores. En el Código de Eurico se previene que la donación de una cosa, seguida de la *traditio*, no puede revocarse más que por causas ciertas y probadas, y aunque no enuncia el fundamento de las mismas, es de presumir que se refiere a la ingratitud del donatario, siguiendo lo previsto en Roma⁹⁵.

Aunque las donaciones entre cónyuges estaban prohibidas a finales del período republicano romano, sin embargo en este cuerpo normativo⁹⁶ se declara la validez de dicho negocio jurídico *inter vivos*, si se produce la confirmación de la donación con dos o tres testigos: «*maritus si uxori suae aliquid donaverit, hoc, quod voluerit, scriptura sua manu signo sive subscriptione confirmet, ita ut duo aut tres testes ingenui subscriptores accedant; et sic voluntas ipsius habeat firmitatem... Similis de uxoris voluntate, quae in maritum conferre voluerit, donationis forma servetur*».

En Derecho visigodo, la donación *inter vivos* aparece como negocio jurídico lucrativo, que se recoge en un documento, al estilo romano⁹⁷, sin el launegildo o *vicissitudo* germánica, donde el escrito es un simple medio de prueba, aunque con valor constitutivo en la *donatio mortis causa*. No obstante, para su perfección, si son cosas muebles, debe hacerse la *traditio*, y en la práctica se añade el acta, mientras que para bienes inmuebles es

94 RODRÍGUEZ GIL, M., *La donación en la Alta Edad Media en los reinos de León y Castilla*, Madrid, Universidad Complutense, 1982, p. 42.

95 Código de Eurico, ley 308: «*res donata, si in praesenti traditur, nullo modo a donatore repetatur, nisi causis certis et probatis*».

96 Código de Eurico, ley 307: «*Maritus si uxori suae aliquid donaverit, de hoc quod voluerit scriptura sua manu signo sive subscriptione confirmet, ita ut duo aut tres testes ingenui subscriptores accedant; et sic voluntas ipsius habeat firmitatem. 2. Testes vero si ad scripturam non fuerint praesentes... voluntas non valeat*».

97 D'ORS, A., *Estudios visigóticos. II. El Código de Eurico*. Ed., palingsensia... Roma-Madrid, IJE, 1960, p. 234.

necesaria la entrega de la escritura, con las subscripciones de los testigos⁹⁸.

La donación altomedieval, según Rodríguez Gil⁹⁹, es un negocio jurídico unilateral, dado que el donante es el único que suscribe el documento que la refiere, y prescinde totalmente de la aceptación del donatario, aunque es evidente que para que produzca plenos efectos jurídicos necesita de dicha aceptación, lo que le lleva a afirmar que es un contrato. En los documentos no se recoge, ni la aceptación, ni la firma del donatario, asumiendo una actitud absolutamente pasiva, caracterizándose con las notas de gratuidad, enriquecimiento del donatario, empobrecimiento del donante, y liberalidad, porque es indispensable el *animus donandi*, que se manifiesta libremente y sin coacción alguna.

En el derecho longobardo¹⁰⁰, el *Edictum Rothari* exige la necesidad de la contraprestación o launegildo, lo que indica que la donación germánica implicaba una correspondencia por parte del donatario, que pagaba cierta cantidad, y ello convertía la donación en irrevocable. Con el tiempo no fue considerada la contraprestación, y del launegildo, como uno de los *essentialia negotii*, por lo que en territorios sujetos al dominio de los lombardos hay testimonios en los que falta el launegildo, quizás porque no se exigió que hubiera equivalencia de prestaciones entre donante y donatario. La *Lex Romana Utinensis* recuerda el requisito de la insinuación, y sostiene como característica fundamental que se trata de un acto de liberalidad.

El *Liber Iudiciorum*, 5, 3, 7, *antiqua*, *De rebus inter maritum et uxorem invicem datis*¹⁰¹, y su correspondencia con el Fuero Juzgo, dispone la validez y firmeza de las donaciones entre marido y mujer, recíprocamente, si constan en escritura ante dos o tres testigos, sin que intervenga fuerza, y siempre que se proceda de buena fe¹⁰².

98 Cf. CANELLAS LÓPEZ, A., *Diplomática hispano-visigótica*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1979, pp. 70-72.

99 RODRÍGUEZ GIL, M., op. cit., pp. 150-152.

100 Vid. por todos, BUSSI, E., *Le donazioni in Italia nell'epoca preirmeriana*, op. cit., pp. 276-294.

101 «*Maritus si uxori suae aliquid donaverit, de hoc, quod ipsa sibi habere voluerit, scripturam manus suae subscriptione vel signo confirmet. Ita ut duo aut tres testes ingenui subscriptores, vel signa facientes accedant, et sic voluntas ipsius habeat firmitatem. . .*». *Fuero Juzgo*. Edición de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, p. 65.

102 *Fuero Juzgo* o *Libro de los jueces*, ed. BOE, op. cit., p. 84.

Como señala Bussi¹⁰³, no se puede afirmar que en el Derecho común se haya verificado una elaboración doctrinal particular acerca de la diferencia entre los contratos onerosos y gratuitos, pero es evidente que se puso interés en la diferencia, porque la categoría afectaba directamente a la usura, y de la misma se ocuparon los canonistas, comenzando por la glosa canónica¹⁰⁴. El historiador italiano manifiesta la influencia del derecho canónico en el derecho sucesorio, que se debe a dos principios o presupuestos¹⁰⁵: el respeto más absoluto a la personalidad humana en cualquier manifestación, lo más amplia posible, y la afirmación abstracta de la libertad de querer en cualquier sujeto humano, incluyendo personas de humilde condición, *filiifamilias* o esclavos. Reconoce Bonifacio VIII¹⁰⁶, que el recurso al Derecho romano solamente se permite en los casos en los que los cánones no tenían una regulación, convirtiéndose en derecho subsidiario, ya que es eficaz en cuanto ha obtenido la sanción expresa o tácita del Pontífice. Basta recordar las palabras de Uguccio¹⁰⁷: «*omnes christiani subsunt apostolico, et ideo omnes tenentur vivere secundum leges romanas, saltem quas approbat Ecclesia. Item quid de clericis: numquid et ipsi ligantur legibus roma-*

103 BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune (contratti, successioni, diritti di familia)*, rist. anast., Padova, CEDAM, 1971, pp. 9-10.

104 En la glosa *quod autem*, al título C. 14 q. 3, analizando los casos sospechosos de usura, se recuerda explícitamente que los contratos gratuitos por su naturaleza son el mutuo y el comodato razonando que si el mutuo no es gratuito, entonces hay usura, y en el comodato, dando una compensación o por la cosa misma, si es en dinero, habría compraventa, y si otro objeto, una permuta, o por el uso de la cosa, que si es dinero hay arrendamiento de cosa, y si es otra cosa, hay un contrato innominado del tipo *do ut des* o *do ut facias*. Estos contratos, aunque lícitos a los laicos, solamente pueden utilizarlos los clérigos «*in causa necessitatis*». Bussi, (ed. loc., pp. 12-13) señala que la glosa canónica, glosa *contractibus ad c. 2 Extrav. Comm. V. de sententia excommunicationis*, distingue los contratos: bilaterales, «*ultra citroque obligatorii, ut emptio et venditio et similes*», y unilaterales, cuya obligación surge «*ex parte una: ut est donatio*». Ibid., p. 18: uno de los criterios de interpretación de los contratos viene «*ab intentione finali disponentis*», porque se refiere a la causa final, y no se trata solamente de indagar en los motivos, que para el *Ius commune* era muy distinto de la causa, sino en la intención de los sujetos, que debe prevalecer sobre su manifestación, de forma que solo en la hipótesis de duda irresoluble, «*contractus indicatur qualis a partibus denominatur*». En el resto, los doctores y la jurisprudencia entienden que «*contractus non debet a verbis denominari sed a principali contrahentium intentione et ab illius effectus*», y en relación a ella «*la intentio finalis*» se conecta con la máxima: «*verba sunt interpretanda eo modo quo non sint contra sed secundum naturam contractus*».

105 BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune ...*, op. cit., pp. 114-115: La Ciencia canónica es, según el Hostiense, la *scientia scientiarum*, abrazando no solamente la Teología sino también la «*scientia civilis*», siendo idónea para gobernar las relaciones humanas tanto en las cosas espirituales como temporales: Ostiense, *Summa aurea*, I, n. 3 proem. sub *unde habuit*, nn. 11 y 12.

106 In VI 1.2.1.

107 BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune ...* op. cit., p. 116.

nis. Sed illis quae approbantur ab Ecclesia et non obviant canonibus. Sed non ideo, quia sint promulgatae ab imperatoribus, sed sint confirmatae a domino Papa»¹⁰⁸.

