

¿Traslativa u obligacional?
El problema de la operatividad
del negocio de donación
en el Código civil español*

*Translational or obligational?
The operativeness of donation
in the Spanish civil Code*

por

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO
*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla*

RESUMEN: La operatividad de la donación en el Derecho civil español es cosa polémica, discutiéndose si su eficacia es traslativa u obligacional. Hablar de eficacia traslativa quiere decir que la atribución patrimonial que el donante pretende realizar a favor del donatario se produce directa e inmediatamente por obra del negocio de donación, sin obligación intermedia ni necesidad de *traditio* subsiguiente. Hablar de eficacia obligacional supone que esa atribución se producirá también por obra de la donación pero de forma mediata, esto es cuando

* Trabajo realizado al amparo del Proyecto de investigación «*Sujetos e instrumentos del tráfico privado (VII): Mercado inmobiliario y crisis económica*» (DER2015-66043-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España-FEDER. Y al amparo del Grupo de investigación «*Sociedad, Mercado y Derecho*» (SEJ-584), financiado por el PAIDI Junta de Andalucía.

el donante, por medio de un acto de *traditio*, dándole cumplimiento a la obligación que en ese sentido surge a su cargo como consecuencia propia e inmediata de la donación celebrada. La cuestión no cuenta con un parecer unánime en nuestra doctrina y jurisprudencia, como tampoco lo tuvo históricamente, aunque hoy predomina la idea de que la donación que el Código regula es un negocio de eficacia inmediatamente traslativa. Pero, ¿lo es, realmente? Y si es así, ¿significa esto que en nuestro Derecho actual una persona no puede obligarse a dar algo a favor de otra, por pura liberalidad? Estas son las dos cuestiones a que se trata de dar respuesta en este trabajo.

ABSTRACT: Donation is a controversial act in Spanish Law, being discussed whether its effectiveness is translational or obligational. Talking about translational efficiency means that the patrimonial attribution that the donor intends to make in favor of the donee is produced directly and immediately by the donation act, without intermediate obligation nor need of subsequent traditio. Speaking of obligational effectiveness assumes that this attribution will also occur by donation but mediately, when the donor, by means of a traditio act, gives fulfillment to the obligation that arises for him as the immediate consequence of the donation held. The issue does not have an unanimous opinion in our current doctrine and jurisprudence, nor did it historically, although the idea that prevails today is that the donation regulated in the Spanish civil Code is an act of immediate translational effectiveness. But, is it, really? And, if so, does this mean that in our current Law a person cannot assume an obligation in order to give something in favor of another person, by pure liberality? These are the two questions to which this essay aims to respond.

PALABRAS CLAVE: Donación. Eficacia. Obligacional. Traslativa. Su regulación en el Derecho español.

KEY WORDS: *Donation. Effectiveness. Obligational. Translational. Its regulation in Spanish Law.*

SUMARIO: I. LA DONACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU OPERATIVIDAD: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. TESIS QUE CONSIDERA LA DONACIÓN COMO NEGOCIO DE EFICACIA OBLIGACIONAL.—III. LA TESIS QUE ATRIBUYE A LA DONACIÓN EFICACIA TRASLATIVA: 1. LOS ARGUMENTOS EN QUE ESTA TESIS SE SUSTENTA, Y SU VALORACIÓN: A) *Los términos de la expresión «acto... por el cual una persona dispone...», del artículo 618 del Código civil.* B) *La sedes materiae en el Código civil.* C) *El sentido de la regulación dispuesta en*

el Código, globalmente considerada. D) La evolución de la donación, desde el punto de vista de su eficacia, a lo largo del tiempo. 2. NUESTRA CONCLUSIÓN SOBRE LA OPERATIVIDAD DE LA DONACIÓN REGULADA EN EL TÍTULO II DEL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. LA DONACIÓN DE EFICACIA TRASLATIVA REGULADA EN EL CÓDIGO Y LAS VARIAS EXPLICACIONES EXISTENTES AL RESPECTO: 1. EXPOSICIÓN DE LAS MISMAS. 2. ANÁLISIS DE ESAS EXPLICACIONES: A) *¿Cabe, en nuestro Derecho, calificar como contrato a un negocio no necesitado de traditio para operar el efecto transmisor que pretende?* B) *¿Cuál es el significado de la forma, en relación con la eficacia traslativa de la donación regulada en el Código civil?* 3. NUESTRA CONCLUSIÓN EN ESTE PUNTO.—V. SOBRE LA POSIBILIDAD DE UNA DONACIÓN OBLIGACIONAL EN NUESTRO DERECHO ACTUAL: 1. EL DEBATE AL RESPECTO: EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS: A) *Argumentos contrarios a admitir la donación obligacional en nuestro Derecho.* B) *Argumentos a favor de las donaciones obligacionales en nuestro ordenamiento.* C) *Nuestra conclusión: posible eficacia dual de la donación en el Derecho español actual.* 2. LA DONACIÓN OBLIGACIONAL Y SU RÉGIMEN EN EL CÓDIGO CIVIL: A) *Forma.* B) *Capacidad y objeto.* C) *Revocación y reducción.* D) *Beneficium competentiae.* E) *Normas aplicables, por defecto, al negocio de donación obligacional y a la obligación de dar a título gratuito generada por él.* F) *Donación obligacional y transmisión de la propiedad.*—VI. CONCLUSIONES.

I. LA DONACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU OPERATIVIDAD: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Nos ocupamos en este trabajo de un tema clásico pero que no ha perdido actualidad, ya que la cuestión que con él se plantea sigue sin alcanzar entre nosotros una solución generalmente aceptada. Se trata de la discusión acerca de cuál sea la operatividad del negocio de donación tal como se encuentra regulado hoy en el Código civil español, debatiéndose si la misma es obligacional o traslativa. Lo que se plantea aquí es, por tanto, si la atribución patrimonial gratuita en que toda donación consiste se articula en nuestro Derecho hoy de forma mediata, a través de una obligación interpuesta, o si por el contrario tal resultado tiene lugar por obra directa e inmediata del negocio donatorio, sin instancia intermedia.

En la doctrina, la postura al respecto ha ido cambiando a lo largo del tiempo, pues en la etapa que va desde la promulgación del Código hasta los años cuarenta del siglo XX fue prevalente (casi indiscutida) la que propugnaba su eficacia meramente obligacional, pero luego ganó terreno la que sostiene que la donación, en el ordenamiento jurídico español actual, es un negocio de eficacia inmediatamente traslativa. A la vista de lo cual, *quid iuris?* Pretendemos nosotros, aquí, terciar en esa polémica con una explicación bien abastada de argumentos.

Antes de proceder al examen de nuestro ordenamiento en este punto, para ver qué resulta de él, conviene sin embargo hacer una precisión. Y es que, en su formulación tradicional, la cuestión se compendiaba en la alternativa de considerar la donación como acto o como contrato (se utilizaría el término «acto» en caso de que la donación fuera de carácter traslativo, y «contrato» si su operatividad fuera obligacional). Pero este, aunque podía servir como punto de partida, presentaba sin embargo el peligro de que «contrato» es término que lleva muy fácilmente a que el asunto de que aquí nos ocupamos —la eficacia de la donación— se mezcle con otro distinto, como es el de su génesis. Y este último no puede confundirse con el que ahora tratamos. Pues lo que nosotros aquí vamos a analizar es si la donación regulada en el del Código civil constituye un negocio dispositivo, del que resulta directa e inmediatamente la transmisión al donatario de la cosa donada —*datio*—, o si por el contrario constituye un negocio obligacional, de tal modo que la atribución patrimonial a que tiende se articula por vía de una *obligatio* interpuesta. Y en ese otro asunto, en cambio, lo que se discute es si para que la donación quede válidamente celebrada es necesario que en el negocio intervengan tanto donante como donatario (se hablaría entonces de contrato) o si por el contrario puede ser suficiente con la sola voluntad del donante (se hablaría entonces de acto). Por esta razón resulta conveniente aquí prescindir de ese binomio «acto-contrato», o, en todo caso, sustituirlo por el de título (eficacia obligacional)-modo de adquirir (eficacia traslativa).

Precisado lo cual, es tiempo ya de que nos adentremos en el tema de nuestro trabajo: ¿cuál es la operatividad de la donación que acoge nuestro Derecho actual? Dos son las tesis fundamentales que se contemplan¹.

II. TESIS QUE CONSIDERA LA DONACIÓN COMO NEGOCIO DE EFICACIA OBLIGACIONAL

Esta tesis sostiene que la donación es en nuestro Derecho un negocio de eficacia meramente obligacional, necesitado por tanto, para transmitir al donatario el dominio de la cosa donada, de un acto complementario de *traditio*, como cualquier otro contrato de finalidad traslativa². «La donación en sí misma —se ha dicho, expresando con total claridad la idea— solo es un título para pedir, crea en el donatario un derecho y acción para reclamar del donante la entrega de las cosas donadas, o sea la efectividad de la donación»³.

Este planteamiento, ahora bien, además de haberse mantenido —como se ha hecho notar agudamente— «en obras de carácter general que responden fundamentalmente a una finalidad didáctica»⁴, puede afirmarse, sin incurrir por ello en temeridad, que, más que apoyarse en una fundamentación sólida, es fruto de la premisa sobre la cual procede, de modo que constituye, hasta cierto

punto, un apriorismo: las donaciones —se viene a razonar— son contratos, «*por consiguiente*, títulos... que deben ser seguidos de la tradición...»⁵.

En apoyo de esta observación cabe añadir, además, que los autores partidarios de esta tesis han seguido en su planteamiento una vía esencialmente negativa, de crítica de lo que para su postura constituyera un obstáculo, pero sin aducir luego argumentos positivos de entidad en favor de la misma⁶. Pues en efecto, el argumento positivo con que se pretende sustentar esta tesis viene dado por la afirmación de que las donaciones son contratos, y esto, a su vez, es cosa que se apoya básicamente en la exigencia de aceptación del donatario de que hablan los artículos 618 y 629 del Código civil, y en la remisión que en el artículo 621 del mismo Código se hace, para todo lo que en el título dedicado a las donaciones no esté regulado, a las disposiciones generales del mismo Código en tema de obligaciones y contratos⁷.

Con esto, sin embargo, no basta para inclinar la balanza en favor de tal solución: se requieren argumentos contundentes, y sobre todo de signo positivo en ese sentido. El carácter disperso y poco sistemático de los fundamentos aludidos, ahora bien, creemos que permite que no nos detengamos aquí en ellos sino que dejemos su análisis para más adelante: cuando, al considerar los argumentos en que se apoya la otra tesis, estos signifiquen una postura contraria o una interpretación diversa de unos mismos datos. Esto permitirá —pensamos— agilizar el discurso.

III. LA TESIS QUE ATRIBUYE A LA DONACIÓN EFICACIA TRASLATIVA

Para esta, la donación es un modo de adquirir específico, un negocio dispositivo cuya característica fundamental es no necesitar de entrega o tradición para transmitir el dominio de la cosa donada al donatario. Se trata, como es fácil ver, de una tesis de sentido opuesto a la anterior, siendo destacable además —tal como se ha dicho, contraponiéndola a la antes vista— que resulta «acogida en estudios de carácter monográfico»⁸ y con sustento en argumentos muy elaborados. Esto es cierto, y ello creemos justifica que construyamos nosotros este trabajo a partir de estructura y los argumentos de esta tesis (lo que no significa necesariamente que los compartamos). A continuación, pasamos a exponer y analizar esto.

1. LOS ARGUMENTOS EN QUE ESTA TESIS SE SUSTENTA, Y SU VALORACIÓN

Los argumentos en que se sustenta la tesis que ahora estamos considerando, son estos⁹.

A) *Los términos de la expresión «acto... por el cual una persona dispone...», del artículo 618 del Código civil*

Se trata de un argumento de carácter literal, que procede atendiendo a los términos «*acto*» y «*dispone*» que se emplean en el artículo 618 del Código civil, cuando describe o define la donación.

Por cuanto hace al término «*acto*», ha sido tradicional atribuirlo al denominado «error de Napoleón», quien, según se cuenta, desechó la calificación de «contrato» que se contenía en el proyecto de Código civil francés presentado por la comisión encargada de ello al Consejo de Estado de ese país, por entender que no se acomodaba a la donación (ya que de esta solo resulta sacrificio a cargo de una de las partes: el donante), y que por esa razón hizo cambiar dicho término por el de «*acto*» (desconocía, suele decirse, la categoría de los contratos unilaterales, que, si bien lo son en cuanto a sus efectos, mantienen la bilateralidad en su génesis)¹⁰. Pero esto, afirma CALVO SORIANO, no puede mantenerse: «esta confusión es demasiado pueril para que prevaleciera en el Código francés, y todavía resulta más inexplicable el que ochenta y tantos años más tarde se reprodujera en el Código español. Por consiguiente... es preciso buscar alguna otra causa que pudiera haber motivado la expresión legislativa»¹¹. Causa que pasa por entender que el término «*acto*» empleado en el artículo 618 del Código civil español, referido a la donación, «responde a un criterio conceptual del legislador»¹².

Criterio conceptual que el propio autor encuentra considerando el otro término destacado del precepto (*dispone*): «la calificación legislativa de la donación como acto —dice— puede... obedecer a la concepción dispositiva que el Código tiene de la misma», añadiendo, a título explicativo, que «disponer implica... un concepto totalmente distinto de obligar, hasta tal punto que en la técnica jurídica se habla de negocios de ‘disposición’ para contraponerlos a los negocios ‘obligacionales’, pues mientras los primeros tienen por objeto directo e inmediato operar la transmisión patrimonial, los segundos la operan, caso de que tiendan a ella, por el rodeo necesario de una obligación interpuesta, cuyo cumplimiento o pago operará la transmisión»¹³.

A nuestro juicio, estas reflexiones que apunta CALVO SORIANO son atinadas, aunque eso no obstante pensamos que en este momento resulta conveniente emplear un criterio estricto, para no dejarnos llevar a conclusiones apresuradas. Por lo cual nos parece prudente considerar que este argumento puede no ser definitivo en el sentido pretendido, por lo siguiente. Con respecto al término «*acto*», porque, si lo que con él se pretende es marcar diferencia con respecto a los contratos, como negocios que en nuestro Derecho tienen eficacia fundamentalmente obligacional, y así destacar la virtualidad inmediatamente transmisiva de la donación, resulta entonces que la cuestión se puede reconducir al término «*disponer*». Y con respecto a este, porque, aunque sea forzando las cosas, cabe

tal vez pensar que el mismo no implica necesariamente un desprendimiento actual en el sentido más riguroso de la palabra, sino que basta con que se tienda a él en el futuro¹⁴. Consecuencia de lo cual es que, si estas consideraciones se admiten, este argumento queda relativizado, de modo que no resulta definitivo en el sentido pretendido. Aunque esto —conviene advertirlo— tampoco lleva necesariamente a admitir la tesis contraria: es, simplemente, un dato más a tener en cuenta¹⁵.

B) La sedes materiae en el Código civil

Un examen sistemático de la regulación contenida en el Código civil sobre la donación evidencia —se dice— la concepción que del conjunto se desprende, en el sentido de dar al negocio donatorio una operatividad distinta a la de aquellos otros negocios que son títulos justificativos de una atribución patrimonial pero que por sí mismos no la operan, requiriendo para ello un acto de entrega o tradición. Esto se sustenta en los dos datos siguientes. Uno, lo dispuesto en el artículo 609 del Código civil; y otro, el hecho de que prácticamente toda la regulación de la donación¹⁶ se encuentra en el libro III del Código, dedicado a «*los modos de adquirir la propiedad*». Con referencia al artículo 609 del Código civil —que constituye, además, la disposición preliminar de dicho libro— se apunta que, en él, «parece el legislador preocupado... por separar... los negocios dispositivos típicos, como el testamento y la donación, de aquellos otros negocios que realizan la transmisión (...) en forma de cumplimiento de una obligación previa de dar», añadiéndose luego que esta circunstancia se confirma en cuanto que —segundo dato— «el Código desarrolla toda la reglamentación de la donación de cosa en el libro III, entre la ocupación y la sucesión, cuyo carácter de actos directamente adquisitivos no ha ofrecido nunca la menor duda»¹⁷. A la vista de lo cual, se concluye entonces, parece claro que para el Código el acto de donación basta por sí solo para producir ese resultado transmisivo, sin necesidad de tal complemento¹⁸.

Este argumento, sin embargo, no está libre de crítica. Así, por cuanto hace al artículo 609 del Código civil, un sector de la doctrina (principalmente el que defiende la operatividad obligacional de la donación, aunque no solo) le objeta la mención separada que hace de la donación como modo de adquirir, pues ello —se dice— no tiene ninguna explicación seria, y por su naturaleza ya se encuentra implícita la donación en la referencia que en aquel precepto se hace a los contratos¹⁹. Y por cuanto hace a su inclusión en el libro III del Código, se le critica que, aunque «inspirándose en las *Instituciones* de Justiniano nuestro Código considera la donación como *uno de los modos de adquirir la propiedad*, (...) esto, en realidad, solo se debe admitir como una muestra del respeto a la rúbrica romana»²⁰, pues tal ubicación sistemática no puede —se piensa— al-

terar o constituir excepción al que en nuestro Derecho es principio general en relación con los negocios de finalidad traslativa, esto es su eficacia meramente obligacional, necesitada de *traditio* para lograr la efectiva transmisión²¹.

Tampoco estas críticas, ahora bien, son decisivas. A ellas puede responderse que, aunque al tiempo de redactar el Código civil pudieran no haber estado plenamente interiorizadas y asimiladas las premisas al respecto —el paso, en caso de contratos, de un sistema de transmisión por obra del mero consenso (el que se había adoptado en el Proyecto de 1851, siguiendo las huellas del *Code* francés) a otro basado en el título y el modo (conviniendo con lo que había sido la tradición jurídica romana y patria en este punto); y el desdoblamiento del libro III del Proyecto de 1851 (relativo a los modos de adquirir la propiedad) en dos distintos en el definitivo del Código civil (III: «*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*», y IV: «*De las obligaciones y contratos*») y la inclusión de la donación en uno y no en otro—, el resultado, en cualquier caso, sí se orienta de forma clara en sentido contrario a la eficacia obligacional de las donaciones pretendido por esos autores. El resultado, en efecto, es favorable a la eficacia traslativa de la donación²². Y este es un dato que no cabe despreciar, sin perjuicio de que la *mens legislatoris* al respecto al tiempo de tratar este tema pudiera no haber estado absolutamente elaborada y acabada, pero siendo así que tampoco puede considerarse refractaria a la solución dada (antes bien, existen algunos atisbos que pueden valorarse favorablemente para ello)²³.

C) *El sentido de la regulación dispuesta en el Código, globalmente considerada*

Se ha dicho, por los partidarios de la donación traslativa, que «toda la regulación contenida en el título II [del libro III] del Código es acorde con [la eficacia inmediatamente transmisiva de la donación]»²⁴, ya que «no se percibe nunca en su articulado alusión alguna a la idea de obligación, como situación intermedia entre la voluntad y la transmisión»²⁵. «A diferencia de lo que sucede en la compraventa —se ha apuntado también, abundando en lo dicho—, [en la donación] no se impone al donante la obligación de poner la cosa donada ‘en poder y posesión’ del donatario»²⁶. «Por tanto —se concluye—, en ningún caso existe, por parte del donante, obligación de entregar derivada de modo inmediato de la donación. De esta se deriva la transmisión, y de la transmisión —y solo mediáticamente de la donación— dimana el deber del donante de entregar al donatario lo que ya es suyo. Tal como sucede en cualquier otro caso de posesión de cosa o derecho ajenos sin causa o título que justifique su posesión en concepto distinto»²⁷.

Y con esta misma orientación, aunque procediendo de modo más concreto, se han destacado también los artículos 634, 635 y 624 del Código civil²⁸. Pues

con respecto a los dos primeros —en los que se establece que objeto de las donaciones han de serlo necesariamente bienes presentes, «esto es, de los que se puede *disponer* al tiempo de la donación», y que se excluyen las donaciones de cosa futura, «es decir, de cosa en la que no cabe la disponibilidad actual»—, se plantea: «si la donación fuese un negocio obligacional, ¿qué inconveniente habría en la donación de cosa futura?»²⁹. Y con respecto al último precepto apuntado, en el que además de un requisito de capacidad en el donante que nada tiene de particular se establece también una (ahora así) singular exigencia de carácter objetivo en orden a la posibilidad de hacer donación diciendo que es necesario que el donante pueda disponer de los bienes que pretende donar, ello se entiende permite entonces considerar que «el criterio (...) es lógico si mantenemos para la donación el punto de vista dispositivo, [pero] no lo es en caso contrario»³⁰.

Estos argumentos, ahora bien, al igual que hemos ido viendo al tratar los anteriores, no están exentos de objeciones. Una primera, con base en la remisión que el artículo 621 del Código civil hace «*a las disposiciones generales de los contratos y obligaciones, en todo lo que no se halle determinado en este título*» [el II del libro III, que es el dedicado a las donaciones], plantea que esto permite considerar justificada la aproximación de la donación a los contratos también por lo que hace a su eficacia, siendo así que estos tienen en nuestro Derecho una virtualidad meramente obligacional. La otra objeción se trae de lo dispuesto en el artículo 629 del Código civil, pues de él se puede derivar, interpretándolo *a contrario*, que, desde que el donatario acepta, la donación *obliga* al donante³¹.

Aunque tales objeciones no resultan tampoco decisivas. En cuanto a los preceptos concretos señalados, porque su valor se puede poner en cuestión con los razonamientos en contrario que sobre ellos han hecho otros autores. En este sentido, en relación con el artículo 621 del Código civil se ha dicho que esta norma se comprende «por la existencia [en la donación] de declaraciones de voluntad que requieren ser reguladas por los preceptos generales sobre ellas»³², y entonces, dado que «en el Código civil falta una doctrina general del negocio jurídico y de su subespecie el negocio... de disposición, [por] eso se debe acudir, por analogía, en cuanto no contrarie la naturaleza de la donación, a las reglas generales del negocio jurídico... más detenidamente regulado en el Código: el contrato...»³³. Y en relación con el artículo 629 del Código civil, se ha apuntado la impropia utilización que en él se hace del verbo ‘obligar’ en lugar de ‘vincular’: «este argumento —se ha dicho— pierde su valor si tenemos en cuenta que el mismo Código civil, en los fideicomisos testamentarios, alude a las obligaciones del fiduciario de conservar y transmitir los bienes, siendo así que la transmisión a favor del fideicomisario se opera *ipso iure*, automáticamente, haciéndose ineficaces cuantas disposiciones hubiera verificado el heredero sustituido»³⁴. Y después, en un plano más general, tales objeciones no resultan decisivas porque, si bien pueden parecer de cierta entidad consideradas aisla-

damente, su valor se relativiza sin embargo si se sitúan en su debido contexto y se aplica una visión de conjunto de los datos existentes en el tema —tanto de los que hasta ahora han sido expuestos como de los que todavía quedan por ver—, de los que se deriva que no es ese, sino el contrario, el sentido que se desprende de la regulación dispuesta en el título II del libro III del Código civil.

D) La evolución de la donación, desde el punto de vista de su eficacia, a lo largo del tiempo

Es, este, otro dato con el que se refuerza la tesis de una eficacia inmediatamente traslativa de la donación regulada en el Código. Se trata de un argumento que requiere ser considerado con detalle, ya que los datos relevantes al respecto no cuentan con un entendimiento y valoración pacíficos³⁵.

Principiando por el Derecho romano, se hace necesaria ya aquí una advertencia sobre la necesidad —subrayada hoy por prácticamente todos los romanistas— de distinguir dentro de él varias etapas, en razón de la distinta naturaleza que en cada una de ellas tuvo la donación. Esas etapas fundamentales son tres: la que va desde sus orígenes hasta una ley de Constantino fechada en el año 316 d.C.; la que abarca desde esa ley hasta Justiniano; y la que se desenvuelve a partir de este último³⁶.

Hasta la promulgación de la referida ley del año 316 d.C., la donación no fue propiamente un negocio jurídico sino una simple causa, que podía por tanto informar muy variados actos jurídicos de contenido patrimonial (incluso no negociales), justificando por razón de liberalidad los efectos propios de cada uno de ellos³⁷.

A partir de esa ley de Constantino del año 316 d.C. (que ha llegado a nosotros a través de los Fragmentos Vaticanos³⁸), sin embargo, la cuestión cambia, pues la donación pasa a quedar configurada como negocio jurídico típico, en la medida en que es sometida a forma y régimen específicos³⁹. Y es que durante la etapa anterior la donación no había tenido forma propia —consecuencia lógica de considerarla como simple causa, susceptible por tanto de informar actos varios, a cuyas formas (las propias de cada uno), por consiguiente, debería ajustarse—, pero a partir de dicha ley esa situación se modifica, prescribiéndose una única forma como requisito esencial para su validez. Esa forma venía constituida por los elementos siguientes: a) redacción del acto por escrito *scientibus plurimis*; b) *traditio advocata vicinitate omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, conventu plurimorum celebretur*; c) *insinuatio apud acta*⁴⁰. Elementos, esos, de entre los cuales destaca —para nuestros fines en este momento— la exigencia de la *traditio*, pues esta, además de su virtualidad formal y por ello perfeccionadora del negocio de donación, evidenciaba también transmisión inmediata del dominio de la cosa. Resultando entonces que, en esta etapa, la donación va

referida únicamente a la de cosas, constituyendo un negocio formal y traslativo del dominio.

Esta configuración limitada de la donación se amplía sin embargo en la última etapa del Derecho romano por obra de Justiniano, pues en la regulación que este dictó al respecto se pueden distinguir varias posibilidades⁴¹: a) De un lado, las «donaciones reales para las que, según su cuantía [más de 500 sueldos], se exigía el acto escrito y la *insinuatio apud acta*. La propiedad, en ellas, se transfiere por el consentimiento legítimamente prestado. No requieren la tradición para la perfección de la relación... Estas donaciones eran, pues, negocios traslativos del dominio»⁴², modos de adquirir sin necesidad de tradición; b) De otro lado, las demás donaciones reales [las de cosas que no excedieran del valor de 500 sueldos], que «solo se perfeccionaban por la *traditio*, como en el régimen de Constantino. Sin *traditio* no había donación»⁴³; y c) Y, finalmente, la donación obligacional. Esta, que en los primeros tiempos «solo había sido factible... a través del contrato formal: la *stipulatio* otorgada *donationis causa*»⁴⁴, y que con Constantino parecía haber quedado excluida del ámbito de las donaciones, recibe consagración explícita con Justiniano⁴⁵.

Pues bien, esto visto resulta entonces, por lo que a nosotros ahora nos interesa, que a partir del momento en que la donación empezó a configurarse como negocio jurídico típico y autónomo —antes no tiene sentido hablar de ello— hay que distinguir dos momentos: uno (a partir de Constantino) netamente traslativo, y otro (con Justiniano) en el que se admite que la donación puede tener tanto eficacia traslativa (en la práctica, sin duda, la más frecuente) como obligacional⁴⁶.

Por cuanto hace al Derecho Común, aunque no puede hablarse de una concepción pacífica al respecto —por causa de los distintos sentidos en que las fuentes se pronunciaban, al menos aparentemente⁴⁷—, sí resulta posible advertir en ella tres distintas orientaciones. Pues en efecto, por un lado «PLACENTINO añadió a los contratos reales, enumerados por GAYO, la *permutatio*, la *donatio* y las figuras de contrato cuyo nombre comenzara con la sílaba ‘do’. Y... significando *donatio*, *donidatio*, *datio*, *domini traslatio*, debía deducirse que *proprie loquendo non dicitur donatio nisi cum pervenitur ad traditionem et ad dominii traslationem*»⁴⁸. En una postura intermedia, ACCURSIO pareció admitir tanto la donación traslativa como la de eficacia obligacional⁴⁹. Pero, en el extremo contrario, PAULO DE CASTRO afirmó que la donación «*olim et hodie erat et est contractus nominatus, quoniam habet speciale nomen quod alteri non convenit*, y que se perfeccionaba con el simple consenso»⁵⁰.

Por cuanto hace al Derecho histórico patrio, en él destacan el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas, cuerpos legales los dos primeros de impronta más propiamente hispana, y más romanista el tercero.

En los dos primeros, la concepción de la donación que parece seguirse es de virtualidad traslativa, dispositiva⁵¹, aunque el tenor de los textos no es tan nítido como para impedir algunas divergencias en su entendimiento⁵².

En las Partidas, en cambio, parece admitirse también la donación obligacional, aunque tampoco aquí los textos son inequívocos. Por de pronto destaca el hecho de que el legislador, en los primeros momentos en que se ocupa de la donación —proemio y ley I del título IV (*De las donaciones*), Partida V—, se refiere a ella en sentido amplio e impreciso, equivalente a acto de liberalidad, por lo que a partir de ahí no se pueden extraer conclusiones sólidas en este punto (aunque algunos atisbos parecen reflejar una eficacia dispositiva de la donación)⁵³. Es en la ley IV de ese mismo Título, en la que trata de los cuatro modos o maneras en que se puede hacer donación, cuando se hace referencia más directa al asunto de nuestro interés. Esta ley, en efecto, tras referirse a las donaciones puras y a las condicionales (*primera y segunda maneras de fazer donación*), señala: «*La tercera [manera], quando son presentes en algund logar, el que da, e el que rescibe la donacion. La quarta [manera], quando aquel que quiere fazer la donacion es en otra tierra. Ca estonce non la puede fazer si non por carta o por mensajero cierto, en que le embie a dezir señaladamente lo que le da. E quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a quien la fazan, tenudo sea de complirla aquel que la faze, o sus herederos*». Con tales premisas, entiende VALLET que en la «*quarta manera de fazer donación*» se recoge la doctrina justiniana de la posible eficacia meramente obligacional de la donación⁵⁴, mientras que en la «*tercera manera*» ha de estimarse —por un razonamiento *a contrario*— una virtualidad directa e inmediatamente transmisiva de la misma. No está de acuerdo con este planteamiento, sin embargo, DE LOS MOZOS, quien, interpretando también conjuntamente las referidas «*tercera*» y «*quarta manera*», considera que en ellas se alude, «más que a la donación obligatoria para contraponerla a la traditoria, a las que se hacen entre presentes y entre ausentes, por lo que, como en estas últimas no se efectúa la *traditio*, salvo que se haga documentalmente o por mensajero cierto, parece que funcionan completamente como *titulus acquirendi*, o como mera obligación de entregar»⁵⁵.