Ningún negocio del del Derecho civil es tan incierto como la donación, en su ubicación institucional. La glosa canónica diferencia entre *dare* et *donare*¹⁰⁹: «*Sed facias vim et differentiam inter dare et donare ut donum dicatur quod aliquis ex libertate dat et ex certa scientia; unde episcopus non dicitur donare praebendas sed dare»¹¹⁰. Merced a la influencia del Derecho canónico, en la sistemática, de las instituciones privatísticas, se colocaron las donaciones en el campo del derecho hereditario, pero si hubieran mantenido la tradición, romano-justiniana, estarían en el ámbito de los contratos, matizando Bussi: «e ciò perchè, reputando il diritto canonico che esse si convalidino solamente con la morte del donante, ogni donazione diventa, in pratica, una *donatio mortis causa*». El donatario no puede afirmar un verdadero y propio derecho hasta entonces, sino una expectativa jurídica: no tiene un *ius in re*, según terminología del *Ius Commune*, sino solamente un *ius ad rem*, que puede desaparecer con una manifestación de voluntad revocatoria, que es un derecho personal del donante, y no cabe ejercerlo por parte de sus herederos, como afirma Gregorio IX en X 3, 24, 10¹¹¹.*

La glosa *propter*, a X 3, 24, 10, advierte que Gregorio IX no admite otra causa de revocación que el incumplimiento de la condición por parte

108 BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune ...* op. cit., pp. 117-118. Una máxima de piedad y religión constantemente observada en los siglos, afirma que «*moriens censetur magis quam vivens de animae salute cogitare*», de manera que la materia testamentaria, que es la más importante del derecho hereditario en la Edad Media, se consideró referida a la salud de las almas, y por ello la Iglesia avocó este ámbito a los tribunales propios, siendo su base teórica al Decreto los cánones: C. 13 q. 2 c. 4, 9 y 11. En la glosa *ex hac decreta* y glosa *decretorum*, a X 3. 26.12, se afirma en primer lugar: «*quum de testamentis agitur non secundum leges, sed secundum canones indicandum est*». y «*causas ultimae voluntatis defunctorum ad ecclesiasticum iudicem pertineret*». La función histórica del derecho de la Iglesia ha sido triple a) conservar el Derecho romano; b) modificar el Derecho romano y c) suplir al Derecho romano. No obstante, en el derecho común se nota la influencia canónica en materia testamentaria, inspirada en la observancia de la «*honestas christianas*» en esta tierra, y la salvación del alma en la vida futura: «*Moriens non praesuitur immemor salutis aeternae*», afirma la Rota Romana en una sentencia de 1636. Con esta presunción, el heredero no solamente debe pagar sus deudas civiles, sino también las obligaciones naturales, que encuentran su reconocimiento solamente *in foro conscientiae*. *Ibid.*, p. 167.

109 BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune ...* op. cit., p. 183.

110 Glosa *imvius* a C. 23 q. 7 c.4.

111 «*Propter eius ingratitude, in quam liberalitas est collata donatoris persona de rigore iuris eam potuit revocare. Si forte in ipsum impias manus iniecerit: aut sibi atroces iniurias: seu grave rerum suarum damnum: vel vitae periculum inferre praesumpserit. Quod tamen ad donatoris, qui hoc tacuit, non extenditur successores*».

del donatario, de modo que los casos de revocación son cinco¹¹², enumerados por la *additio* a dicha glosa:

Quinque modis perdo, mihi quae donata fuere//

Infero si damnum graviter donanti in aere, //

Huic per me si sit atrox iniuria facta//

Si sit persona manuali vulnere tacta. //

Quando suae vitae crudeliter insidiabor//

Ingratus domino, re donata spoliabor//

Ingratum factum dic me cum fregero pactum.

Los canonistas formaron una categoría general de actos de última voluntad, entre los que figuran el testamento, en primer lugar, si hay institución de heredero, pero si no la hay es un codicilo, «*et alia etiam quae appellatur donatio causa mortis*», en terminología de Juan de Ímola, a la rúbrica a X 3, 26, n. 3, como hizo en su testamento Juan de Salvatierra, obispo Civitatense. En la categoría de actos de última voluntad entran para el Derecho canónico: a) el testamento con la institución de heredero; b) el codicilo; c) la donación *mortis causa* que es a la vez contrato y disposición de última voluntad, que puede ser revocada, por lo que conservaba naturaleza de acto de última voluntad, quedando en pie que participaba de la naturaleza de acto *inter vivos*, entre otros¹¹³.

112 Sobre esta materia, vid. por todos, Vid. MURILLO VILLAR, A, *La revocación de las donaciones en el Derecho romano y en la tradición romanística española*, Burgos, Universidad, 2007, pp. 19-32 y bibliografía.

113 BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune ...* op. cit., pp. 195-196.

IV. LA CONFIRMACIÓN DE LA DONACIÓN EN EL DERECHO CANÓNICO

Un canonista relevante del siglo XX, después de estudiar las obras clásicas que comentan especialmente las Decretales, así como la doctrina de la primera mitad de esa centuria¹¹⁴, llega a la conclusión de la ausencia de una elaboración doctrinal sobre este instituto¹¹⁵, a pesar de X 2, 30, cuyos capítulos se refieren *De confirmatione utili vel inutili*, porque circunscriben la figura al proceso o actos judiciales, aunque no faltan autores que, más correctamente, generalizaron su aplicación a cualquier acto jurídico, haciendo suyas las palabras «*utilitas huius tituli non eget commendatione*»¹¹⁶, sin que falten doctores que han creado confusión entre dos figuras muy distintas, la *confirmatio ordinaria* y la *confirmatio ex certa scientia*¹¹⁷.

Esta última trata del *ius nulliter et de facto quaesitum*, es decir, su objeto es un acto inválido, nulo, y en consecuencia «*novum ius tribuit actui... supplendo defectus illius*», para lo cual es indispensable que la autoridad proceda con plena noticia del negocio y de todas sus circunstancias, viniendo calificada por muchos canonistas como un caso de dispensa, El superior ocupa el lugar del autor del acto, después de una «*causae cognitio*», rehaciéndolo, por lo cual «*non est nuda et simplex confirmatio, sed est potius concessio, et in effectu dispensatio*», ya que «*ab confirmante robur accipit*». Es equivalente a la dispensa¹¹⁸ en cuanto a que no se produce sin *iusta causa* y

114 FEDELE, P., *La conferma degli atti giuridici nel Diritto Canonico*, en Studi di storia e diritto in onore di Arrigo Solmi, t. II, Milano, Giuffrè, 1941, pp. 343-366. Refiere los comentarios de Filippo Decio, Inocencio IV, Juan Andrés, diversas glosas, Pirhing, Reiffenstuel, y Schmalzgrueber, debiendo añadirse el salmantino del siglo XVII, Manuel González Téllez.

115 En este ámbito, la confirmación es un acto del superior, emanado de la competente autoridad eclesiástica, dotada de poder de imperio, porque si proviene de una persona con igual poder, no sería confirmación sino aprobación. Puede aplicarse tanto al derecho público como al privado, y en sentido técnico jurídico estricto, un acto inexistente jurídicamente no es susceptible de confirmación. FEDELE, P., op. cit., pp. 347-348.

116 Es el inicio del fragmento de Ulpiano, D. 4, 1, 1, inserto en el título «*De in integrum restitutionibus*».

117 La primera o *in forma communi*, se refiere a un acto previamente válido, no tiene función constitutiva, porque no crea nuevas situaciones jurídicas, sino que hace ciertas y estables situaciones preexistentes, sin modificar, ni innovar, creando derechos, capacidades, obligaciones o poderes anteriormente no existentes, y se reduce exclusivamente a la *corroboratio*. Esta confirmación no sana la invalidez del acto para el que es concedida, «*solummodo vetus conservat*», o en otro enfoque: «*facit rem confirmatam maioris auctoritatis*». FEDELE, P., op. cit., pp. 349-350.

118 La dispensa es «*relaxatio legis in casu specialis*», haciendo cesar la eficacia de la ley en un caso concreto, lo que determina que el acto que antes no podía ejecutarse, con la dispensa se pueda hacer, porque es válido y lícito, debiendo ser probada.

conocimiento por parte del confirmante, además de que su autor es la autoridad dotada de poder legislativo.

Se produce la confirmación *ex certa scientia*, hecha en forma especial, según Fedele¹¹⁹, en cuatro supuestos: a) si el acto confirmado se reitera en su integridad; b) si se afirma expresamente; c) si se utilizan expresiones tales como «*de plenitudine potestatis, contraria non obstante dispositione, omnes iuris et facti defectus supplendo*», ya que todas ellas indican que es una confirmación *contra ius commune*; d) si renueva el rescripto, para el cual se otorga la confirmación¹²⁰.