Resultan evidentes, así, las distintas interpretaciones que existen por cuanto hace a nuestro Derecho histórico. Pues mientras que para VALLET la donación fue, en él, figura de eficacia predominantemente traslativa, modo de adquirir *donandi animo* (salvo el resurgimiento de la obligacional justiniana que significarían las Partidas, aunque más bien parece que, en su opinión, co-existieran ambas), para DE LOS MOZOS, en cambio, la finalidad transmisiva de la donación era un resultado al que no se llegaba directamente nunca, sino por medio de la tradición, aunque esta se operara instrumentalmente y fuera concomitante con el negocio⁵⁶.

Diferencia de pareceres, esta, que además se traslada a la inteligencia de los autores clásicos más destacados en el tema.

En este sentido, afirma VALLET que «los clásicos castellanos, entendidas las normas de las Partidas y del Derecho romano como supletorias del

Derecho Real, distinguieron [las] dos formas de donación que ya habían sido disecionadas por ACCURSIO⁵⁷. Exponente de ello —considera VALLET, entendiendo que este autor compendia el parecer doctrinal mayoritario de la época— es Antonio GÓMEZ, quien afirma que «*talis donatio sit et celebratur dupliciter. Primo modo, ‘traditione rei’. Secundo modo, ‘promissione’*»⁵⁸. Y no es solo esto: los clásicos —dice además VALLET— consideraron también, contraponiéndolas, las notas características propias de cada una de esas modalidades, que cabe sintetizar así⁵⁹: a) La donación traditoria opera *per se* la transmisión del dominio, mientras que la donación promisoria solo genera una obligación de entregar a cargo del donante⁶⁰; b) La eficacia traslativa directa e inmediata propia de la primera excluye que esta pueda versar sobre bienes futuros; lo contrario ocurre, en cambio, cuando se trata de donación obligacional; c) Cuando se trata de una donación traslativa, el donante no responde por evicción ni por saneamiento, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de donación promisoria⁶¹; d) Además de por las causas comunes a ambas modalidades, la donación promisoria podía ser revocada por una causa más: el llamado beneficio de competencia (*beneficium competentiae*), esto es, por razón de un empeoramiento sustancial de la situación económica del donante con respecto a la que tenía al tiempo en que asumió la obligación, de modo tal que ahora, al haber caído en un estado de pobreza, no puede cumplirla o, al menos, le resulta extremadamente gravoso; e) Mientras que en donación traditoria se requería, por parte del donante, posibilidad material u objetiva de disponer, en la donación promisoria bastaba la capacidad de obligarse; f) Por último, señala VALLET que «la donación traditoria requería la aceptación por el donatario o bien por un nuncio o mandatario suyos. En cambio, tratándose de la donación promisoria, se afirmó que en Castilla, y en virtud de la célebre ley única título XVI del Ordenamiento de Alcalá, la promesa donatoria era obligatoria aun antes de la aceptación por el donatario»⁶². A la vista de lo cual, apunta VALLET que «las características expuestas por nuestros autores clásicos para la donación traditoria son [las] recogidas en nuestro Código civil en el título correspondiente a las donaciones. No, en cambio, las que, en contraste, se señalaron a la donación promisoria. Así —dice—, constatamos la exclusión de los bienes futuros como objeto de la donación ordinaria (art. 635); la irresponsabilidad por evicción y saneamiento, excepto en las donaciones onerosas (art. 638); la no recepción del *beneficium competentiae* (típico en las donaciones promisorias); la capacidad para disponer exigida al donante (art. 624); la necesidad de aceptación por el donatario en todas las donaciones directas de primer grado (arts. 623 y 629); y, finalmente, el automatismo de la transmisión de las donaciones de ultrterior grado, por analogía a las reglas de los fideicomisos hereditarios (art. 641)»⁶³.

DE LOS MOZOS, sin embargo, discrepa de lo anterior. En efecto, disintiendo de VALLET, considera que «la forma elegante de decir [de Antonio GÓMEZ] no debe inducirnos a error, ya que [este autor], al hablar de la donación que se

realiza ‘*traditione rei*’, no se está refiriendo a la donación manual, ni tampoco al efecto traslativo de la donación, sino a la donación que se lleva a cabo de presente y que, mediante la tradición, produce la transmisión de la propiedad»⁶⁴. Esta es, para DE LOS MOZOS, la operatividad propia que la donación tuvo en general en nuestro Derecho histórico: finalidad transmisiva, ciertamente, pero que no se producía de forma inmediata sino que precisaba para ello de *traditio*, aunque esta pudiera ser instrumental y de realización simultánea a la celebración de la donación.

Expuestos así los términos de la controversia en cuanto a la orientación de nuestro Derecho histórico en este tema, ¿cuál es el entendimiento más correcto? La cuestión es ciertamente difícil. Ocurre, sin embargo, que para nuestro propósito en este trabajo no resulta estrictamente necesario resolverla de forma definitiva (aunque, por nuestra parte, nos inclinamos a considerar que los antecedentes patrios no son tan favorables a una eficacia propiamente traslativa de la donación como en un principio pudiera creerse, esto es prescindiendo por completo de un acto de tradición, material o instrumental⁶⁵). Y no resulta estrictamente necesario resolverla definitivamente —decíamos—, porque ese Derecho histórico, aun siendo importante, está demasiado lejano como para determinar la realidad actual por sí solo. A nuestro entender, el dato más importante en este sentido lo constituye un factor más cercano en el tiempo: el Código francés y la orientación acogida en él, que es que la donación conlleva transmisión inmediata de la propiedad⁶⁶. Esta idea, en efecto, flotaba en el ambiente del siglo XIX⁶⁷, y a nuestro juicio ella tuvo una influencia trascendental en este tema en nuestro Derecho. Y es que, dado que nuestro Código se inspiró en buena medida en el francés, es plausible entonces entender que siguiera a este en cuanto al tema de la eficacia de la donación. Lo cual permite además explicar por qué nuestro Código situó la regulación de la donación en su libro III, dedicado a «*los diferentes modos de adquirir la propiedad*»; por qué el artículo 609 del Código civil la considera separadamente de los contratos que transmiten el dominio mediante *traditio*; por qué el artículo 618 del Código civil, al describir la donación, habla de acto (no de contrato) y de disponer (no de obligar); y por qué en el título II del libro III del Código no se dio acogida a las normas que en nuestro Derecho histórico había sido propias de las donaciones obligacionales y sí en cambio a las propias de las donaciones traditorias⁶⁸. Todo esto, aunque tal vez no se hiciera con plena conciencia, no deja de tener una relevancia importante.

2. NUESTRA CONCLUSIÓN SOBRE LA OPERATIVIDAD DE LA DONACIÓN REGULADA EN EL TÍTULO II DEL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL

En este punto las cosas, y una vez expuesto todo lo anterior, por nuestra parte concluimos entonces que resulta mejor fundada, y por tanto más convincente,

la tesis que sostiene que la donación regulada en el Código (tít. II, lib. III) es un negocio de eficacia traslativa directa e inmediata, no precisada por tanto de un acto posterior de entrega o *traditio* para que sus efectos se operen.

Es cierto que, considerados aisladamente, los distintos argumentos en juego que hemos ido viendo —literal, sistemático, de conjunto, histórico— pueden no ser inequívocos. Pero no es menos cierto que, considerados en conjunto, esa es la conclusión que resulta. Pues la eficacia dispositiva o inmediatamente traslativa, y no la obligacional, es la solución que permite mejor armonizar todos esos datos (aunque en algunos casos ese encaje no sea perfecto: esto es debido al proceder no siempre enteramente coherente del hombre en sus obras, mucho más en tan complicada materia como esta). Por lo que entendemos que hay que inclinarse en pro de una configuración de la donación como negocio de eficacia inmediatamente traslativa.

IV. LA DONACIÓN DE EFICACIA TRASLATIVA DEL CÓDIGO Y LAS VARIAS EXPLICACIONES EXISTENTES AL RESPECTO

1. EXPOSICIÓN DE LAS MISMAS

Después de haber dejado sentada la conclusión expuesta, nos ocupamos ahora de la cuestión que en su momento quedó simplemente apuntada: que, bajo el denominador común de sostener una eficacia inmediatamente traslativa de la donación regulada en el Código civil, se agrupan sin embargo variantes que presentan explicaciones de ello no absolutamente coincidentes, ya que cada una presenta matices importantes⁶⁹.

a) Una primera explicación es la que concibe la donación regulada en el Código civil como acto de disposición en sentido propio y estricto, esto es negocio dispositivo o modo de adquirir que no necesita en modo alguno, para transmitir el dominio, de *traditio*, de la que prescinde absolutamente⁷⁰.

b) Otra explicación es la que configura la donación como un negocio singular, cuya particularidad le viene conferida porque necesita de *traditio* para que la transmisión del dominio opere efectivamente —en esto se diferencia de la explicación anterior— pero también porque esa *traditio*, por virtud de lo dispuesto en los artículos 632 y 633, y 1462 del Código civil, constituye un elemento formal esencial y siempre simultáneo a la celebración de la donación⁷¹ —esto fuerza a diferenciar, se piensa, las donaciones de los contratos—. En otras palabras: que la forma exigida imperativamente por el Código para la donación, además de otras funciones que pueda cumplir, opera también la *traditio* necesaria para que los efectos reales pretendidos se produzcan, siendo su carácter intrínseco a la donación (es requisito *ad solemnitatem, ad essentiam*) el que fuerza a distinguir esta de los contratos, ya que estos, en nuestro Derecho, tienen eficacia obligacional.

c) En tercer lugar, la explicación que sostiene que la nota característica de las donaciones reguladas en el título II del libro III del Código civil radica en que para operar la transmisión a que tienden no requieren de un acto complementario y conceptualmente separado de tradición, en tanto que este forma parte esencial de las donaciones por su carácter formal —en esto coinciden con la explicación anterior—, pero que ello no es óbice para poder afirmar que son contratos —en esto se diferencia de la explicación anterior—. Aunque la donación es contrato —se afirma—, en ella «la tradición no tiene ya el significado de un acto de cumplimiento o consumación del contrato que tiene, de ordinario, en los negocios traslativos de la propiedad, puesto que no pertenece a la fase de cumplimiento sino a la de formación del negocio [entiéndase, contractual] dispositivo, del cual viene a constituir un requisito o un elemento»⁷². La donación en el Código civil, se afirma también, «es... contrato y modo de adquirir, o, más precisamente, contrato formal dispositivo por el que se opera sin necesidad de tradición [en el sentido dicho de acto conceptualmente posterior y complementario] la adquisición del derecho real»⁷³.

A nuestro juicio, sin embargo, en las variantes expuestas se mezclan dos cuestiones distintas: de un lado, la posibilidad o no de que un negocio que no necesita de *traditio* para que el traspaso real se opere efectivamente —entendida esa *traditio* en el sentido habitual, esto es como acto conceptualmente distinto del negocio al que da cumplimiento, no integrado en él a través de la forma— pueda ser calificado como contrato en nuestro Derecho; y del otro, el significado que en la operatividad de la donación, que se pretende inmediatamente transmisiva, juega la forma del negocio. A continuación pasamos a considerarlas.

2. ANÁLISIS DE ESAS EXPLICACIONES

A) *¿Cabe, en nuestro Derecho, calificar como contrato a un negocio no necesitado de traditio para operar el efecto transmisor que pretende?*

Si atendemos a la tercera explicación referida, vemos que la esencia de la misma radica en afirmar que la donación es contrato pero que no necesita de *traditio*, como acto separado del contrato al que da cumplimiento, para operar la transmisión que pretende. Sentado lo cual, la pregunta surge inmediata: ¿es eso posible en nuestro ordenamiento? La razón de ser de la pregunta es la eficacia meramente obligacional que en principio se atribuye a los contratos en nuestro Derecho⁷⁴.

Los partidarios de la explicación que ahora estamos viendo responden a esa pregunta que sí, considerando que «el carácter dispositivo de la donación no está reñido con la noción de contrato, sino únicamente con la mecánica traslativa propia de los contratos obligacionales»⁷⁵: «aun admitiendo —se dice— que en

el libro IV [del CC]... no se contemple específicamente la figura del contrato de eficacia real, ello no significa que la adquisición de la propiedad o de los derechos reales fundada en un título contractual requiera necesariamente en todo caso el juego traditorio», ya que, en la donación, «título y modo se funden en el molde formal de un contrato de naturaleza obligatoria para realizar el fenómeno transmísivo sin necesidad de un proceder estrictamente traditorio»⁷⁶. El concepto de modo de adquirir, se ha dicho también en esta línea, «no debe oponerse al de contrato, pues no es contradictorio con él», ya que «si pretendiéramos establecer una antítesis entre las categorías de *contrato* y *modo de adquirir* resultaría que en el Derecho francés o italiano la venta de la cosa cierta propia del vendedor, por cuanto atribuye la titularidad al comprador inmediatamente, y por tanto ese modo de adquirir, no sería contrato»⁷⁷.

En este punto las cosas, ahora bien, por nuestra parte entendemos que, si bien los conceptos «contrato» y «modo de adquirir» pueden no ser contradictorios *per se* —a fin de cuentas son una creación del intelecto, y puede por lo tanto moldeárseles como se quiera—, la cuestión no debe plantearse sin embargo en el terreno abstracto de la pura teoría sino en el más concreto de nuestro Derecho, tal como es hoy. Y, en él, tenemos que el criterio que se sigue no es el mismo que en Francia o Italia. Por lo cual concluimos que resulta menos trastocadora para el sistema jurídico español, y por esto mismo más aceptable, la postura que restringe el término «contrato» al convenio generador de obligaciones. Y, por ello mismo, y correlativamente, concluimos que la donación encaja y funciona mejor en nuestro sistema calificada como negocio que como contrato.

En cualquier caso, esto dicho, no parece tampoco absolutamente necesario empeñarnos en esta discusión, que, tomada en sus estrictos límites, se reduce a una cuestión puramente nominal. En efecto, llámese o no contrato a tal negocio, lo que queda claro es que, si así se hiciera, ese término, referido a la donación, asumiría una significación singular y diversa de la que en nuestro Derecho tiene en todos los demás casos⁷⁸. Y esto es lo que interesa aquí dejar firmemente establecido: la virtualidad traslativa y no meramente obligacional de la donación regulada en nuestro Código civil, tal que para producir los efectos reales que pretende no precisa un posterior acto de tradición, entendido como comportamiento conceptualmente distinto y separado de su perfección (en esto coincide esta explicación).

B) ¿Cuál es el significado de la forma, en relación con la eficacia traslativa de la donación regulada en el Código civil?

Pasemos ahora a la segunda cuestión apuntada, que se cifra en determinar cuál es el significado que hay que atribuir a la forma en relación con la eficacia inmediatamente transmisiva que ya hemos visto tiene la donación contemplada

en el título II del libro III del Código civil⁷⁹. Aquí las cosas, la respuesta alterna entre considerar que la forma, además de ser vehículo de expresión de la voluntad de donar, constituye también *traditio* —es lo que sostienen la segunda y la tercera explicaciones antes apuntadas—, o bien considerar que no es así, sino que la eficacia traslativa es una cualidad propia del dicho negocio de donación, siendo la forma un requisito añadido que el legislador ha querido imponer a tal negocio por otras razones, pero no por esta.

Aunque aquella opción cuenta con destacados defensores⁸⁰, es esta otra la que estimamos nosotros más correcta. Lo que no se deriva tanto del dato formal, aisladamente considerado, cuanto del sentido en que se orienta el conjunto de la regulación en este tema, tal como en las páginas anteriores se ha ido viendo. Y es que la opción que sostenemos puede resultar más o menos atractiva, pero en todo caso es coherente y cuadra con la solución a que se quiere llegar. La otra opción, en cambio, es una vía que, lógica y naturalmente desenvuelta, desemboca en unos resultados que no se avienen con lo que del planteamiento de conjunto resulta. Por lo siguiente.

De entrada, si nos fijamos en la donación de inmuebles, para la que el Código exige escritura pública (art. 633 CC), tenemos entonces que, si bien esta significa en principio tradición *ex artículo* 1462 del Código civil, cabe también que no sea así, cuando de lo consignado en la misma escritura resulte o se deduzca lo contrario⁸¹. Lo cual supone que la virtualidad inmediatamente transmisiva de la donación regulada en el Código (tít. II, lib. III), a pesar de estar sostenida firmemente por quienes sostienen la valoración de la forma que ahora estamos criticando, no tiene que ser necesariamente así, estando condicionada a la voluntad de las partes al respecto.

Mayor interés, en todo caso, presenta el supuesto de donación de bienes muebles, en relación con el cual el artículo 632 contempla una doble posibilidad formal: verbal, con entrega simultánea de la cosa donada, o por escrito (que no tiene que ser forzosamente escritura pública, sino que basta el escrito privado), en los demás casos.

La primera posibilidad contemplada en el artículo 632 del Código civil es la más clara: «la entrega de la cosa —dice CALVO SORIANO—, unida a la voluntad, es incuestionable... que opera la transmisión»⁸². Encontrando aquí su lugar más propio las reflexiones de WINDSCHEID cuando niega que en este caso quepa descomponer la donación en una declaración de voluntad y en un acto (aunque sea temporalmente coincidente) de ejecución: «la declaración de la voluntad de donar —dice—, en los casos aquí en cuestión, no precede, ni en cuanto al tiempo ni en cuanto al concepto, al acto de ejecución de la donación. No se transmite la propiedad porque se haya donado, sino para donar»⁸³. Y esta entrega, tal como afirma CALVO SORIANO, ha de entenderse necesariamente «en el sentido restringido de entrega manual, pues este es el sentido clásico y el de la legislación comparada, y por ello no creemos que sea sustituible...

por otros procedimientos traditorios propios de las cosas muebles», es decir, los demás previstos en el artículo 1463 del Código civil⁸⁴. Ello ha de ser así, además, porque admitir la realización de la *traditio* a través de, v.gr., las llaves del lugar donde se hallan almacenadas o guardadas las cosas, o por el solo acuerdo si la cosa no pudiera trasladarse en el momento de celebración del negocio, significaría en la práctica privar a tales donaciones de la exigencia formal que se les exige, quedando esta dependiente de las circunstancias del caso y también, en cierta medida, de la voluntad de las partes⁸⁵. Pero entonces, «si estos procedimientos genéricos de tradición no son aplicables y se exige uno determinado,... con ello se confirma nuestra tesis de que aquí la tradición o entrega tiene un específico significado (...) como elemento formal que afecta a la estructura del negocio»⁸⁶.

La segunda posibilidad contemplada en el artículo 632 del Código civil en relación con bienes muebles, es que la donación se haga por escrito. La pregunta que se plantea entonces, es la siguiente: «este escrito privado en que se consigna la donación, (...), ¿inducirá a considerar que en tal caso (...), con arreglo a los criterios traditorios de los artículos 1462 y 1463, no opera inmediatamente el traspaso real?»⁸⁷. Para VALLET la respuesta es favorable a la transmisión inmediata, pero sin renunciar a su idea de que hay tradición aunque va ínsita en el propio negocio de donación, a través de la forma⁸⁸. Esta postura, sin embargo, se enfrenta a un obstáculo difícilmente salvable: que la tradición instrumental que nuestro Código admite se refiere únicamente al caso de escritura pública, no de documento privado (art. 1462 CC); en consecuencia, si se quiere mantener el juego traditorio como algo ínsito en la forma del negocio se hace preciso revivir la *traditio per chartam* de las Partidas del rey D. Alfonso X⁸⁹, y ningún apoyo para ello puede encontrarse en nuestro Código civil actual⁹⁰. Esta explicación, por tanto, no es aceptable. Es más, precisamente esto es lo que determina que algunos autores hayan considerado que este artículo 632.2 del Código civil da acogida a la donación obligacional: habiéndose celebrado por escrito el negocio, pero sin que la cosa haya sido entregada —se viene a pensar—, los efectos que aquel surte no significan transmisión del dominio sino obligación de entregar la cosa, para así operar tal efecto real⁹¹. No estamos nosotros, sin embargo, conformes con esto, pues, como a lo largo del trabajo ya ha quedado visto, la donación regulada propiamente en el Código tiene siempre, en todo caso, virtualidad traslativa inmediata. Lo que ocurre es que ello no se produce en razón de una *traditio* ínsita en la forma, sino porque así resulta del mismo negocio de donación (sin perjuicio de tener ese negocio que someterse al cumplimiento de determinadas formas exigidas imperativamente en el mismo Código, pero que tienen otra razón de ser y finalidad)⁹². Este resultado inmediatamente transmisible de las donaciones de bienes muebles, de hecho, no suscita polémica en el caso de la donación manual, solo la suscita cuando no hay entrega simultánea sino redacción por escrito. Se trata sin embargo —repe-

timos— de una postura errónea, conclusión, esta, que además se refuerza con consideraciones de orden lógico, pues si la donación manual tiene virtualidad traslativa (cosa, esta, no discutida por nadie), no cabe entonces pretender que la otra posibilidad contemplada en relación con los bienes muebles (documento escrito, que puede ser privado) tenga distinta operatividad, ya que se establece de manera alternativa y sin rebajarla en su eficacia con respecto a aquella. Lo cual lleva a concluir que, para el Código, también la donación de muebles tiene eficacia traslativa inmediata *per se*, y ello tanto si la forma por la que se opta para la válida celebración de esa donación es la entrega de la cosa como si es un escrito privado⁹³.

3. NUESTRA CONCLUSIÓN EN ESTE PUNTO

A nuestro juicio, y por las razones que en las páginas anteriores se han ido viendo, la donación, tal como aparece contemplada y regulada en el título II, libro III, del Código civil (arts. 618 y sigs.), constituye un negocio de eficacia directa e inmediatamente traslativa *per se*, y sin necesitar para ello de acto de tradición, ni siquiera configurado este de modo tal que resulte implícito en el mismo acto de celebración del negocio de donación, a través de la forma exigida imperativamente por el legislador. En la donación, la forma es un requisito esencial para su válida celebración, pero no tiene función traditoria sino que responde a otras razones⁹⁴. La entrega material de la cosa donada por parte del donante al donatario, por tanto, no es acto de pago o cumplimiento de una obligación previa, sino consecuencia derivada del hecho de estar el donante en una situación de tenencia o posesión de cosa ahora ya ajena, y sin título para ello⁹⁵.

V. SOBRE LA POSIBILIDAD DE UNA DONACIÓN OBLIGACIONAL EN NUESTRO DERECHO ACTUAL

¿Supone, lo dicho en el punto anterior, que la donación obligacional, el negocio que mira a dar a título gratuito pero no de forma inmediata sino a través de una obligación interpuesta, se encuentran impedidos en nuestro ordenamiento? Negar tal posibilidad parece ciertamente difícil, teniendo en cuenta que se trata de una idea de honda raigambre histórica⁹⁶, que se encuentra acogida con claridad en el terreno del Derecho Comparado⁹⁷, y que además no repugna a la psicología humana y a los intereses que los hombres pueden pretender, sino todo lo contrario. Pero, si es así, *quid iuris?*

Para responder a tal interrogante, conviene comenzar recordando la evolución habida a este respecto en nuestra doctrina moderna. Y en este sentido tenemos que desde la promulgación del Código civil y hasta los años cuarenta

del siglo XX fue planteamiento dominante el que sostenía que la donación que el Código contempla constituye en todos los casos un mero título —*i.e.*, una donación de virtualidad obligacional—⁹⁸, aunque a partir de entonces se produjera una inflexión en este tema, pasando la doctrina mayoritaria al extremo opuesto, esto es a sostener que la donación contemplada en el Código tiene siempre eficacia traslativa inmediata, y por tanto que en ningún caso puede tener virtualidad simplemente obligacional.

En tiempos más recientes, sin embargo, un sector de la doctrina ha venido a dar a esta cuestión un nuevo enfoque, desplazándola del ámbito del libro III del Código —dedicado a «*los modos de adquirir la propiedad*»— al del libro IV, atinente a «*las obligaciones y contratos*». Acicate para ello debió ser la consideración de cómo las cosas se presentan en el mundo real, que, como se ha dicho, no es refractario a la posibilidad de una obligación de dar a título gratuito sino todo lo contrario. Y así, este sector de la doctrina ha venido a replantear la cuestión considerando que, si bien se puede admitir que en el título II del libro III del Código civil no tiene cabida la donación obligacional, no basta sin embargo con eso para zanjar definitivamente la cuestión, ya que esta puede todavía plantearse en el ámbito del libro IV del Código, en el que además existen algunos datos en los que cabe ver apoyo para ello⁹⁹. Este es el marco en que el debate doctrinal se encuentra situado hoy.

1. EL DEBATE AL RESPECTO: EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS

Planteada así la cuestión, consideremos entonces los diversos argumentos que se emplean en esta discusión, tanto en favor como en contra de posibilidad de admitir las donaciones obligacionales en nuestro Derecho.

A) *Argumentos contrarios a admitir la donación obligacional en nuestro Derecho*

Son varios los que se han apuntado en este sentido, que a continuación pasamos a analizar.

a) De entrada, cabe empezar apuntando la objeción que plantea NÚÑEZ LAGOS cuando pregunta, en un modo interrogativo de expresión que lleva implícita una respuesta negativa, si acaso sería posible obtener la condena a daños y perjuicios contra el promitente-donante que luego incumpliera la obligación contraída¹⁰⁰.

Esta objeción, ahora bien, en verdad no es más que una petición de principio, por lo que la respuesta a la misma ha de ir en consonancia. Y es que a esa

pregunta habrá que responder sin reparos que sí, si se admite la posibilidad de la donación obligacional¹⁰¹ (y no solo obtener condena para indemnizar daños y perjuicios sino también, en muchos casos, la prestación *in natura*, toda vez que esta se cifra en un «*dare*»), mientras que la solución será la contraria en el supuesto de que se rechace tal donación. En realidad, como es fácil ver, el sentido de la solución no es sino consecuencia de la postura por la que antes se haya optado acerca de la admisibilidad o no en nuestro Derecho de la donación obligacional: por esto hemos dicho que lo que hay aquí no es sino una petición de principio. Para resolver esta cuestión, por tanto, habrá que tener en consideración una serie de datos, los que se quiera, pero no este¹⁰².

b) A la posibilidad de una donación obligacional se ha objetado, además, que «si bien los créditos y los demás derechos incorporales pueden ser también objeto de donación, de la misma manera que pueden serlo de compraventa, no puede [sin embargo]... admitirse que el donante pueda crear un crédito contra sí mismo para donarlo seguidamente un instante después, [pues] una persona no puede obligarse jurídicamente en favor de sí misma, ni crear un crédito contra sí misma. Luego si no puede crearlo no podrá donarlo, puesto que para transferir algo debe tenerse previamente»¹⁰³.

Esta objeción, ahora bien, es tan inadmisible como la anterior, y para evidenciarlo basta con destacar el incorrecto entendimiento de la noción de donación obligacional que está en su base, fruto de la mezcla confusa de las nociones de donación transmisiva de créditos y de negocio generador de obligaciones. Incorrecto entendimiento, ese, que sin embargo se supera simplemente deslindando debidamente una noción de otra. En este sentido, considérese que cuando se plantea que un crédito pueda ser objeto de donación no se está haciendo referencia a una donación obligacional sino a una donación transmisiva, cuya única particularidad le viene dada por su objeto, que en el caso no es un bien corporal sino incorporeal pero ya preexistente en el patrimonio del donante, nada más¹⁰⁴. Esto, sin embargo, no se ha advertido correctamente, de modo que, sin más ver que se trataba de un crédito, se ha creído estar en presencia de una donación obligacional, involucrando en el razonamiento, además, la consideración de que no es admisible crear un crédito contra uno mismo, consideración que en sí misma es correcta pero que aquí, al estar mal planteada —la creación y existencia *previa* del crédito es presupuesto de esa donación de que se habla—, ha sido determinante del rechazo a aquella con que se ha concluido. Dicho lo cual, para zanjar esta cuestión basta con transcribir las contundentes palabras de SÁNCHEZ-BLANCO al respecto: «no es necesario admitir la posibilidad de que una persona (el donante) cree un crédito contra sí misma para admitir la donación obligacional», pues lo que esta significa es, simplemente, que «el crédito nace en la persona del donatario [y que] su creación... responde a una causa gratuita»¹⁰⁵.

c) También se apunta, en contra de las donaciones obligacionales, que «es evidente el mal acomodo de la donación entre los contratos obligacionales. La

donación —se dice— es modo de adquirir, no título, en la *Instituta* de Justiniano, en las obras de los postglosadores y en el artículo 609 de nuestro Código civil. Las disputas sobre su colocación en la parte general o entre los contratos obligacionales ponen de manifiesto lo incómoda que se encuentra la donación asentada en la misma línea de la compraventa u otro contrato previo que sirva de título o justa causa a una ulterior *traditio*. (...) ¿Habrá que partir antes que nada —se pregunta NÚÑEZ LAGOS— del hecho y momento de la *datio*? (...) Creo —concluye entonces este autor— que la declaración de la voluntad de donar es inescindible de la *datio* como hecho. (...) Para el 618 del Código civil la donación es acto de disposición de cosa, no de obligación»¹⁰⁶.