V. LA CONFIRMACIÓN DE LAS DONACIONES EN EL DERECHO CIVIL DE LA EDAD MODERNA

En cuanto a la donación siguen vigentes las reglas de Justiniano: D. 39, 5; C. Iust. 8, 53 (54); C. Iust. 8, 54 (55). Inst. Iust. 2, 7¹²¹. El contrato de donación es un negocio obligacional, que al mismo tiempo constituye la causa para la transmisión de la propiedad del objeto donado. Es un negocio jurídico bilateral, porque necesita el acuerdo de donante y donatario, aunque es suficiente el pacto. Sigue vigente el someter al órgano jurisdiccional, bajo la forma de insinuación, las donaciones superiores a quinientos sueldos, impuesto por C. Iust. 8, 53, 36, 3, y se discutió cómo se computaba este importe en la moneda corriente, equiparándose el *solidus* a la moneda de oro corriente, aunque existieron estatutos y costumbres locales sobre ello¹²².

119 FEDELE, P., op. cit., pp. 364-365.

120 En todos los casos precedentes, un acto anulable, e incluso radicalmente nulo, se hace válido, salvo las conocidas excepciones de: tener un vicio contra el derecho natural, que por ello no es dispensable, o si no hay expresa referencia al vicio que lo produce, o si hay perjuicio de tercero, o si falta el consentimiento requerido para el acto, e incluso cosas que sean ignoradas por el confirmante, que *in facto consistunt*.

121 Vid. por todos, COING, H., *Derecho privado europeo, t. I. Derecho común más antiguo (1500-1800)* trad. y apost. de A. Pérez Martín, Madrid, Fondo cultural del Notariado, 1985, pp. 610-612.

122 Se discutió también si se podía hacer la insinuación ante cualquier tribunal o solo el tribunal local competente: son nulas las donaciones no insinuadas, si hay varias donaciones que en conjunto superan el límite de los 500 sueldos, pero no cada una en particular, y también cuando hay fraude de ley. En Alemania, el defecto de forma podía ser sanado bajo juramento. La revocación es posible bajo los presupuestos del derecho justiniano, especialmente por ingratitud o incumplimiento de un modo.

El catedrático salmantino del siglo XVII, Fernández de Retes¹²³, buen conocedor del Derecho romano, y de la regulación canónica¹²⁴, no deja de iniciar su discurso, sobre la materia que nos ocupa, con la *lex Cincia*, al fijar límites cuantitativos para que las donaciones no fuesen exageradas, y así se estableció inicialmente que no se pudiera donar más allá de doscientos áureos. Entiende que las donaciones en exceso, como afirma Ulpiano, y luego reproduce Cujacio, en los dos primeros siglos del Principado, debían ser rescindidas, y volverían al donante, porque la ley Cincia declara nulas las donaciones que no respetan la forma, y prohíbe las donaciones excesivas, aunque era una ley imperfecta

Retes considera el principio: «*ut non in totum, quod habeat extorquendum sit, sed ipsarum ratio habenda sit, ne egeant*», es decir, al donante no se le puede dejar sin lo suficiente para atender debidamente su sustento vitalicio, debiendo conservar una parte del patrimonio, pese a haberse comprometido con los donatarios a consecuencia de su liberalidad, lo cual explica el motivo de la nulidad de la donación de todo el patrimonio.

Conforme a C. Th. 8, 12, 1, C. Iust. 5, 37, 21 y FV 249, la reforma de Constantino, en materia de donaciones, se construye, según Retes, en cuatro pilares: 1. Está en vigor la *lex Cincia* en cuanto a la entrega y toma de posesión de los bienes de uno en uno. 2. Se levanta acta de la donación ante testigos. 3. Debe realizarse el negocio y publicarse ante el juez. 4. No es válida sin la aceptación expresa del donatario, aunque más tarde se suprime el requisito de la aceptación por parte del donatario, a tenor de C. Th. 8, 12, 7. La normativa justiniana pasa a Partidas, excepto en lo concerniente a las donaciones a favor de las iglesias, hospitales o lugares sagrados, que no precisan insinuación, tal como se dispone en Partidas 5, 4, 9.

La donación, para Retes, se fundamenta en la virtud de la liberalidad, como hace Alfonso X en Partidas, pero puede censurarse por defecto,

123 FERNÁNDEZ DE RETES, J., *De donationibus academica relectio: quam ex vespertino suggestu clarissimis, charissimisque suis exceptoribus dictavit anno 1663, nunc vero auctam*, Salmanticae, A. de Cossio, 1667; id., *De donationibus inter virum et uxorem, liber singularis*, Salmanticae, A. de Cossio, 1666.

124 Vid. MONTES SALGUERO, J., *De donationibus. Aportación al estudio de la polisemia jurídica en la Edad Moderna*, Madrid, Universidad Complutense, 1987, pp. 430-537: La doctrina de la donación en Fernández de Retes, cuya exposición comienza por la «historia legislativa de la donación en Derecho romano».

con la avaricia, y por exceso, la prodigalidad¹²⁵. Presenta tres requisitos: irrevocabilidad, cambio de dueño y liberalidad, aunque también se exige la buena fe. Fernández de Retes enseña que, en Derecho clásico, la donación se realiza mediante la cesión, de un sujeto a otro, de su derecho subjetivo sobre algún bien, en muchas ocasiones a través de la *in iure cessio*, pudiendo recaer no solo la propiedad de cosas materiales, sino las inmateriales, como los derechos de vivienda, o el cultivo de los campos. Si uno ofrece a otro librarle, por generosidad, de un pago que le debía, no se puede decir que dona, sino que condona, porque en este caso no hay materia sobre la que puede hacerse la donación, desde su punto de vista. El jurista salmantino clasifica las donaciones en tres tipos: real, obligatoria y liberatoria, eliminando, a pesar del elenco, la tercera¹²⁶.

Otros juristas hispanos del siglo XVIII, como Juan Sala¹²⁷, y Jordán de Asso-De Manuel¹²⁸, reiteran que en España sigue vigente la normativa

125 Cujacio entiende que, conforme a la ley romana, las donaciones de todos los bienes es válida, sin embargo Retes discrepa, remitiéndose al derecho castellano leonés: la versión romance del *Liber iudiciorum*, porque el Fuero Juzgo, dispone en 5, 2, 1: «Otro si mandamos que si alguno ficiere donación de todo lo que hubiere maguer que no haya fijos, non vala. E si fijos hubiere o nietos, non pueda dar mas de un quinto. E si por ventura mas diere, la donación non vala en aquella que demás e vala en aquello que pueda dar». En línea con este planteamiento, la ley 69 de Toro dispone que «ninguno pueda facer donación de todos sus bienes, aunque la faga solamente de los presentes», y en la Recopilación, Rec. 5, 10, 8 se asume el precepto anterior, y lo refiere Antonio Gómez, comentando la norma, apoyado en jurisprudencia de la Chancillería de Granada, en cuyas sentencias se rescinden en su totalidad las donaciones de todos los bienes por pródigas e irreflexivas; sin embargo, si el donante se reservó bienes suficientes para alimentarse y para atender sus últimas voluntades a favor de su alma, debe considerarse válida, según Retes. Cf. MONTES SALGUERO, J., *De donationibus. Aportación al estudio...*, op. cit., p. 446. La donación perfecta es la que se hace de un bien propio, con voluntad para cambiar algo de su anterior dueño, irrevocablemente y ejerciendo la liberalidad, doctrina formulada en ese mismo período por Cujacio, Pichardo de Vinuesa, y otros autores.

126 Retes afirma que la donación es un negocio jurídico, pero no un contrato, aunque algunos emperadores afirmen que al realizar una donación realizan un contrato, aunque en ninguna constitución imperial se define a la donación como un contrato por sí misma. Siguiendo la *communis opinio* desde el Medievo, interpreta que la donación remuneratoria no tiene como motivo la liberalidad sino la gratitud, por tanto, para Fernández de Retes no es una verdadera donación, pues no procede de la generosidad ni de la liberalidad; es una forma de lucro por parte del deudor, y quien hace una donación para beneficiarse y librarse de a obligación, no actúa por liberalidad. Esta donación solo tiene presente el agradecimiento y los beneficios recibidos, sin que prescriba cantidad, materia o modo de remuneración, Este tipo de donaciones no precisan de la insinuación, aunque sobrepasen la cantidad permitida por la ley, y no podrían ser revocadas por ingratitud posterior. Cf. MONTES SALGUERO, J., *De donationibus. Aportación al estudio...*, op. cit., p. 487-489.

127 SALA, J., *Ilustración del Derecho real de España*, Coruña, imp. de Gregorio, 1837, t. II, pp. 36-40.

128 JORDÁN DE ASSO, I. – DE MANUEL, M., *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5ª ed. corr. notabl. y aum., Madrid, Ramón Ruiz, 1792, pp. 175-177. La donación es el primer contrato beneficioso a una sola parte, «bien fecho, que nace de nobleza, e bondad de corazón quando es fecha sin ninguna premia», Partidas 5, 4, 1. Se hace de dos maneras: en sanidad o por razón de muerte, esta puede revocarse, aquella

justiniana, a través de Las Partidas, por lo que tratan de la donación entre los contratos de beneficencia y amor de unos hombres a otros. Insisten ampliamente sobre el requisito de la insinuación y sus excepciones, así como en la nulidad de la donación de todos los bienes, salvo la reserva del usufructo, pero no dejan de exponer la regulación de las donaciones *inter vivos*, para explicar su irrevocabilidad, y las causas que a pesar de esta característica permiten al donante su revocación, dejando a un lado lo relativo a la confirmación de las donaciones por premoriencia del donante, porque era una materia que no generaba contienda en la doctrina¹²⁹.

VI. RÉGIMEN DE LAS DONACIONES *INTER VIVOS* EN LA PANDECTÍSTICA

Para Windscheid¹³⁰, a finales del siglo XIX, hay donación si al mismo tiempo el patrimonio del donante, que hace la liberalidad, viene disminuido mientras incrementa el patrimonio del donatario, además del *animus donandi*, junto al requisito de venir aceptada, como hecha con esta intención. La atribución patrimonial puede consistir en: transmitir el derecho de propiedad, u otro derecho real sobre cosa ajena, pero también la posesión, un derecho de crédito, la liberación de una carga o gravamen de la propiedad, la liberación de una deuda, etc. Todos estos supuestos

no: Recop. 5, 10, 7. La donación en sanidad es un pacto legítimo, por razón del cual se transfiere el dominio de la cosa al donatario. La donación es irrevocable, porque sin causa legítima no puede revocarse, y esta puede tener lugar por ingratitud evidente del donatario con el donante, como motivo que hace cesar el amor, que el móvil de la donación. Las cuatro causas para la revocación se enumeran en Partidas 5, 4, 10, y otras semejantes que tienen lugar por la regla de Partidas 7, 34, 36. Para estos autores, Partidas 5, 4, 9, manda que la donación no pueda hacerse sin escritura auténtica si excede del valor de quinientos maravedís de oro: que corresponden a los sólidos o áureos, que valían, entre los romanos, la sexta parte de una onza de oro, lo cual a finales del siglo XVIII equivalía a cincuenta reales y seis maravedís, o algo más, que hacen la sexta parte de una onza de oro. En la práctica, toda donación se hace con autoridad de juez, o se insta por el donatario la aprobación, como persona que tiene principalmente interés.

129 La donación entre vivos o en sanidad según la Nov. Rec. 10, 7, 1 no la pueda quitar o revocar el que la dio, sino por las razones que manda la ley, que son cuatro, y todas contienen una muy grande ingratitud del que la recibió, y están expresadas en Partidas 5, 4, 10. 1. «Si el donatario hace gran deshonra de palabras al donante, o le acusare de tal delito que si se probase caería en pena de muerte, perdiendo de algún miembro, o de infamia, o perdiese la mayor parte de sus bienes. 2. Si metiese manos airadas contra él. 3. Haciendo gran daño en sus cosas. 4. Si tratase de alguna manera de su muerte». SALA. J., *Ilustración del Derecho real de España*..., op. cit., p. 39.

130 WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, trad. de C. Faada y P. E. Bensa, con note e rif. al *Diritto Civile Italiano*, vol. II, rist. st., Torino, Unione tipografico-Editrice torinese, 1930, pp. 407-428.

tienen aplicación en la Recepción del Derecho romano durante la Edad Moderna, tanto en la legislación como en la práctica jurídica.

Según este pandectista, «*la donazione è quindi un contratto*», a tenor del título de D. 19, 2; «*Non potest liberalitas nolenti adquiri*», o D. 12, 1, 18pr: «*Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse*», coincidente en este punto con Savigny, entre otros, que exigen la aceptación del donatario, porque sin ella no hay atribución patrimonial, no solo en caso de transmisión del dominio, sino en el pago de una deuda ajena, la mala defensa premeditada de una causa, o la no interrupción de la prescripción, aunque hay un sector doctrinal germano importante que lo rechaza, y solamente lo admite en las donaciones de naturaleza real, contra lo que se pronuncia Winscheid, exigiendo siempre la aceptación.

Entiende Ludovico Arndts¹³¹, que las donaciones entre cónyuges, o hechas durante la existencia de un matrimonio válido, no antes de la conclusión o disolución del mismo, son nulas, porque uno de los cónyuges no puede enriquecerse a costa y por las liberalidades del otro. Siendo la donación nula, la cosa donada no pasa en propiedad al donatario, ni la promesa de donación produce una acción para exigir el cumplimiento, y la remisión de la deuda, hecha con este negocio, se considera que no ha tenido lugar.

Conforme a las fuentes jurídicas romanas, si el donante no sobrevive al donatario, la donación deviene válida e inatacable, de acuerdo con el fragmento del jurisconsulto clásico, y legislativamente con la norma de Justiniano, Novela 162, cap. 1¹³², siempre que el donante no la haya revocado, y la donación no sea nula por motivos independientes al matrimonio, advirtiendo que la donación *mortis causa* entre los cónyuges siempre es válida¹³³.

131 ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette, con note appendici e confronti di Filippo Serafini*, vers. ital., t. III, 3e. riv. e arric., Bologna, tip. Fava e Garagnani, 1879, p. 58.

132 Año 539: «*Mulier quaedam in rebus, quae ipsi a marito donatae, nec vero traditae erant, murtuo marito et de donatione tacente res vindicare voluit, tanquam earum domina iam donatione quam silentio mariti facta... cap 1... illa secundum constitutionem nostram ex silentio viri statim ab initio valeat, ex quo facta est...*».

133 D, 24, 1, 9, 2, de Ulpiano: «*Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt*». Fragmento 10 del mismo título y libro: «*quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt*», de Gayo. Y en

La convalecencia o confirmación, según Filippo Serafini¹³⁴, fue formulada mediante el senadoconsulto de Septimio Severo y Antonino Caracalla, referido por Ulpiano en D. 24, 1, 32 pr y 1-2, aunque es más explícito el §14: *Ait enim oratio: si prior vita decesserit, qui donatum acceperit*. Para el romanista italiano, desde tiempo de los glosadores hasta finales del siglo XIX, se ha debatido ampliamente si la premoriencia del donante sirve para convalidar cualquier clase de donación, incluso las simples promesas de donar, o solamente las donaciones ya ejecutadas mediante la *traditio*. Unos autores, como Glück o Wangerow no admiten la convalidación más que para las donaciones efectuadas, excluyendo el resto de supuestos, incluso la simple promesa de donar, fundándose en el fragmento de Ulpiano en D. 24, 1, 23, remitiéndose a Papiniano. Otros, por el contrario, como Puchta, defienden el criterio contrario, apoyado en D. 24, 1, 31, 1, en el que Ulpiano afirma: «*oratio pertinere... ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt, et obligatio sit civilis*», o los párrafos 23-26 del mismo fragmento ulpiano, sin olvidar la Novela 162, cap. 1, §1, que reconoce de modo expreso la convalidación de la promesa de donar.

A principios de esa centuria decimonónica, el fundador de la Escuela Histórica, Savigny¹³⁵, interpretó que la donación entre esposos es válida

el párrafo siguiente del mismo Ulpiano, 11 pr. afirma: «*Interdum res non statim fiunt eius, cui donatae sunt sed tunc demum, quum mors insecuta est...*».

134 ARNDTS, L., Trattato delle Pandette, con note appendici e confronti di Filippo Serafini. ..., op. cit., pp. 60-61.

135 SAVIGNY, F. C. de, *Sistema del Derecho romano actual*, vert. al cast. por J. Mesús y M. Poley, 2ª ed., t. III, Madrid, Góngora, reimpr. facs, Pamplona, Analecta, 2004, p. 56: para que tenga lugar la donación se precisa desprendimiento patrimonial por parte del donante, enriquecimiento que del mismo resulta para el donatario, la intención de donar, *animus donandi*, Ibid., p. 147: el acto de donación no insinuado es radicalmente nulo y se considera como no acontecido, aunque, siguiendo a Justiniano, la nulidad afecta solo al valor que excede de 500 sueldos, y hasta la concurrencia de esta suma la donación permanece válida: C. Iust. 8, 53 (54) 34pr.: «...*si quid autem supra legitimam definitionem fuerit, hoc quod superfluum est tantummodo non valere: reliquam vero quantitatem, quae intra legis terminis constituta est, in suo robore perdurare: quasi nullo penitus alio adjecto, sed hoc pro non scripto, vel non intellecto esse credatur*». Al tratar de la naturaleza de la donación, entiende este jurista alemán que “cuando la donación resulta de una tradición, de una promesa o de una liberación, su carácter de contrato no es dudoso”, pero donde no es preciso que el donatario tenga conocimiento del hecho que lo enriquece, ni hay necesidad que preste su consentimiento es más dudoso que se puede asignarle esta naturaleza, por ejemplo, donación constituida por un tercero, o la resultante de una prescripción, o los gastos hechos por cuenta de otro sin intención de reclamarlos, o la liberación del deudor por medio de pago, novación o fianza hechos con propósito de gratificar al deudor: no es preciso el consentimiento del donatario y su eficacia es la misma, sin que influye a la validez del acto, aunque autores como Cujacio consideran siempre la donación, en general, como contrato obligatorio, por lo que la

y eficaz si el donante muere durante el matrimonio, sin haber revocado su liberalidad, en virtud del SC antes citado, porque, como señala Papiniano, estas donaciones son inatacables *fini decimarum*, lo que significa que antes del SC los herederos podían recobrar la donación entera, como nula.