Esta tajante conclusión, ahora bien, no puede obviar el hecho de que la misma se afirma pero no se demuestra suficientemente, pues, dejando ahora en segundo plano, por su lejanía en el tiempo, qué fuera de la cuestión en la *Instituta* justiniana y en la obra de los postglosadores, el otro pilar en que tal conclusión se sustenta —el artículo 609 del Código civil— resulta que es discutido por parte de la doctrina, como ya hemos visto en un momento anterior, al que remitimos, para no repetir¹⁰⁷. Es más, hay incluso quien apunta una reinterpretación del artículo 609 del Código civil afirmando que, «cuando este precepto dice que la propiedad se adquiere y transmite *por donación*, se está refiriendo a la donación [de eficacia directa e inmediatamente dispositiva, no necesitada de acto ninguno de tradición¹⁰⁸]. Mientras que cuando dice que se transmite *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*, se refiere a una categoría de contratos (los traslativos del dominio) que no operan por sí mismos el traspaso sino que necesitan para producir este efecto la añadidura de otro elemento que es la tradición. Pues bien, una donación [...] que se haga... asumiendo el donante la obligación de entregar... será uno de esos contratos aludidos en el artículo 609»¹⁰⁹.

d) Otra objeción contra las donaciones obligacionales se ha apuntado con base a lo dispuesto en el artículo 1901 del Código civil¹¹⁰. Este artículo, se ha dicho, «señala como supuestos de *pago indebido* no repetibles los hechos ‘a título de liberalidad o por otra justa causa’. Esto es, en virtud de donación o en cumplimiento de alguna de las llamadas obligaciones naturales o de un deber moral. Por tanto, si el pago hecho a título de donación es un caso de pago de lo indebido..., sin duda la obligación de dar contraída con ánimo de liberalidad no será exigible, aunque una vez pagada no pueda repetirse. Con lo cual llegaríamos a la conclusión [de que] ‘la mal llamada obligación de donar, aunque parezca paradójico, solo es obligación cuando ya se ha cumplido’»¹¹¹.

Tampoco esta, sin embargo, constituye una objeción atendible, por las dos siguientes razones¹¹².

Una, porque no es correcto considerar como supuestos de *pago indebido* no repetibles los hechos a título de liberalidad. En verdad, tal como se ha dicho, «todo el argumento queda condicionado por esa afirmación de que el pago hecho

a título de donación es un caso de pago de lo indebido (no repetible). Ahora bien, ¿es ese el significado del artículo 1901? Creemos —se responde— que no; dicho artículo establece una presunción de error en el pago [si se entrega cosa que nunca se debió, o para extinguir una deuda que ya estaba pagada] que, cuando no sea destruida mediante la prueba en contrario [aduciendo que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra justa causal], implicará una presunción de pago de lo indebido. Pero si se aporta dicha prueba en contrario desaparecen o quedan sin efecto tales presunciones, de manera que ya no se podrá hablar ni de error en el pago ni de pago de lo indebido. Es decir, la prueba en contrario no se limita a excluir la repetición (dejando en pie las presunciones de error y de pago de lo indebido), sino que excluye plenamente la aplicación de las reglas del pago de lo indebido, ya que a lo que se dirige dicha prueba es a demostrar que efectivamente se pagó lo que se debía»¹¹³.

Y otra, porque «es posible sostener que la excepción de que ‘la entrega se hizo a título de liberalidad’ contenida en el artículo 1901 del Código civil solo se refiere a las donaciones traditorias, sin previa promesa, y que las promisorias escapan del artículo 1901. Pues su cumplimiento no supondrá nunca un pago indebido, sino el cumplimiento de una obligación anteriormente contraída»¹¹⁴.

e) Otra objeción contra las donaciones obligacionales es la formulada por NÚÑEZ LAGOS: «si la donación fuera realmente un acuerdo obligacional, la *datio* subsiguiente solo sería ejecución de un convenio previo, cumplimiento de una obligación de dar, en una palabra, pago; y la *traditio* en todo caso se verificaría *causa solvendi*»¹¹⁵, lo cual se considera un imposible lógico, por contravenir las notas de espontaneidad y liberalidad propias de la donación. Se trata de una objeción importante, pues, si se admitiera, implicaría cegar automáticamente la posibilidad de una donación obligacional, ya que vendría a constituir una *contradiccio in terminis*.

También esta objeción, sin embargo, es susceptible de refutación. En este sentido, es interesante empezar reseñando una explicación que se ha apuntado en orden a rebatir «que sea incompatible el carácter gratuito de una obligación con que el cumplimiento de esa obligación (gratuita) constituya una *datio solvendi causa*»¹¹⁶. Para ello se identifica el núcleo de la dificultad considerada, que se resume en la creencia de que todo pago haya de ser forzosamente oneroso¹¹⁷, y a continuación se aduce que eso es «totalmente inexacto (porque...) atribuir al pago carácter intrínsecamente oneroso corresponde a una tendencia, dominante en otros tiempos, que consideraba la liberación del deudor como correspondencia de la prestación por el acreedor recibida», pero que hoy esa idea se ha demostrado falsa, sobre la base de que «en el pago se produce la extinción de la deuda pagada de una manera automática, y constituye un efecto ligado por la ley al pago e implícito en su concepto»¹¹⁸.

Abundando en lo cual, cabe reforzar la refutación de esta objeción con apoyo en un doble orden de consideraciones. Una, que, si se habla con rigor de

«onerosidad» y «gratuidad», hay que tener presente que el término de referencia propio de esos adjetivos viene constituido por el negocio, no por el pago, y por tanto que la idea de pago de la obligación derivada de un negocio gratuito no es un absurdo lógico¹¹⁹. Y otra, que, si se habla con rigor de *causa solvendi* y *donandi*, hay que tener en cuenta que el término de referencia propio de las mismas viene constituido principalmente por la atribución patrimonial (enfocada desde la perspectiva del fundamento objetivo que la justifica), y por tanto con una cierta independencia del negocio que la articula, resultando entonces que no hay dificultad ninguna para compatibilizar una *datio* hecha como pago o cumplimiento de una obligación o un contrato previo, con la afirmación de que esa misma *datio* responde a una *causa donandi*, ya que cada una de esas nocións hace referencia a planos distintos¹²⁰. Consecuencia de lo cual es que no se dan los presupuestos necesarios para hablar de onerosidad, y en todo caso que esta objeción no hace inviable la existencia de donaciones obligacionales.

f) Una última dificultad en este sentido, próxima a la anterior pero distinta, es la que objeta que, en las donaciones obligacionales, «la donación se produce en el momento inicial de la obligación y no en su ejecución»¹²¹, y que ello implica entonces que el *animus donandi*, la donación, se da al tiempo de constituir la obligación, no en el momento de su realización, que no sería sino pago o cumplimiento, siendo así que esto no se considera admisible, toda vez que «la esencia del crédito no consiste en la tensión dada con su existencia sino en su futura *solutio*, no en la ligadura del deudor en sí y por sí sino en la prestación por ella asegurada»¹²². De donde se colige que si alguien se compromete, *donandi animo*, a transferir una cosa, en realidad lo que hace es obligarse a donarla, cayendo así en el supuesto de la obligación de donar, que se rechaza. Esta es —se piensa—, la realidad de las cosas en este punto, «lo demás no es sino un juego de palabras. Un disfraz sofisticamente dogmático»¹²³.

Tampoco esta, sin embargo, es una objeción válida. Para evidenciar lo cual procede hacer dos consideraciones.

Una, que cabe dar a las mismas palabras transcritas un sentido distinto y más correcto al que hemos visto se les da. Pues en efecto, si, como se dice, la esencia del crédito no viene dada por la tensión creada con su existencia (por la ligadura del deudor en sí misma considerada) sino por su futura *solutio*, por la prestación a la que se encamina, el resultado a que esto lleva es precisamente contrario al pretendido¹²⁴, ya que lo dicho no hace sino subrayar que la esencia de esa donación (obligacional) sigue cifrándose en la atribución patrimonial gratuita que se pretende realizar, con la única particularidad —pero que aquí, de forma correlativa a lo dicho, queda desdibujada en su importancia— de que esa no se produce de forma directa e inmediata sino a través de una *obligatio* interpuesta.

Y otra, que es preciso aquí distinguir entre donación obligacional y promesa u obligación de donar, que no son supuestos equivalentes. Y es que la primera

—que es la que estamos considerando en este punto— constituye en sí misma un negocio perfecto y definitivo desde que se celebra con arreglo a Derecho, aunque los efectos últimos a que tiende (la atribución patrimonial gratuita) no se produzcan de forma directa e inmediata sino a través de una obligación de dar a cargo del donante. Mientras que la segunda, en cambio, apunta a la idea del precontrato, contrato preparatorio o promesa de contrato, y con referencia al instituto de la donación¹²⁵. Hacemos esta precisión porque, mientras quienes se oponen a la primera figura lo hacen con razones varias pero susceptibles de discusión, el rechazo a la segunda se plantea sin embargo de manera rotunda y con base en argumentos que se consideran de estricta lógica: en este sentido, se ha afirmado que esa segunda hipótesis, predicada de la donación, «repugna a su mismo concepto. La donación hecha por obligación lógicamente no puede ser tal donación. (...) La obligación de verificar una donación no puede existir, puesto que la donación es un acto de liberalidad (...) que, por tanto, nadie puede obligarse a hacerlo. Porque si a ello se obligó su otorgante, ya no es donación su cumplimiento»¹²⁶. Expuesto lo cual, por nuestra parte apuntamos que, en la medida en que se mantenga en este tema el entendimiento tradicional de la figura del precontrato (acuerdo o negocio en cuya virtud las partes del mismo se obligan a celebrar, con posterioridad, un nuevo negocio), la afirmación hecha puede tener sentido¹²⁷, pero destacamos también, en cualquier caso, la no identidad entre tal supuesto y el que aquí nos ocupa propiamente. Pues lo que aquí se trata de resolver no es si en nuestro ordenamiento cabe obligarse a donar (obligarse a celebrar un negocio de donación), sino si cabe celebrar un negocio de donación perfecto en cuanto tal pero cuya eficacia, aunque efectivamente tiende a una atribución patrimonial, se articula no inmediatamente por vía de una *datio* sino mediáticamente a través de una *obligatio* interpuesta, que recae sobre el donante y en favor del donatario.

B) Argumentos a favor de las donaciones obligacionales en nuestro ordenamiento

Con lo anterior, han quedado examinadas y rechazadas cuantas objeciones se han formulado contra la viabilidad de las donaciones obligacionales en nuestro Derecho, resultando como consecuencia que estas no son una figura ilógica ni intrínsecamente contradictoria.

No obstante lo cual, hay que reconocer que el discurso ha sido hasta ahora más de refutación de las objeciones que contra tal donación se han aducido que de aportación de datos positivos en apoyo de la misma, lo que sin embargo es sumamente importante, sobre todo teniendo en cuenta que, según ya hemos dicho, la donación contemplada en el título que el Código le dedica es exclusivamente, o cuando menos fundamentalmente, la de virtualidad traslativa. ¿Será

preciso entonces concluir que la imposibilidad de la donación obligacional en nuestro Derecho, aunque determinada por razones contingentes, es un resultado que no hay más remedio que aceptar¹²⁸, o existen datos positivos que permiten efectivamente admitir esa donación de eficacia meramente obligacional? A esta pregunta creemos que puede responderse afirmativamente, por las siguientes razones.

Partiendo de la base de que la donación regulada en el título II del libro III del Código es de eficacia inmediatamente transmisiva, y de que la cuestión ha de plantearse por tanto en el ámbito del libro IV, apunta VALLET DE Goytisolo que «el artículo 1274 entiende por causa en los contratos de pura beneficencia ‘la mera liberalidad del bienhechor’», y que ello permitiría pensar que en él tienen cabida las donaciones obligacionales. A pesar de lo cual la cuestión queda, sin embargo, sin respuesta explícita por parte de VALLET, que además, a reglón seguido, parece volverse atrás: «notemos —dice— que el artículo 1274 pudo no referirse a la donación al aludir a los contratos de pura beneficencia. Necesariamente gratuito es el comodato, y pueden serlo la fianza, el depósito, el mutuo, el mandato, etc»¹²⁹. A este modo de discurrir, ahora bien, creemos nosotros que puede responderse destacando, en primer lugar, que la causa de la donación es la liberalidad del donante (art. 618 CC), y que la causa de los contratos de beneficencia viene dada también por la pura liberalidad del bienhechor, por lo que hay coincidencia entre ellos en ese sentido; y, después, que el reparo indicado sería válido si lo que se pretendiera fuera la aplicación de aquella causa única y exclusivamente a la donación —«en tal caso sí sería correcto decir que el artículo 1274 pudo no referirse solo a la donación sino también aquellos otros contratos gratuitos»¹³⁰—, pero que no es esa sin embargo la intención de quienes aducen este precepto, que ciertamente propugnan incluir en él la donación pero sin excluir otros eventuales supuestos. Lo que permite afirmar entonces que el artículo 1274 del Código civil constituye en sí mismo un dato positivo con respecto a la posibilidad de la donación obligacional, aunque tal vez no resulte decisivo.

Dicho lo cual, se continúa el razonamiento del siguiente modo: «el planteamiento de la cuestión —afirma FERRANDIS— debe ser [...]indagar] si entre esos contratos de pura beneficencia, cuya causa es la mera liberalidad del bienhechor, puede ser incluida la donación. Por eso,... la cuestión se desplaza... al terreno de la admisibilidad de la obligación de dar a título gratuito y, lo que viene a ser casi lo mismo, al de la posibilidad del contrato de donación. La cuestión no ha de resolverse partiendo del artículo 1274 sino con un ámbito más general»¹³¹. «Habrá que examinar —apunta en otro momento este autor— los preceptos fundamentales en orden al concepto de *obligación* y al concepto de *contrato*, para tratar de deducir si la donación pugna con uno o con otro concepto o si, por el contrario, tiene cabida en ellos, al menos virtualmente»¹³². Y para ello pasa entonces revista a los artículos 1088 y 1254 del Código civil, llegando

a la conclusión de que, «por lo que se refiere al concepto de obligación, es indiscutible que no hay inconveniente en admitir la existencia de obligaciones de dar a título gratuito, y en cuanto al concepto de contrato,... el artículo 1254 responde a una concepción lo suficientemente amplia y general como para poder ser aplicada tanto al supuesto de que el contrato engendre obligaciones recíprocas como al de que origine obligaciones para una sola de las partes, puesto que en dicho artículo no están prejuzgadas... ni la unilateralidad o la bilateralidad del contrato, ni su onerosidad o gratuitad. Es, por tanto, innegable —concluye— la admisibilidad en nuestro Derecho de un contrato que dé lugar a una obligación de dar a título gratuito»¹³³.