Esta confirmación no tiene lugar cuando el matrimonio se disuelve por otra causa diferente a la muerte del donante, como el divorcio o la muerte del donatario, ni cuando el donante la ha revocado antes del óbito, mediante cualquier declaración de voluntad. Los efectos de la confirmación se retrotraen al momento en que se hizo la donación, considerando que la misma fue válida desde su origen.

Respecto de las diferentes formas de donación, que pueden ser objeto de esta confirmación, desde los glosadores a la pandectística, ha existido un gran debate, porque para unos era admitida la confirmación en toda clase de donaciones, mientras que otros solamente la aplican a aquellas en las que intervino la tradición, excluyendo los demás supuestos, principalmente los que resultan de un contrato obligatorio. Savigny, entiende que se aplica a toda clase de donaciones, apoyándose en los textos de Ulpiano, recogidos en D. 24, 1, 32, y especialmente del &23: «*et generaliter universae donationes, quae impediri diximus, ex oratione valebunt*»¹³⁶.

La prohibición de donaciones *inter vivos*¹³⁷ entre cónyuges se dispuso a finales de la República, y se mantuvo en época clásica, por la sospecha

aceptación del donatario es siempre indispensable para la validez de la donación. Según Savigny, aunque algunos actos jurídicos no tienen la naturaleza de contrato, por ejemplo, pagar una deuda ajena, que puede hacerse liberatoria no solo ignorando el deudor sino incluso contra su voluntad, D. 46, 3, 23; sin embargo, son numerosos los supuestos que tienen la naturaleza contractual, principalmente si hay tradición, porque el consentimiento de las partes es indispensable para la validez del acto. *Ibid.*, pp. 99-102.

136 SAVIGNY, F. C. de, *Sistema del Derecho romano actual...*, op. cit., pp. 123-125.

137 La donación era *mortis causa*, cuando debía tener eficacia después de la muerte del donante, y condicionada a que el donatario sobreviviera al donante. En este negocio, el donante prefería conservar en su patrimonio la cosa antes que darla al donatario, pero también prefería que fuese a parar al donatario antes que al heredero. En origen, durante la República, la *donatio mortis causa* se incorporaba en el testamento *in procinctu* o en la *mancipatio familiae*, mediante la *nuncupatio*. En época clásica, la finalidad perseguida con la *donatio mortis causa* se consiguió a través de la *fiducia cum amico*: el bien era transferido al donatario, el cual se obligaba a restituirlo al donante en caso de premoriencia, de modo que, si había incumplimiento por parte del donatario, se ejercitaba la *actio fiduciae*. Otros negocios a los que se acudía fueron a la tradición *sub condicione* «*si mors donantis secuta fuerit*», por lo cual la adquisición tenía carácter definitivo solamente con la muerte del donante, o una *stipulatio* sometida a término “*cum morieris*”. En todos estos casos se creaba un vínculo jurídico entre el donante y el donatario, que permitía al primero recuperar el objeto donado bien con la *actio ex*

de que los cónyuges fueran movidos por el afecto para realizar donaciones excesivas, aunque el senadoconsulto del año 206 d. C. estableció la convalidación de las donaciones entre cónyuges, si el donante moría sin haberlas revocado, dando cauce para su desarrollo normativo ulterior.

VII. LA CONFIRMACIÓN DE LAS DONACIONES *INTER VIVOS* DE LOS PRELADOS ESPAÑOLES, A PRINCIPIOS DEL SIGLO XVII: SU PECULIARIDAD NORMATIVA

Siendo aplicable el principio de Partidas, y del Derecho romano, que puede donar todo el que tiene uso de razón y no se lo haya prohibido la ley, teniendo pleno dominio o libre administración del patrimonio, hay que recordar que en la Recepción se mantuvo la invalidez de las donaciones hechas por un cónyuge a otro *inter vivos*, pero «*fit statim valida post mortem donantis, si eam in vivis tacite vel expresse non revocavit*», conforme a la decretal de Gregorio IX¹³⁸:

stipulatu o con la *condictio causa data*, si pretendía revocar la donación. En cualquier caso, con la donación surgía un vínculo recíproco de forma inmediata entre donante y donatario, que era antitético a las reglas de la sucesión testamentaria. Si la donación tenía lugar atendiendo a un peligro inminente de muerte, la misma era nula, si el evento perjudicial no tenía lugar, de modo que el carácter propio del testamento que consistía en su revocabilidad, no era propio de la *donatio mortis causa*. En época posclásica, la *donatio mortis causa* se coloca en el mismo plano que el testamento, y aunque no se exigía la *insinuatio*, sin embargo, era preciso el documento escrito con la intervención de cinco testigos, tal como se exigía para la validez de los codicilos, aunque la función de la d.m.c. podía realizarse mediante un fideicomiso, si bien este tenía exclusivamente eficacia obligatoria, a diferencia de la d. m. c. que permitía realizar atribución con efectos reales. Con la equiparación entre *donatio mortis causa* y el testamento en Justiniano, se afirmó el principio de la revocabilidad de la d. m. c. innovando la legislación precedente, incluso contra la resistencia de fuertes costumbres locales. La revocabilidad de la donación no se refería a la posibilidad de oponer una excepción si la donación no había tenido una ejecución íntegra, sino a la posibilidad de revocar la propia voluntad porque el acto no se había realizado conforme a la ley. *Donatio perfecta* significa entonces la que se ha hecho cumpliendo todas las formalidades legales. Atendiendo a la gratuidad de la relación y a la derogación del principio de la irrevocabilidad, la legislación posclásica admitió algunos supuestos de revocación, aunque la donación se hubiera realizado regularmente. Tales fueron: a) ingratitud del donatario respecto del donante, como serían las injurias graves o el atentado contra la persona, en caso de relaciones entre padre e hijo, lo que en Justiniano se aplicó a cualquier a cualquier donación: b) la supervivencia de hijos al donante, si la donación se hizo por el patrono al liberto, y c) incumplimiento de las cargas voluntariamente asumidas por el donatario. La d. m. c. en derecho clásico estaba sujeta a la cuarta Falcidia, al igual que los legados, y en derecho justiniano se dispuso explícitamente el principio de equiparación entre d. m. c. y legados, a pesar de lo cual bajo algunos aspectos d. m. c. era considerada un acto *inter vivos*, y el hijo podía donar permitiéndolo su *paterfamilias*.

138 X 4.20.8.

Donatio, quae constante matrimonio inter coniuges dicitur esse facta, ex qua alter locupletior, et pauperior alter efficitur, firmitatem non habet nisi donatoris obitu firmetur, quae tamen penitus evanescit, si revocetur ab eo tacite vel expresse...

Esta norma concuerda con D. 24 1, 32, 2, indicando que es duro y avaro que el heredero quite al donatario lo que hubiere donado contra la última voluntad del donante, y con D. 24, 1, 33pr y &2, del mismo Ulpiano, porque muerto el donante, cesa el fin de la ley que prohíbe estas donaciones entre los cónyuges, por el peligro de la recíproca pobreza nacida del mutuo afecto.

La doctrina española de la Edad Moderna reitera, tanto el concepto de donación, elaborado por los justinianeos, como la clasificación de la misma, desde la formulación del negocio como un contrato¹³⁹, a la separación entre las donaciones *inter vivos* y *mortis causa*, siendo posible para las primeras el simple acuerdo de voluntades¹⁴⁰.