A nuestro juicio, este planteamiento de la cuestión es esencialmente acertado. Y así, nos encontramos entonces en una situación en la que podemos afirmar sin reparos que en nuestro Derecho actual existe la posibilidad de que los sujetos celebren un negocio en virtud del cual constituyan a cargo de uno de ellos una obligación de dar a título gratuito a favor del otro, negocio que tiende a producir una atribución patrimonial pero siendo así que esa atribución no se opera de forma directa y actual sino mediata, cuando se pague o cumpla la *obligatio* interpuesta.

Sentado lo cual conviene entonces atender, de nuevo, a FERRANDIS, quien afirma —con buen juicio, a nuestro entender— que, una vez establecido lo anterior, «lo que ya resultaría una cuestión bizantina sería indagar si tal [negocio] ha de ser considerado como un [negocio] atípico o si, por el contrario, le corresponde el esquema típico de alguna figura negocial. Indudablemente —dice—, se tratará de un [negocio] de donación, porque la finalidad económica perseguida, la causa del acto y los intereses que están en juego en tal hipótesis son exactamente los mismos que en la donación con eficacia real o inmediatamente traslativa»¹³⁴. Y buen juicio, decíamos, porque con esas palabras nos pone en la pista de una cuestión muy importante a estos efectos. Esta cuestión se puede plantear diciendo que, para determinar si cabe considerar como donación la obligación de dar a título gratuito que un sujeto asuma en favor de otro, no basta con acudir a lo dispuesto en el artículo 618 del Código civil, ya que este es solo una definición de nuestro Código, que puede expresar mal (en el sentido de una excesiva estrechez) el concepto, más amplio y elevado, de donación, con el que sin embargo no suele haber dificultades¹³⁵: negocio que produce un empobrecimiento y enriquecimiento correlativos de donante y donatario, realizado con intención de liberalidad¹³⁶. Y es que la calificación de un determinado acto como donación depende fundamentalmente de «una especial finalidad de política jurídica: la de proteger intereses superiores al interés del propio donatario»¹³⁷, en razón al posible perjuicio que de ello se puede derivar para los acreedores y legitimarios del donante. Ocurre, ahora bien, que ese efecto, ese *animus* y esos intereses no se dan solo en las donaciones inmediatamente traslativas sino también en las donaciones obligacionales, esto es cuando un sujeto asume a favor de otro una

obligación de dar a título gratuito: ¿acaso no hay en la donación obligacional un empobrecimiento / enriquecimiento de donante y donatario causado por un ánimo liberal, y que puede afectar negativamente a los acreedores y legitimarios de aquél? La respuesta es inequívoca, sin perjuicio de que haya alguna diferencia según cuál sea el supuesto de que se trate (precisamente, esa diferencia es la que permite distinguir un supuesto de otro): en la donación de eficacia traslativa la disminución del activo del donante es inmediata; en la obligacional, en cambio, la consecuencia primera del negocio es el aumento del pasivo del donante, de modo que su traducción en efectiva disminución del activo solo se producirá en un momento posterior, cuando tenga lugar la entrega con que cumple esa *obligatio*¹³⁸.

C) Nuestra conclusión: posible eficacia dual de la donación en el Derecho español actual

Así las cosas, concluimos entonces que la donación obligacional constituye en nuestro Derecho actual una figura posible sin lugar a dudas, pues por un lado cuenta con el sustento de importantes argumentos a su favor, y por el otro lado los argumentos en contra de la misma ya se ha visto que no son terminantes. Siendo así además que esta figura cuenta con antecedentes históricos —en el Derecho romano justiniano, en el Derecho común y en el Derecho patrio— y también con reflejo en una serie de preceptos concretos en nuestro ordenamiento actual¹³⁹: artículos 1340, 1341 y 1363 del Código civil, y 168.1 de la Ley Hipotecaria. Por cuanto hace a la jurisprudencia, aunque es verdad que no es inequívoca, no puede tampoco decirse que sea contraria a la admisión de esta figura¹⁴⁰.

Dicho lo cual, fijamos entonces definitivamente nuestra postura en cuanto a la eficacia de la donación en nuestro Derecho diciendo que, frente a los extremos de considerar la donación, alternativa pero excluyentemente, como mero título —*i.e.*, negocio de eficacia obligacional— o como modo de adquirir —*i.e.*, negocio de eficacia traslativa inmediata—, esa dicotomía puede y debe superarse admitiendo que en nuestro ordenamiento actual la donación es susceptible de tener ambos tipos de eficacia¹⁴¹.

Aunque esto no es óbice para que afirmemos, también, que la modalidad que el legislador tuvo en cuenta al redactar el Código civil fue la de virtualidad inmediatamente traslativa, que es la que contempla y regula exclusiva o cuando menos fundamentalmente en el título II del libro III de aquel. La viabilidad de la donación obligacional en nuestro Derecho es fruto de la posibilidad que en él existe —aunque situada dentro del ámbito del libro IV del Código, no en el III— de configurar una obligación de dar a título gratuito: recuérdese, en este sentido, que nos encontramos en el ámbito del Derecho privado, allí donde la autonomía de la voluntad es principio fundamental. En nuestro Derecho actual, por tanto, los

sujetos pueden configurar libremente la donación, atribuyéndole carácter directa e inmediatamente traslativo o carácter meramente obligacional, según les convenga.

2. LA DONACIÓN OBLIGACIONAL Y SU RÉGIMEN EN EL CÓDIGO CIVIL

Llegados a este punto, ahora bien, resta todavía por elucidar un asunto importante. Y es que, una vez sentada la posibilidad de las donaciones obligacionales en nuestro ordenamiento, la pregunta que surge inmediata es: ¿con arreglo a qué normas se regirán? Como ya se ha dicho, la figura que se regula en el título II, libro III, del Código es —tal vez no solo, pero sí fundamental o predominantemente— la donación traslativa, lo que lleva aparejado, por consecuencia, el problema de determinar entonces cuál será el régimen aplicable a las donaciones obligacionales.

Para salvar esta dificultad, un sector de la doctrina ha buscado cómo dar respuesta a esta cuestión. En este sentido, una primera tentativa podría ser la apuntada por CALVO SORIANO¹⁴², quien afirma que, «cuando el objeto de la donación es un *obligare*, la remisión que se hace a las reglas generales de las obligaciones y contratos, en el artículo 621, cubre perfectamente su necesidad de reglamentación»¹⁴³. Se advierte pues, aquí ya, una primera concesión: la regulación del Código en el título II, libro III, no es solo (aunque sí primordialmente) la donación traslativa, y por ello se puede encontrar ahí un precepto como el artículo 621, que significa un primer punto de apoyo para la regulación de las donaciones obligacionales.

A lo cual poco tendríamos nosotros que objetar, si en ese punto quedaran las cosas. No ocurre sin embargo así, porque otros autores, espoleados por esa negativa circunstancia de falta de regulación propia aplicable a las donaciones obligacionales, pasan enseguida a escudriñar, una a una, las distintas normas que integran el título II del libro III del Código, con intención de encontrar otras que referir también a la figura en cuestión, lo que llevan a cabo con tanto afán que, al final, terminan abandonando la premisa sobre la que procedían —que el Código contempla en esa sede fundamentalmente la donación traslativa— y dando la vuelta a las cosas.

Cabe, así, destacar la referencia que algunos autores hacen al artículo 629 del Código civil —en el que se establece que «*la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación*»—, del que quieren derivar, no solo confirmación de la posibilidad de las donaciones obligacionales en nuestro Derecho sino también —por un procedimiento lógico *a contrario*— determinación del momento a partir del cual surten efecto: las donaciones obligan desde su aceptación por el donatario¹⁴⁴.

Después están quienes entienden que en el artículo 632.2 del Código civil hay también una referencia expresa a la donación obligacional: «*la donación*

manual [regulada en el art. 632.1 CC] —se dice— es acto de disposición, no así la promesa gratuita y por escrito de una cosa mueble que, una vez aceptada, da lugar al perfeccionamiento de un contrato obligatorio, pero no implica negocio de disposición mientras no subsiga la entrega»¹⁴⁵. Luego esta norma se considera establecida propiamente para la donación obligacional referida a bienes muebles.

Y finalmente, llevando ese camino a su término, están quienes consideran que «hay en el título que el Código dedica a la regulación de la donación normas perfectamente compatibles con la calificación de la donación como contrato [obligacional], y hasta alguna que difícilmente podría aplicarse a una configuración distinta de la donación. Están, en primer lugar, las normas que establecen (con cierta insistencia) el requisito de la aceptación; pero, además, están las reglas que fijan el momento en que la donación *se perfecciona* (art. 623), las que aluden a su efecto obligatorio (art. 629), las reglas de forma para la donación de bienes muebles no acompañada de entrega simultánea (art. 632), etc.; reglas —se dice— que permiten encontrar un principio de regulación de la donación contractual [*i.e.*, obligacional] dentro de las normas que el Código ha establecido pensando preferentemente en la donación traslativa»¹⁴⁶. En realidad, como hemos apuntado antes, esto no es sino la culminación natural del proceso comenzado al abrir brecha en la concepción que entiende que la regulación dispuesta por el legislador en el título II, libro III, del Código está destinada, exclusiva o cuando menos fundamentalmente, para la donación traslativa.

A nuestro juicio, ahora bien, este planteamiento no es correcto, pues, como ya ha quedado dicho en repetidas ocasiones a lo largo del trabajo, la regulación contenida en el título II del libro III del Código civil, tiene como término de referencia propio la donación de virtualidad inmediatamente dispositiva o traslativa, no la obligacional. Y las ideas expuestas, sin embargo, niegan esto (tal vez no de palabra, pero sí de hecho). En efecto, si consideramos la última idea señalada, lo dicho se evidencia simplemente destacando la consecuencia que de tal idea se deriva, que no es sino el verse forzado a reconocer que casi todos los preceptos importantes que en ese título II del libro III del Código se contienen hacen referencia (bien total, bien, cuando menos, parcial) a la donación obligacional. Lo que es fácilmente comprobable sin más que seguir esa última idea al pie de la letra: a) requisito de la aceptación: artículos 618, 623, 625, 626, 627, 629, 630, 631, 632 y 633 del Código civil; b) momento de perfección de la donación: artículo 623 del Código civil; c) efecto obligatorio de la donación: artículo 629 del Código civil; d) forma: 632.2 del Código civil; e) norma de remisión y cierre: artículo 621 del Código civil¹⁴⁷; f) también, entendemos nosotros que por pura lógica, el artículo 624 del Código civil, por cuanto hace a la capacidad del donante; g) artículos 634, 635 y 636 del Código civil¹⁴⁸. A la vista de lo cual hay entonces que preguntarse: ¿qué precepto queda, en el título II del libro III del Código civil, específica o predominantemente referido a la donación traslativa? Prácticamente ninguno. Por ello, entendemos

que esta interpretación no puede admitirse. Y si esto es así por cuanto hace a esa idea —la más clara, por ser la más extrema—, otro tanto cabe decir de las demás apuntadas —en particular las basadas en los artículos 621, 629 y 632.2 del Código civil, que presentan un carácter más concreto pero que coinciden en el planteamiento dicho—, cuya refutación ya ha quedado hecha en momentos anteriores: por esta razón, y para no repetir, ahora simplemente nos remitimos a ellos¹⁴⁹.

Sin perjuicio de lo cual, somos conscientes de las importantes cuestiones referentes a la regulación de las donaciones obligacionales que bajo esas pretensiones se hallan, y a las que es necesario dar respuesta. A nuestro juicio, ahora bien, la solución a ello pasa por considerar cuáles son los intereses que el legislador tuvo en cuenta a la hora de imponer un determinado régimen a las donaciones traslativas, y, una vez hecho eso, por considerar si esos mismos intereses juegan o no también en el caso de las donaciones obligacionales. Pues, sirviéndonos de este criterio como guía, tendremos entonces que, si en una determinada cuestión se aprecia coincidencia de intereses, cabrá aplicar a las donaciones obligacionales el mismo régimen que en el Código se establece para las donaciones traslativas. Pero no porque las normas que en él se establecen sean directamente aplicables también a aquellas, sino por analogía: habiendo identidad en cuanto a la razón determinante del establecimiento de una determinada norma, y no existiendo disposición expresa que se refiera directamente a la donación obligacional, será procedente aplicarle lo dispuesto en los dichos artículos, ya que estos son las normas más cercanas¹⁵⁰. Así lo afirma VALLET, aunque con un tono excesivamente cauto: «¿se regirá —se pregunta el autor, hablando de la donación obligacional—... por las reglas generales de las obligaciones, sin perjuicio de la aplicación analógica que deba hacérsele de las reglas de fondo (reducción, revocación e inoficiosidad) de las donaciones ordinarias?»¹⁵¹. Nosotros coincidimos con él en este punto.

A continuación, pasamos al examen de las distintas cuestiones que las donaciones obligacionales plantean, considerándolas separadamente.

A Forma

La primera de esas cuestiones es la relativa a la forma que las donaciones obligacionales pueden o deben adoptar.

Una postura a este respecto —consecuente con la premisa de que partía— fue la que afirmó inicialmente que esa forma será la que se prescribe en el artículo 632.2 del Código civil —norma que se entendía refleja la posibilidad de esa figura—, sin distinguir según que la obligación de dar se refiera a bienes muebles o inmuebles¹⁵², pero que luego ya desemboca en un cuadro completo, del modo siguiente: a) «Donación traslativa (con entrega inmediata) de cosa mueble: (...)

puede hacerse verbalmente o por escrito (art. 632, párrafos primero y segundo); b) Donación obligatoria... de cosa mueble: necesidad de forma escrita (no necesariamente pública), haciéndose constar también por escrito la aceptación del donatario (art. 632, párrafo segundo); c) Donación de inmuebles, tanto si es traslativa (entrega inmediata) como si es meramente obligatoria: escritura pública en la que se expresarán individualmente los bienes donados y, en su caso, el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario; la aceptación (...) puede hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada (art. 633, párrafos primero y segundo)»¹⁵³.