La donación *entre vivos* no puede comprender todos los bienes, y será nulo el acto, aunque solo se refiera a los presentes, conforme a la ley 69 de Toro que pasa a Recopilación de Felipe II y a la Nov. Rec. 10, 7, 2. Además, excediendo de quinientos maravedíes de oro, que a finales del siglo XVII equivalían a 25.600 reales de vellón, habrá de hacerse la insinuación, es decir, redactar una escritura y aprobarse judicialmente, bajo pena de nulidad. Siendo la donación *inter vivos* una verdadera convención, produce los efectos generales según sea pura o condicional, y será irrevoc-

139 Cf. DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *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 Juan Sala*, t. II, 2ª ed. corr. y aum., Valladolid, H. de Rodríguez, 1877, pp. 476-481: Según Partidas, 5, 4, donación es un acto de liberalidad ejercido espontáneamente por una persona y aceptado por otra que es objeto de ella. Puede ser entre vivos y mortis causa. La primera se llama propia, por los intérpretes, por ser verdadera liberalidad, la que se hace sin consideración alguna a la muerte del donante.

140 Las donaciones propias o entre vivos son verdaderas convenciones que están sujetas en general a las reglas de estas; y se habrán de reputar contratos en sentido riguroso siempre que vayan acompañadas de la entrega actual o presente del objeto de la donación, o bien meras promesas de donación, cuando no haya más que el simple consentimiento. Las donaciones entre vivos, siendo veras convenciones, se registrarán en cuanto a su forma por la Nov. Rec. 10, 1, 1, que dispone: de cualquier manera que una persona quiso obligarse a otra, quede efectivamente obligada, siguiendo lo dispuesto en Inst. Iust. 2, 1, 40: *donatio inter vivos quidam fieri potest a domino, cui libera est administratio rerum suarum*.

cable como los demás contratos, por lo que no podrá cesar por la exclusiva voluntad del donante¹⁴¹.

Por otra parte, los obispos y los prelados de las diócesis, tanto seculares como regulares, no pueden hacer grandes donaciones por mera liberalidad¹⁴², «*sive in magna quantitate*», cuyos fondos provengan «*de redditibus et bonis Ecclesiae*», de modo que si ejecutan tales donaciones, pueden y deben revocarse por el sucesor, tanto las que se hacen a clérigos como a laicos, ya que no son válidas conforme a derecho, según dispone una decretal de Alejandro III¹⁴³, porque el obispo no es más que un *procurator* de esos bienes, y no un «*dominus*», obligado a mejorar el patrimonio eclesiástico, pero no puede empeorarlo¹⁴⁴.

El obispo puede hacer válida y lícitamente donaciones módicas, «*seu in parva quantitate, etiam mere liberales, ubi est loci consuetudo*», según dispone otra decretal del mismo Pontífice¹⁴⁵, es decir puede realizar donaciones moderadas «*ex rebus mobilibus Ecclesiae non pretiosis, etiam ubi non est loci consuetudo, ubi solum prohibentur donationes graves seu magnas*»¹⁴⁶, argumentando,

141 No obstante, cabe la revocación por el donante solo, si media causa de ingratitud grave del donatario, o por ser inoficiosa, o irrogar perjuicio a la legítima de los herederos forzosos del donante, o falta de cumplimiento de las condiciones impuestas por el donante y aceptadas por el donatario siguiendo la regulación romana contenida en las Instituciones justinianeas y en el Digesto, enumerando las causas de revocabilidad de las donaciones *inter vivos*: a) *inofficiosa*; b) no está insinuada superando los 500 sueldos; c) por gran ingratitud; 4) nacimiento de hijos, a favor del patrono. La revocación por ingratitud del donatario es una facultad personalísima del donante, que no se transmite a los herederos, salvo que ya estuviera la reclamación en juicio. Se puede exigir la revocación de las donaciones entre vivos: con la *condictio ex lege*, si solo medió la promesa sin solemnidad alguna del derecho, o la *actio ex stipulatu*, si se hizo tal contrato.

142 Vid. BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, rist. anast., Padova, CEDAM, 1971.

143 X 3.24.2. *Non valet donatio, quam facit praelatus inconsulto capitulo et in damnum ecclesiae*. En su inciso final dispone: «*huiusmodi donationes de iure non tenent, auctoritate apostolica indulgemus tibi, ut liceat tibi donationes huiusmodi tam a clericis quae a laicis legitime revocare*».

144 Cf. RODOANO, G., *Tractatus de spoliis ecclesiasticis...*, op. cit., pp. 137-140: «*Quaesita per episcopum, post episcopatum adeptum, ex propria industria non videntur sibi, sed ecclesiae suae acquisita, adeo quod non potest de illis nec disponere nec testari. Solum conceditur quod possint disponere acquisitis ante episcopatum et de acquisitis per successionem tantum cognatorum usque ad quartum gradum: de reliquis vero qualiterque acquisitis, non possunt disponere, sed acquirunt ecclesiae... episcopi testari non possunt de bonis post episcopatum, etiam ex propria industria personae utcumque acquisitis... permittitur episcopis testari de bonis solum, quae hauerunt ante dignitatem episcopalem, non de acquisitis post, nisi taliter acquisita obtulerint ex causa, vel iure sanguinis, según la generalidad de la doctrina*».

145 X 3.24.3. «*In considerando, an valeat donatio facta per praelatum, debet attendi quantitas rei donatae et loci consuetudo*».

146 RODOANO, G., *Tractatus de spoliis ecclesiasticis...*, op. cit., p. 141: «*Episcopus possit inter vivos vel in testamento disponere de fructibus beneficii, de distributionibus quotidianis, de fructibus pensionum, de acquisitis opera vel intuitu suae personae ac de aliis. Potest donare moderate et in casibus a iure expressis*».

Ferraris, que con ellas no se perjudica a la iglesia, se evita la sospecha de avaricia, se conserva la buena estima y benevolencia de los hombres, además de proporcionar utilidad a la iglesia¹⁴⁷.

En el análisis que hace Montes Salguero¹⁴⁸ de la doctrina expuesta por Fernández de Retes, separa los bienes del obispo en dos grandes grupos: los propios perpetuos del episcopado, y los que provienen de las rentas eclesiásticas, y que cada año se entregan al obispo o beneficiado, sin perjuicio o gasto del montante principal.

La regla general es que el obispo no puede donar los bienes particulares de su iglesia, prohibiéndose la donación simple y la remuneratoria, por lo cual:

1. La normativa eclesiástica ordenaba a los obispos a conformarse con un ajuar modesto, una mesa y una comida frugal, y debían velar porque en su casa no hubiera nada extraño en la perfección de su estado, para que la riqueza no les privase del menosprecio de las vanidades, ni de la simplicidad y del celo divino.
2. Les estaba totalmente vedado a los prelados intentar enriquecer a sus parientes y familiares con las rentas de la Iglesia.
3. No se pueden diferenciar las donaciones de obispos regulares y los seculares, porque todos están obligados, por caridad cristiana, a dar lo sobrante a los pobres¹⁴⁹.

En nuestro supuesto, la Cámara Apostólica, a través de la Nunciatura en Madrid, declaró que la escritura, otorgada por el donante siete días antes de su óbito, era nula, careciendo de validez, ya que mientras el testamento se puede otorgar en cualquier momento de la vida, incluso *in articulo mortis*, si se tiene capacidad para ello, la donación del obispo, resulta inválida, porque el obispo no tuvo existencia temporal durante el

147 No existe en el ordenamiento canónico del *Corpus* una definición de «*donationes modicae seu parvae*», de modo que será el juez quien con su arbitrio de buen varón, atendiendo a las circunstancias y capacidad de la iglesia diocesana, a las cualidades del donante y donatario, y otras circunstancias, determinar su cuantía, tal como interpretó la Congregación del Concilio. FERRARIS, L., *Prompta biblioteca canónica, iurídica...*, op. cit., pp. 366-367. Los obispos tienen capacidad para hacer grandes donaciones remuneratorias, a fin de compensar méritos y beneficios que se han dado a la iglesia, o al prelado, porque no son una mera liberalidad, sino una donación impropia, porque surge del deber de gratitud.

148 MONTES SALGUERO, J., *De donationibus*, op. cit., pp. 514-516.

149 Estaba legislado que los obispos no pueden donar nada, ni siquiera a causa de muerte, a sus hijos naturales: Nueva Recopilación 5,8,7.

tiempo requerido entre ambos momentos, el otorgamiento y la defunción, por lo cual, en este caso, al no transcurrir el plazo de cuarenta días legalmente exigido¹⁵⁰, hay transmisión patrimonial de esas *donationes inter vivos* a favor de la Cámara Apostólica, que es además titular del espolio.

Se denominan los bienes del espolio, según Rodoano¹⁵¹, «*bona quaecunque a quibusvis personis ecclesiasticis intuitu ecclesiae acquisita: iuraque et actiones ac fructus inexacti tempore obitus eorundem relicta: a Romano Pontifice Camerae Apostolicae reservatae*»¹⁵².

En X 3. 24¹⁵³, no encontramos ningún capítulo que trate de la convalidación y confirmación de las donaciones, pero al integrarse en la doctrina del Derecho común, se rige por las reglas del Derecho justiniano, contenidas en Instituciones 2, 9; Digesto 39, 5 y C. Iust. 8, 53 (54), intitulados *De donationibus*.