Es, el expuesto, un cuadro sinóptico comprensivo de ambas clases de donación (traditoria y obligacional), conseguido además sobre la base de unos mismos preceptos. A pesar de lo cual no creemos nosotros que pueda aceptarse lo dicho, no por cuanto hace al resultado sino por lo que atañe al planteamiento conceptual previo. Y es que el núcleo esencial de nuestra postura a este respecto —ya lo hemos apuntado repetidamente— es que el término de referencia propio de los artículos 632 y 633 del Código civil (en general, del tít. II, lib. III, CC) lo constituye la donación traslativa. ¿Cómo, entonces, considerarlos referidos también a la donación obligacional, y aplicarlos a ella sin más? A nuestro juicio, la respuesta a esas preguntas pasa, no por aplicar directamente esos preceptos a la donación obligacional sino por considerar que, aunque están referidos propiamente a la donación traslativa, cabe —y procede— la aplicación analógica de los mismos a las donaciones obligacionales, en razón de la sustancial coincidencia entre aquellas y estas en cuanto a los intereses que el legislador tuvo en cuenta a la hora de imponer a las donaciones unos determinados requisitos de forma —destacadamente, la protección del propio donante (procurándole una mayor reflexión acerca del acto que va a realizar) así como de sus acreedores y legitimarios; conseguir un mejor medio de prueba para dejar constancia clara de lo hecho; etc—. Considérese que de otro modo no sería posible someter a forma solemne las donaciones obligacionales, dada la falta de normas que así lo establezcan expresamente y dado que el principio general de nuestro Derecho es la libertad de forma, que aparece consagrado en los artículos 1278 y siguientes del Código civil, que son preceptos que se sitúan en ese libro IV del Código civil, en el que precisamente creemos que tienen su sede las donaciones obligacionales. Y esta libertad de forma en tema de donación obligacional, aunque pudiera sustentarse en la idea de que la forma solemne es exigencia establecida en norma de carácter excepcional y por tanto de aplicación restrictiva, creemos que no debe mantenerse, pues resulta de una aplicación muy formal del Derecho, sin advertir que lo excepcional en el caso no es tanto la norma cuanto los intereses en juego y la razón sustancial que subyace a ella, siendo así sin embargo que esos intereses y razón subyacente son comunes a ambos casos. Esto, a nuestro entender, permite concluir que la solución en este tema se traduce en aplicar a la donación obligacional los mismos requisitos de forma establecidos

en los artículos 632 y 633 del Código civil, aunque no porque estos preceptos sean directamente aplicables también a aquella, sino por analogía. La donación obligacional, así pues, cuando se refiera a bienes muebles habrá de hacerse necesariamente por escrito, aunque este puede ser privado; en el caso de que se trate de inmuebles, necesariamente en escritura pública¹⁵⁴.

B) Capacidad y objeto

En relación con estas cuestiones, entendemos que a la donación obligacional es aplicable también —pero por analogía: es importante para nosotros dejarlo claro— lo dispuesto en el artículo 624 del Código civil, aunque limitado al requisito de capacidad del donante —que tenga la necesaria para contratar: plena capacidad de obrar y estar en su sano juicio—, no al requisito de libre disposición de los bienes, que referido a una donación traslativa tiene razón de ser, pero no en el caso de una donación obligacional.

Por esto mismo, no es aplicable a la donación obligacional, por no ser compatible con su esencia, la prohibición de donar bienes futuros que establece el artículo 635 del Código civil, que hay que referir en exclusiva a la donación traslativa. El artículo 1341 del Código civil puede servir para respaldar lo dicho, ya que establece que los futuros esposos «*podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros*» (aunque solo para el caso de muerte y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada)¹⁵⁵.

C) Revocación y reducción

Otra cuestión a considerar es la relativa a la posible aplicación analógica a las donaciones obligacionales de las reglas de fondo —revocación y reducción: artículos 644 y siguientes del Código civil— propias de las donaciones ordinarias (traslativas)¹⁵⁶. ¿Es esto posible? A nuestro juicio, la respuesta ha de ser afirmativa. Y la razón se entiende sin dificultad, después de todo cuanto hasta este momento llevamos dicho: porque esas normas tienen su razón de ser en intereses —*v.gr.*, de los hijos, en caso de revocación por superveniencia o sobreveniencia, o de los legitimarios, en caso de reducción por inoficiosidad— que no vienen determinados por el concreto tipo de negocio donatorio empleado (esto es, por la concreta vía a través de la cual se haya llegado a ellos). En otras palabras: porque en esas normas no importa tanto el cauce o instrumento (el concreto tipo de negocio) empleado cuanto al resultado material o sustancial a que se llega. Pues bien, siendo esto así resulta evidente que esos intereses concurren igual, y por ende han de ser igualmente protegidos, tanto en caso de dación actual como en caso de que el sujeto en cuestión haya quedado obligado a ella (ya

que entonces puede exigírsele coactivamente, si cuando llega el momento no la cumple de buen grado). Por ello, las normas apuntadas serán aplicables también a la donación obligacional, aunque sin olvidar —esta es una precisión a nuestro juicio muy importante, si no queremos caer en el error que más arriba criticábamos— que mientras en el caso de las traditorias esa aplicación tiene lugar de forma propia (porque es en ella en la que el legislador pensaba y a la que se refería al dictar esos preceptos), en el de las obligacionales se hace por analogía.

D) Beneficium competentiae

Y otro tanto ha de decirse de lo dispuesto en el artículo 634 del Código civil (aunque, de nuevo, por analogía): el sujeto, aunque no dé actual y efectivamente sino que defiera esa entrega para un momento posterior, pero quedando ya jurídicamente obligado a ello, ha también de reservarse «*en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias*».

E) Normas aplicables, por defecto, al negocio de donación obligacional y a la obligación de dar a título gratuito generada por él

En relación con el régimen aplicable al negocio generador de una obligación de dar a título gratuito —incluyendo aquí la cuestión de su perfeccionamiento y eficacia—, resulta también razonable entender que, estando nuestro Código falto de una regulación general del negocio jurídico, esta ha de buscarse en el libro IV, título II, del Código, tratando de extraer o inducir, del negocio más extensamente regulado en él (el contrato), normas que resulten generalizables y aplicables a todos los negocios, y así, por consecuencia, también al negocio de donación obligacional, en la medida en que sean compatibles.

Y otro tanto ocurrirá en relación con la obligación de dar a cargo del donante y a favor del donatario generada por tal negocio, de modo que la regulación general con arreglo a la cual se regirá esa obligación será la que se contiene en el libro IV del Código civil, relativo a las obligaciones. Pero siempre teniendo presente que eso será, más que por obra directa de lo dispuesto en el artículo 621 del Código civil, por analogía, porque es en ese libro, dedicado a las obligaciones y contratos, donde se encuentran las normas generales referentes a aquellas¹⁵⁷.

F) Donación obligacional y transmisión de la propiedad

Para terminar este estudio procede aquí advertir que, aunque estamos en presencia de un negocio de indiscutible finalidad transmisiva, la eficacia propia

de esta donación no es inmediatamente traslativa sino obligacional, y por tanto que el efecto que en última instancia pretende lograr —la transmisión de la propiedad (u otro derecho real) sobre una cosa— no se producirá en tanto el deudor (el donante) no dé cumplimiento a la obligación asumida, entregando efectivamente la cosa al acreedor (el donatario).

Dicho lo cual conviene añadir que, si se trata de una donación obligacional relativa a bien inmueble y la adquisición, cuando se produzca, quiere además inscribirse en el Registro de la Propiedad, la entrega del mismo puede hacerse naturalmente mediante escritura pública (art. 1462.2 CC), pero que esa entrega es un acto entitativamente distinto al acto de celebración del negocio del que nació la obligación a que ahora se quiere dar cumplimiento, por lo que tal escritura será otra, distinta a aquella en que se realizó y reflejó el negocio de donación obligacional (si no, se trataría de una donación traslativa; hay que recordar que la escritura pública puede jugar en este tema un doble papel: como forma del negocio y como forma de cumplir la obligación y realizar la entrega). En cualquier caso, hasta que no haya entrega y por tanto transmisión jurídico-real, la operación se moverá en el plano obligacional-crediticio, y no cabrá por tanto pretender su inscripción en el Registro.

VI. CONCLUSIONES

I. La operatividad de la donación en nuestro Derecho es tema polémico, discutiéndose si su eficacia es obligacional o traslativa. Una primera tesis, que arranca antes de la promulgación del Código civil y domina hasta los años cuarenta del siglo XX, considera que su eficacia es siempre obligacional, necesitada por tanto, para transmitir el dominio, de un acto de tradición. Otra tesis, que ha ido ganando respaldo hasta el punto de que hoy es prevalente, postula una eficacia de la donación regulada en el Código civil como modo específico de adquirir no necesitado de *traditio*, como acto conceptualmente separado, para efectivamente transmitir el dominio.

II. La primera tesis, más que sustentarse en una fundamentación rigurosa, es fruto de la premisa de que parte: las donaciones son contratos, por consiguiente, títulos que deben ser seguidos de la tradición, pues esta es la operatividad normal de aquellos en nuestro Derecho; premisa, esa, que a su vez se apoya más en una argumentación negativa —de crítica de los obstáculos con que se encuentra— que positiva, aduciendo razones de peso en su favor. La segunda tesis, en cambio, cuenta con una apoyatura más profunda y variada, con argumentos de índole literal, sistemática, de conjunto e histórica. Pues bien, la argumentación de esta segunda tesis, globalmente considerada, resulta convincente, sin perjuicio de que el encaje de todos los elementos no sea perfecto: esto es debido al proceder no siempre enteramente coherente del

hombre en sus cosas. La concepción de la donación que se recoge en nuestro Código (lib. III, tit. II; arts. 618 y sigs.), por tanto, hay que concluir que es la de eficacia inmediatamente dispositiva.

III. Tras esta afirmación, ahora bien, existen varias explicaciones, con matices de trascendencia entre unas y otras. De un lado, se discute si un negocio que no necesita de tradición para operar el traspaso real que pretende —entendida esa *traditio* como acto conceptualmente distinto del negocio a que da cumplimiento— puede ser calificado de contrato en nuestro Derecho; del otro, se debate el significado que en esa operatividad juega la forma de la donación. En relación con la primera cuestión, y aunque pueda ser meramente terminológica, pensamos que resulta más ajustada a nuestro Derecho la postura que restringe el término «contrato» al convenio generador de obligaciones, por lo que no conviene a la donación regulada en el Código, para la cual resulta preferible hablar de «negocio». En relación con la segunda cuestión, la solución más acertada a nuestro juicio es la que entiende que la virtualidad transmisiva de la donación no deriva de que la tradición vaya implícita en la forma propia de la misma, sino de que tal es la operatividad de ese negocio, tal como viene regulado en el Código: la forma es requisito *ad validitatem* de la donación, pero no tiene función traditoria, sino que responde a otros motivos.

IV. Lo anterior no significa sin embargo que la donación obligacional quede excluida de nuestro Derecho. La clave está en situar los datos en sus coordenadas precisas, esto es considerando que si bien en el libro III, título II del Código civil la donación obligacional no tiene cabida, otra cosa ocurre si se plantea en el libro IV. En él, en efecto, la cuestión se ve iluminada con una luz distinta, y aunque en el debate se aducen razones tanto a favor como en contra de esa posibilidad, consideradas las cosas con atención se advierte que las dificultades apuntadas terminan evidenciándose inatendibles, mientras que los datos favorables, por el contrario, mantienen su valor. Por ello, a nuestro juicio la donación obligacional es viable en nuestro Derecho —aunque situada en el lib. IV del Código, no en el III—, fruto de la posibilidad que en él existe de configurar negocialmente una obligación de dar a título gratuito.

V. En cuanto a las reglas por las que las donaciones obligacionales han de regirse, no es correcto aplicarles directamente lo dispuesto en el título II, libro III del Código civil. Lo procedente, dado que en el Código falta una regulación aplicable a ellas de forma directa —el término propio de aquel son las donaciones inmediatamente dispositivas—, es entender que la regulación a que han de someterse viene dada por lo dispuesto en el libro IV del Código civil para las obligaciones en general y, en la medida en que sea posible, por analogía con lo dispuesto en el título II, libro III del Código civil, cuando en el punto de que se trate exista identidad de razón que así lo permita (*v.gr.*, forma, revocación, inoficiosidad, reducción, medida de lo que se puede donar...).

BIBLIOGRAFÍA

- ACCURSIO (1513). *Lectura super Institutionum, libros quattuor.*
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1982). *Curso de Derecho civil español*, II, *Derecho de obligaciones*.
- (1991). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, VIII, 2, artículo 618.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2013). En *Comentarios al Código civil*, (Dir.) Bercovitz, t. IV.
- ALGUER y MICO, J. (1935). Para la crítica del concepto de precontrato, *Revista de Derecho Privado*.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, U. (1945). *El problema de la causa en la tradición*.
- ARCHI, G. G. (1964). *Donazione (diritto romano)*, Enciclopedia del Diritto, XIII.
- ATAZ LÓPEZ, J. (2017). La promesa de donación, en *Tratado de las liberalidades (Homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano)*, (Dir.) Egusquiza Balmaseda y Pérez-Ontiveros Baquero, Cizur Menor.
- AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI (1959). *Successione per causa di morte e donazione*.
- BARBERO, D. (1967). *Sistema de Derecho privado*, IV.
- BELLOMO, M. (1964). Donazione (diritto intermedio), en *Enciclopedia del Diritto*, XIII.
- BIONDI, B. (1961). La donazione, en el *Trattato di Diritto civile italiano*, de Vassalli, XII t. IV.
- (1957). Donazione (diritto civile), en *Novissimo Digesto italiano*, VI.
- DE BUEN, D. (1930). *Derecho civil español común*, I.
- BUSSI, E. (1937). *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune*, I, (*Diritti reali e diritti di obbligazione*).
- CALVO SORIANO, A. (1946). Tradición y donación, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. III.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1935). *Derecho civil español, común y foral*, IV, *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*.
- CASTRESANA HERRERO, A. (2017). Donación, una experiencia jurídica singular en el Derecho romano, en *Tratado de las liberalidades (Homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano)*, dir. Egusquiza Balmaseda y Pérez-Ontiveros Baquero, Cizur Menor.
- CASULLI, V. R. (1964). Donazione (diritto civile), en *Enciclopedia del Diritto*, XIII.
- COSSÍO y CORRAL, A. (1991). *Instituciones de Derecho civil*, I (revisada y puesta al día por M. Cossío y J. León Castro).
- CRISTOBAL-MONTES, A. (1971). *La donación con reserva de disponer*.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, M. D. (1985). *La promesa de donación en el Código civil y la jurisprudencia*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
- DÍAZ DE MONTALVO, A. (1781). *El Fuero Real de España diligentemente hecho*, II.
- DE DIEGO, F. C. (1913): *Apuntes de Derecho civil español, común y foral*, III, *Derecho de obligaciones*.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1966). La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español, *Anuario de Derecho Civil*.
- (1974). La dación o promesa de capital para el marido y la evicción en caso de fraude, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