El jesuita Wernz¹⁵⁴, distingue, conforme a las Decretales, entre la simple promesa, que solamente obliga a dar, y otorga al beneficiario un *ius ad rem*, no un *ius in re*, respecto de la donación seguida de la tradición, con la que se transmite el dominio o *ius in re*¹⁵⁵. Para este canonista, la donación, en sentido estricto, «*est contractus quo dominium rei propriae ex mera liberalitate in alterum acceptantem transferetur*»¹⁵⁶.

150 AUSA/ Pleitos, sign. 3134 del año 1637. Cf. MARCOS RODRÍGUEZ, F, op. cit., pp. 682-688.

151 RODOANO, G., *Tractatus de spoliis ecclesiasticis*, nunc denuo recogn. et cor., Romae, B. Grassi, imp. V. Accolti, 1585, p. 3.

152 «*Per Papae specialem reservationem, Camera recepit spolia decedentium praelatorum, ac in bonis, et spoliis per praelatos relictis, Camera in locum successoris succedit, et debita solvit praedecessoris*».

153 Decretales de Gregorio IX. Versión medieval española, publicada por J. M. Mans Pugarnau, vol. II, 2ª parte, Barcelona, Casa provincial de Caridad, 1942, p. 367: X 3, 24, 1: «Gregorio a Andres, patria de los franceses. Prudentes. Dize aquí que nobleza deve asmar que lo que da de grado que lo debe, e debe asmar que no da nada si cada día non creçe en bien fazer».

154 WERNZ, F. X., *Ius decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris Decretallium*, t. III, *Ius administrationis Ecclesiae Catholicae*, pars prima. Altera editio emendata et aucta, Roma, Typ. Poliglota, 1908, pp. 253-258: *De donatione*.

155 Decretales de Gregorio IX, ed. de Aem. Friedberg: *De donationibus*. X 3, 24, 1: «*Potest intelligi duobus modis. 1. Liberalis in donando existimat se debere quod donat. 2. Promittentes aliquid donare, illud tanquam debitum adimplere tenentur*».

156 La donación se divide: A) verbal o convencional y real, pues la primera es donación de una cosa través de palabras de presente sin una tradición real, y es más bien una promesa de donación de un objeto, mientras la donación es real si va acompañada de la entrega de la cosa con eficacia. La donación real transfiere al donatario el dominio de la cosa donada o *ius in re* y la acción real. B) puede ser donación pura y no pura o condicional, o a plazo, pero no modal porque debía enumerarse entre los contratos onerosos. C) puede ser gratuita, que procede de la simple liberalidad, y remuneratoria, que procede no de un deber de

Pueden donar *inter vivos*, respecto de sus bienes propios, cualquiera que tenga la libre administración de sus bienes, y no se lo prohíba el derecho; respecto de los bienes ajenos solamente los que, con especial mandato, gozan de esta facultad; *mortis causa*, todos los que pueden testar. Por este motivo, los obispos¹⁵⁷, respecto de la parte de los bienes en los cuales tienen la administración, pero no la propiedad¹⁵⁸, no pueden, mediante una donación libremente decidida, enajenarlos «*nisi servatis conditionibus nunc praescriptis ad alienationem rerum pretiosarum vel exigui valoris*»¹⁵⁹, dejando a salvo el derecho a las limosnas habituales y módicas donaciones, principalmente remuneratorias, para que la Iglesia no incurra en suspicacia respecto de la existencia de avaricia.

Cabe la revocación de la donación *inter vivos*, no solo válidamente antes de la aceptación del donatario, sino incluso después de aceptada y completa, siempre que se den las causas previstas en Derecho¹⁶⁰, que son las causas del Derecho justinianeo, canonizadas por el Derecho canónico¹⁶¹, como el cumplimiento de la condición resolutoria, la ingratitud del donatario, el nacimiento posterior de hijos legítimos del donante, la donación inoficiosa porque perjudica la legítima. Por otro lado, al tratar

justicia, sino de gratitud, «*atque a perfecta notione donationis deficiit*». D) donación *inter vivos*, que traspasa los bienes sin consideración alguna a la muerte y transfiere los bienes a otra persona irrevocablemente, y la donación *mortis causa*, realizada *intuitu mortis suae* del donante y traspasa los bienes a otro con intención de que si no sigue la muerte del donante no pasen al donatario, salvo que renuncie al *ius revocandi*.

157 WERNZ, F. X., *Ius decretalium*... t. II, op. cit., pp. 517-563: Los obispos se dividen: a) residenciales u ordinarios o diocesanos, que son los dotados del orden episcopal, y ejercen «*actu*» el gobierno ordinario en la diócesis que le ha sido confiada respecto del clero y pueblo, y b) titulares o *in partibus infidelium*, que no tienen más que la consagración episcopal sin asignación de una jurisdicción concreta respecto de una iglesia o diócesis. Hay obispos sufragáneos, que emiten su voto en los sínodos provinciales y están sujetos al metropolitano, y exentos, que dependen directamente de la Sede Apostólica.

158 X 3. 24. 2.

159 Decretales de Gregorio IX. Versión medieval española, op. cit., X 3. 24. 2. «Alexandre III al obispo de París. Fraternitatem. El obispo de Paris hizo donadíos de lo del obispado en danno de la iglesia, sin consseio de los cannonigos, a los clérigos e a los legos. E porque este donadio non vale por derecho manda el Papa al successor que lo revoque: et cada un prelado es procurador de las cosas de la iglesia e non sensor, e puede fazer la condition de la iglesia mejor e non peor».

160 X 3, 24, 10: «*Donatio potest per donatorem, non per heredem eius, ob ingratitudinem donatarii revocari in casibus hic expressis. Gregorius IX. Propter ingratitudinem, in quem liberalitas est collata, persona donatoris de rigore iuris eam potuit revocare: si forte in ipsam impias manus iniecerit, aut sibi atroces iniurias, seu grave rerum suarum damnum vel vitae periculum inferre praecumpserit; quod tamen ad donatoris qui hoc tacuit, non extenditur successoris*».

161 *Decretales de Gregorio IX. Versión medieval española*, op. cit., p. 372: X 3, 24, 10. Gregorio IX. *Propter eius*. «Aquel que hizo donadio puede revocar por derecho si aquel a qui lo hizo fue de mala guisa contra el, ca echo manos yradas e malas en el, o fizol grandes tuertos, e grant danno en sus cosas, ol quiso matar; Mas si el qui lo hizo el donadio lo callo (tollo) sus herederos non pueden por esto nada fazer».

de los derechos de los obispos, unos ordinarios y otros delegados, es evidente que, por los efectos, los derechos episcopales pueden ser onerosos, útiles y honoríficos, pero tienen especial importancia la distinción que se hace por razón de su naturaleza, ya que pueden ser, eclesiásticos y políticos, «*si pro diversitate regionum episcopi etiam iura quaedam política a potestate civili consequuntur*», que es el ámbito en el que se mueve la disponibilidad patrimonial de los prelados hispanos durante la Edad Moderna.

En general, se admite que la capacidad o incapacidad de disposición patrimonial de los prelados y clérigos dependió de los acuerdos celebrados con la Santa Sede, y se manifiesta a través de Motus propios, Breves y otras normas, canónicas y regias, concordadas entre los Reyes hispanos y los Romanos Pontífices, de modo que hubo un régimen diverso en los reinos de Castilla y León, para los clérigos respecto de los obispos, con ocasión de los actos de última voluntad, y de la llamada a suceder, testamentaria e intestadamente, con la Cámara Apostólica, en calidad de beneficiaria.

Hubo una regla jurídica, vigente durante siglos, a tenor de la cual los bienes de la Iglesia vacante eran custodiados por los Reyes españoles, quienes ejercían sobre ellos la jurisdicción, supuesta la protección regia, y el cuidado de las iglesias, para que dichos patrimonios fueran seguros y no se mermasen con latrocinios, al morir los obispos. Este esquema de amparo se mantuvo vigente hasta que se otorgó a los Reyes españoles el poder presentar nuevo titular para las diócesis vacantes, y nunca renunciaron a esa potestad económica, política y tuitiva, semejante a un derecho, de custodiar los espolios.

Los Reyes Católicos recibieron, como norma vigente, las constituciones de los Papas, que reservaban las rentas de los bienes de las iglesias vacantes a la Cámara Apostólica, si bien estaban circunscritas a los Reinos de Castilla y León, juntamente con los espolios de los obispos difuntos¹⁶².

162 Vid. *Constitutiones et litterae apostolicae quae de spoliis ecclesiasticorum latae sunt cronológico ordine digestae*, Romae 1854; especialmente las de Paulo III de 23-III-1542, Julio III de 26-VI-1550, Pío V, de 30-VIII-1567 y la bula de Sixto V de 1 de enero de 1589; BARBOSA, A., *Pastoralis sollicitudo sive de officio et potestate episcopi*, Lugduni 1628; DEL RE, N., *La Curia romana. Lineamenti storico-giuridici*, Città del Vaticano 1998; FELICI, G., *La reverenda Camera Apostolica, Studio storico-giuridico*, Romae, tip. poliglotta Vaticana, 1940; LUZI, G. C., *Tractatus diversorum de spoliis ecclesiasticis*, Romae, tip. Pio. P. Bona, 1650; POLITI, V., *Il valore del diritto romano ecclesiastico come fonte sussidiaria del diritto canonico*, en *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, vol. I-II, Milano 1963, pp. 1041-1064.

Para su administración, recogida y exigencia, fueron nombrados Colec-
tores, mediante provisiones ordinarias del Consejo de Castilla, no permi-
tiendo que los jueces apostólicos entrasen en dichos bienes hasta que los
acreedores de aquellos, y del difunto, obtuvieran la satisfacción de todas
sus deudas, sin que desaparecieran los recursos jurisdiccionales a los jue-
ces seculares, o en los recursos de fuerza, al Consejo Real, en su Sala de
Gobierno¹⁶³.

Era costumbre antigua en España que los frutos de las iglesias va-
cantes se asignaran «para servicio de las iglesias pobres», de modo que
los obispos «*de bonis intuitu Ecclesiae quaesitis, testari non possint*»¹⁶⁴, salvo au-
torización expresa de la Curia Romana, y sin embargo se dispuso en la
Edad Moderna que «*aliqua de mobilibus, non ratione testamenti, sed eleemosynae
in pauperes, et pia opera in gratificationemque eorum, qui ipsimet inservierunt, sint
vero consanguinei aut extranei, erogari*».

En consecuencia, rige la norma canónica, a tenor de la cual, los bie-
nes vacantes por muerte del prelado, y adquiridos *intuitu ecclesiae*, tienen
que destinarse a usos piadosos, conforme a las sagradas constituciones.
Otra cosa diferente ocurre con los bienes patrimoniales, de los cuales los
obispos¹⁶⁵ pueden disponer libremente, a su arbitrio, «*si probentur patrimo-
nialia fuisse, adepta ante Dignitatem Episcopalem*», o después del ejercicio de la
dignidad episcopal, «*ne ejus intuitu, sed industria aliave ratione, personaeque con-
templatione, et non dignitatis*»¹⁶⁶.

163 Ese esquema se mantuvo hasta el Concordato de 1753, firmado por Fernando VI, y a él se
refieren diversos autos acordados. Vid. MACHICADO, M. de – VALLARNA, F. M., op. cit., pp. 153-154
y nota.

164 RODOANO, G., *Tractatus de spoliis ecclesiasticis...*, op. cit., p. 139: «*Praelatus saecularis quidquid
acquirat intuitu personae, acquirat sibi, et ei succedunt in hoc propinque*: cap. *Cum in officiis De testamentis*», X
3.26.7, respecto de la limitación de disponibilidad testamentaria de los bienes adquiridos *intuitu ecclesiae*
por parte de los clérigos, pero afirma Covarrubias: «*moribus receptum est, ut licentia quoad facultatem testandi
de fructibus ecclesiae tantum necessaria episcopis, non aliis ecclesiasticis, unde episcopi magis astricti videntur ad res
ecclesiae custodiendum et conservandum*». Los demás clérigos pueden libremente testar *pro suo libito*, como
sucede en los Reinos de las Españas, en base a una costumbre inmemorial, buena y laudable, recogida
en una pragmática de Carlos I del año 1523, y permite disponer de todos los bienes por parte del
clérigo. Por esta diferente regulación, recuerda Rodoano (ibid., p. 141): «*In regnis Hispaniarum per
collectores et commissarios apostolicos colliguntur tantummodo spolia episcoporum, non aliorum clericorum aut
presbyterorum*».

165 Nueva Recopilación 5, 8, 13.

166 Partidas 1, 21, 5.

Cosa muy diferente es la que atañe a los clérigos seculares, quienes disponen libremente de todos sus bienes, ya sean patrimoniales, ya sean adquiridos por razón de la iglesia, conforme a la costumbre practicada invariablemente en los Reinos de Castilla y León, y lo mismo se aplica en la sucesión abintestato:

Por quanto en estos Reinos hay costumbre muy antigua, que en los bienes que los clérigos de Orden Sacro dexaren al tiempo de su muerte, aunque sean adquiridos por razón de alguna Iglesia, o Iglesias, o beneficios, o rentas eclesiásticas, se suceda en ellos *ex testamento y ab intestato*, como en los otros bienes que los dichos clérigos tuvieren patrimoniales, habidos por herencia, o donación, o manda, mandamos que se guarde la dicha costumbre.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

La confirmación de las donaciones *inter vivos* fue un instituto que se reconoció en Derecho romano, aunque en época clásica comienza por las donaciones entre cónyuges, aplicando el principio *morte Cincia removetur*, pero también a otros supuestos, como las donaciones de padres a hijos bajo su potestad, que quedaban convalidadas si no habían sido revocadas antes del óbito del *paterfamilias*, o reclamadas por su titular.

En Justiniano se introdujo la vigencia del instituto con carácter general, ya que era un régimen propio de las donaciones *mortis causa*, cuya eficacia estaba supeditada a la muerte del donante.

En Derecho Común se aplicó el Derecho justiniano, pero los supuestos concretos fueron los iniciales del Derecho romano clásico, vigente en las donaciones *inter vivos* entre cónyuges, siempre que hubiera premoriencia del donante, y no hubiera sido revocada la donación *inter vivos*, o no se hubiera terminado el matrimonio por otra causa.

La Iglesia Católica aplicó a las donaciones *inter vivos* el régimen del *Ius Civile*, pero dada la peculiaridad de las donaciones que pudieran hacer los obispos, a quienes se dejó la libertad de testar, si obtenían permiso pontificio y en la cuantía del mismo, se dispuso, para los reinos hispanos castellano-leoneses, que el prelado no podía disponer por testamento de

sus bienes, adquiridos de los frutos eclesiásticos, si no tenía *licentia testandi*, más que por medio de donaciones módicas a favor de pobres y necesitados.

La singularidad se encuentra en una mecánica de actos de disposición patrimonial, que eludían las limitaciones testamentarias episcopales, a la que se acogió el obispo Civitatense Martín der Salvatierra, pero que no tuvo el efecto deseado por el donante, porque las numerosas y cuantiosas donaciones solo se convalidaban con la muerte del prelado, *siempre que hubiera transcurrido un período de tiempo de cuarenta días, entre el otorgamiento de la donación y el fallecimiento del decuius*, de modo que si no se respetaba este plazo la donación era nula, y conforme a la regla vigente en los Reinos de Castilla y León, se formaba el espolio, que pasaba automáticamente a la Cámara Apostólica, como sucedió en este caso del obispo de Ciudad Rodrigo, en diciembre del año 1604.

El Fisco papal, que era la Cámara Apostólica, normalmente hacía cesión universal del espolio a otra persona, aplicando el instituto de Derecho romano, que ya existía en época clásica en el supuesto de ejecución patrimonial del incumplidor de la sentencia condenatoria, la *cessio bonorum*¹⁶⁷. Generalmente tenía lugar a favor de los herederos del obispo difunto y, de este modo, la Cámara Apostólica eludía tener que responder de las reclamaciones que formularan terceras personas contra los bienes que integraban el espolio, lo que no evitó que la acción judicial en primera instancia, para obtener el reconocimiento del crédito y posterior cobro de las deudas, por parte de los acreedores de Salvatierra, se dirigiera conjuntamente contra los herederos del obispo, quienes recibieron una parte de su patrimonio, a través del testamento fechado el 7 de diciembre de 1604, y contra el espolio, el cual eludía posteriormente su legitimación pasiva, en el ejercicio de las acciones, alegando la cesión del patrimonio recibido, fundamentalmente a causa de las donaciones, abundantes y cuantiosas del día precedente, que eran nulas, por lo que hizo traspaso

167 Este instituto se introdujo por una *lex Iulia* de Augusto, y el deudor, con la cesión global voluntaria del patrimonio, evitaba la ejecución personal, así como que recayera sobre su persona la nota de infamia, constituyendo un privilegio que inicialmente se otorgó a algunos deudores, como a los senadores. Vid. por todos, SOLAZZI, S., *Il concorso dei creditori in Diritto romano*, Napoli, Jovene, 1937-1943, t. IV, pp. 130 y ss.

del mismo a los herederos, quienes quedan como únicos obligados al pago de las deudas pendientes, en calidad de cesionarios de la Cámara.

Beatriz GARCÍA FUEYO

Universidad de Málaga

ORCID: 0000-0003-1371-9472