- ENNECCERUS, L. (1935). *Tratado de Derecho civil*, II.2, *Derecho de Obligaciones*, anotado por Pérez González y Alguer.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (1999). *La sucesión contractual en el Código civil*.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1957). *Manual de Derecho civil español*, III.
- FEBRERO (1825). *Febrero reformado y anotado o librería de escribanos*, t. II, cap. XXI, *De las donaciones*, y XXV, *De las promesas*.
- FERRANDIS VILELLA, J. (1960). Donación traslativa y contrato de donación, *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad de Madrid.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, II y IV.
- GIORGIO, G. (1910). Teoría de las obligaciones, III, trad. esp. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.
- GÓMEZ, A. (1768). *Variae Resolutiones Juris Civilis, Communi et Regii*, t. II.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. (1881). *Derecho civil y penal de España*, II.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (1968). *Curso de Derecho civil. Contratos en especial*.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1863 y 1869). *Códigos españoles*, III y V.
- HEDEMANN, J. W. (1958). *Tratado de Derecho civil*, III, *Derecho de Obligaciones*, trad. de Santos Briz.
- JORDANO BAREA, J. (1958). *La categoría de los contratos reales*.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1986). *Elementos de Derecho civil*, II.3, *Derecho de Obligaciones*.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1964): Los artículos 623 y 629 del Código civil y la naturaleza de la donación, *Revista de Derecho Privado*.
- (1973). Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español, *Revista de Derecho Privado*.
- (1978). *Estudios de Derecho civil: obligaciones y contratos*.
- LARENZ, K. (1958). *Derecho de Obligaciones*, trad. de Santos Briz.
- MANRESA y NAVARRO, J. M. (1972). *Código civil español*, t. V.
- MARTY, G. et RAYNAUD, P. (1983). *Droit civil*, VII, *Les successions et les liberalités*.
- MOLINA, L. (1602). *De iustitia et de iure*, II. (*Los siete libros de la Justicia y el Derecho*, trad., estudio preliminar y notas de Fraga Iribarne, 1943, t. II, vol. I).
- DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J. L. (1971). La donación en el Código civil y el problema de su naturaleza jurídica, *Revista de Derecho Privado*.
- NAVARRO AMANDI, M. (1880). *Código civil de España*, I.
- NÚÑEZ LAGOS, R. (1946). Pago de lo indebido sin error, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.
- OPPO, G. (1947). *Adempimento e liberalitat*.
- PICHARDO DE VINUESA, A. (1657). *In Institutiones Iustiniani Imperatoris Commentaria*, t. II.
- PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho civil*, II, 2.^º.
- PUIG PEÑA, F. (1966). *Compendio de Derecho civil*, III, *Obligaciones y contratos*, 2.^º.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1968). Donación con reserva de facultad de disponer, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XVI.
- RUBIO TORRANO, E. (1981). Los artículos 623 y 629: apuntes para otra explicación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. I.

- SÁNCHEZ-BLANCO y SÁNCHEZ-BLANCO, J. (1952). *Sobre la naturaleza y la forma de la donación*, en *Información jurídica*.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1900 y 1899). *Estudios de Derecho civil*, III y IV, 2.^a ed.
- SANTOS BRIZ, J. (1975). *Derecho civil. Teoría y práctica*, IV, *Derecho de obligaciones*.
- SAVIGNY, F. K. von (1981, 2.^a reimp. de la ed. de 1841). *System des heutigen römischen Rechts*, Band IV.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1952). Donación, condición y conversión jurídica material, *ADC*.
- (1978). *Estudios sobre donaciones*.
- WINDSCHEID, B. (1925-26). *Diritto delle Pandette*, t. II, trad. ital. de Fadda y Bensa.

NOTAS

¹ Para el desarrollo de este trabajo contamos con importantísimos estudios dedicados al tema. Entre otros, pero destacadamente, CALVO SORIANO: 1946, 403-472, espec. 444-472; VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 323 y sigs. (antes en 1952, 1205 y sigs.); SÁNCHEZ BLANCO: 1952, 795 y sigs.; PUIG BRUTAU: 1956, 59 y sigs.; FERRANDIS VILLELLA: 1960, 329-361 y 579-609; LALAGUNA: 1964, 275-299; Id.: 1973, 383-411; DE LOS MOZOS: 1971, 803-821; LACRUZ BERDEJO: 1986, 121 y sigs.

² Entre otros, GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, AGUIRRE y MONTALBÁN, y VICENTE y CARAVANTES (*cit.* por VALLET, 1978, 336), en las reformas de la obra de FEBRERO: 1825, 267; GUTIÉRREZ: 1869, 80-81, 84 y sigs.; NAVARRO AMANDI: 1880, 638-639; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: 1881, 380; MANRESA: 1972, 190; SÁNCHEZ ROMÁN: 1899, cap. XXII, *De la donación*, núm. 3, 5 y 48 y sigs.; DE DIEGO: 1913, 32, 45-46; DE BUEN: 1930, 592; ÁLVAREZ SUÁREZ: 1945, 118; ESPÍN: 1957, 505-507; PUIG PEÑA: 1966, 652, 654-657; ALBALADEJO: 1982, 107-108; Id: 1991, 10 y sigs.; CASTÁN: 1993, 219 y sigs.

³ DE DIEGO: *op. et loc. cit.*

⁴ LALAGUNA: 1973, 411.

⁵ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *op. et loc. cit.* (la cursiva es nuestra).

⁶ Salvo DE LOS MOZOS: *op. cit.* Es FERRANDIS quien apunta la circunstancia reflejada en el texto, cuando dice que «las críticas al Código civil se han dirigido casi exclusivamente a su criterio sistemático (por regular la donación dentro del libro III) y a la dicción del artículo 618 (cuya inexactitud al hablar de ‘acto’ y no de ‘contrato’ se atribuye al precedente del Código francés...)» (1960, 344). A lo que habría que añadir también, según ALBALADEJO, que «la letra del artículo 609, artículo defectuoso por tantos conceptos, no corresponde a su espíritu. Habla singularmente de la donación como modo de adquirir, porque la regula entre estos (arts. 618 y sigs.) y no entre los contratos, pero siendo realmente uno de ellos, como lo es a pesar de todo (...), no se sustraer a la necesidad de tradición para transmitir el derecho (si es real y posible) donado» (1982, 108).

⁷ *Vid.* MANRESA: 1972, 130; ESPÍN: 1957, 505-506; PUIG PEÑA: 1966, 656-657; CASTÁN: 1993, 219. Estos razonamientos eran ya sostenidos antes incluso de la promulgación del Código civil: GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: 1881, 380.

⁸ LALAGUNA: *op. et loc. cit.*

⁹ A este respecto, han sido CALVO SORIANO, SÁNCHEZ-BLANCO y VALLET DE GOYTISOLO quienes han elaborado la argumentación más sólida, sin perjuicio de otras voces que en esta misma dirección se habían pronunciado ya con anterioridad, pero sin ofrecer una argumentación equiparable.

¹⁰ A este respecto se ha dicho entre nosotros, y en tono tajante, que «el que la donación sea acto, y no contrato, es algo... insostenible, por más que lo diga el artículo 618 del Código

civil, pues el abolengo de la utilización de esta terminología es de sobra conocido» (DE LOS MOZOS: 1971, 816); y que «sostener que el empleo en el Código español del término *acto* en lugar del de *contrato* no es debido al conocido error de Napoleón, sino a que en el mismo la donación es negocio jurídico bilateral pero no contrato, porque contrato es tan solo el negocio jurídico bilateral obligatorio, es, aun dejando de lado toda consideración dogmática, una evidente inconsecuencia histórica» (CRISTÓBAL-MONTES: 1971, 74).

¹¹ 1946, 451. Lo sigue enteramente SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 806-807.

¹² CALVO SORIANO: 1946, 454.

¹³ 1946, 454; también VALLET entiende que ese término responde a la naturaleza dispositiva de la donación (1978, 344-345); semejantemente, RODRÍGUEZ ADRADOS: 1968, 442, nota 38; y ALBIEZ DOHRMANN: 2013, 4712-4713. Y, en este mismo orden de cosas, «se recuerda oportunamente en la doctrina —dice LALAGUNA— el paralelismo de la definición del artículo 618 con la definición del testamento del 667 —acto por el cual una persona dispone—» (1964, 284, nota 44). También LACRUZ, cuando escribe: «Obsérvese que en el artículo 618 el legislador, siguiendo el modelo francés e italiano, califica a la donación de *acto* y no de *contrato*. Históricamente se justifica esta calificación porque Napoleón...; pero es de creer que el legislador español mantuvo dicho término (...) para subrayar la condición concomitante de modo de adquirir de la clase de donación más específicamente contemplada en los artículos 618 y siguientes, es decir la de cosa cierta y determinada, cuyo dominio transfiere el donante al donatario (...) sin ayuda de tradición» (1986, 121; la cursiva es nuestra).

¹⁴ En este sentido, ALBALADEJO: 1991, 1573. Tal vez también SÁNCHEZ-BLANCO, quien afirma que «no hay inconveniente en incluir dentro del concepto de donación, y junto a la *datio* (gratuita) actual, la dación futura, es decir, la obligación de dar asumida a título gratuito» (1952, 801). Resultando entonces que dentro de los actos gratuitos solo hay donación cuando hay atribución patrimonial, pero siendo así que esa atribución puede ser efectiva de forma actual (donación traslativa) o bien tratarse de una dación futura (donación obligacional).

¹⁵ En este sentido, el mismo valor no decisivo que hemos dicho cabe tal vez dar a los argumentos expuestos por CALVO SORIANO, cabe también darlo a aquellos con los que se pretenden desvirtuarlos.

Así, por cuanto hace al término «acto» del 618 del Código civil, aparte de quienes lo justifican por la donación *mortis causa*, y aun sin negar la entidad de las razones basadas en el «error de Napoleón», creemos que las mismas no resultan incuestionables, a la vista de la respuesta que se les ha dado: si tan claro y evidente era que al decir «acto» (en el *Code*) se quería decir «contrato», ¿por qué mantener la expresión tantos años después, al redactar nuestro Código, siendo así que la pretendida razón de ser de su aparición en Francia —una imposición directa de Napoleón— no existía ni por asomo en nuestro caso? Es más, hemos visto ya que incluso algunos autores que admiten que «históricamente se justifica esta calificación... [por la razón dada relativa a Napoleón]», reconocen después que, eso no obstante, «es de creer que el legislador español mantuvo dicho término... para subrayar la condición concomitante de modo de adquirir de... la donación...» (1986, 121). A la vista de lo cual, pensamos que el mantenimiento de tal término fue debido fundamentalmente al deseo de «no remover» tan controvertida cuestión: y así, lo que hay ahora que dilucidar es el valor que a eso deba atribuirse.

Y, en relación con el término «disponer», sostiene DE LOS MOZOS que «el que [la donación] sea acto de disposición, con base igualmente en la interpretación literal del artículo 618, no tiene la importancia que se ha pretendido darle (...). Porque si el Código habla de disponer, lo hace al situarse en la misma línea de la Ordenanza francesa de 1731, es decir, reaccionando contra un concepto un tanto vacuo de la donación obligatoria, y porque la donación es un contrato de finalidad traslativa» (1971, 816). Por nuestra parte, nos parece que explicar el término «disponer» por la finalidad traslativa (mediata) de la donación no constituye un argumento de mucho peso: también la compraventa tiene esa finalidad y, sin embargo, el artículo 1445 del Código civil no dice que las partes dispongan, sino que, por esa, «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada, y el otro a pagar

por ella un precio...». Y, por cuanto hace a la otra razón, ¿por qué esa «reacción» contra la donación obligatoria si esta, al decir del propio autor en la 814, «no parece claro que subsistiera» en los tiempos previos a la redacción del Código civil? Además, téngase en cuenta la lejanía en el tiempo que separa a nuestro Código civil del francés, con el lógico cambio en los planteamientos que eso conlleva.

¹⁶ Toda, por cuanto hace a la donación ‘de cosa’, quedando fuera una escueta referencia a la donación liberatoria o condonación.

¹⁷ CALVO SORIANO: 1946, 455-456. También VALLET: 1978, 348-439 y SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 806-807; FERRANDIS VILELLA: 1960, 344-345; LALAGUNA: 1964, 284; y LACRUZ: 1986, 126-127, entre otros. O DÍEZ-PICAZO, quien entiende que, «en cuanto a las donaciones, puede sostenerse que el Código (art. 609) las considera como un modo de adquirir independiente y que con arreglo a esta idea basta la perfección del negocio de donación para que la propiedad de las cosas donadas se pueda entender transmitida del donante al donatario» (1966, 563). Más recientemente, ALBIEZ DOHRMANN: 2013, 4713.

¹⁸ Abundando en esto, PUIG BRUTAU dice que en el 609 del Código civil «la donación queda... equiparada a los contratos que transmiten la propiedad de una cosa mediante la tradición. No se afirma que también la donación transmite la propiedad de una cosa mediante la tradición, porque sin duda está considerada, la donación, como un acto dispositivo o, si se quiere, como un negocio de disposición. De ahí los términos literales del artículo 618, al calificar de acto dispositivo a la donación, y al quedar esta sistematizada como uno de los modos de adquirir la propiedad. / (...) Del contrato, pues, nacen obligaciones, y la tradición o entrega de una cosa significa, en definitiva, que se cumple la obligación nacida del contrato. Estos dos tiempos o fases tan claramente señalados en nuestro Código tratándose de contratos, esto es, su perfección y su consumación, no se manifiestan al regular las donaciones. Por el contrario, la separación que el artículo 609 establece entre donación y contrato permite caracterizar a la primera como un acto de disposición, en coincidencia con el artículo 618» (1956, 63-64).

¹⁹ Esta crítica es añeja, pues arranca en SÁNCHEZ ROMÁN: 1900, 204 y sigs. Más recientemente, afirma ALBALADEJO que «la letra del artículo 609... no corresponde a su espíritu. Habla singularmente de la donación como modo de adquirir porque la regula entre estos (arts. 618 y sigs.), y no entre los contratos, pero siendo realmente uno de ellos, como lo es a pesar de todo, (...) no se sustraer a la necesidad de tradición para transmitir el derecho (si es real y posible) donado» (1982, 108; en sentido semejante, ESPÍN: 1957, 505 y sigs.). También DE LOS MOZOS afirma que la consideración de la donación como un modo de adquirir en el artículo 609 del Código civil con toda seguridad es debida a una mera incorrección de estilo, ya que «no tiene ninguna explicación seria, dado el estado de la doctrina anterior. No lo tiene, porque ni en las fuentes del antiguo Derecho castellano (Partidas, Fuero Real), ni en la opinión de los doctores del Derecho común o de nuestros clásicos, aunque se hable de la llamada donación traditoria, para que esta transmitiera la propiedad de la cosa donada era necesaria la tradición, real o fingida...» (1971, 814); «la expresión utilizada por el artículo 609 del Código civil —continúa después DE LOS MOZOS—... tiene su justificación en el reconocimiento de la donación manual», (816-817).

²⁰ PUIG PEÑA: 1966, 656.

²¹ Así también ESPÍN: *op. et loc. cit.*

²² Un estudio muy interesante de esta fase lo ofrece LALAGUNA (1973, 402 y sigs.), quien entiende que la interpretación cabal del artículo 609 del Código civil respalda inequívocamente la virtualidad traslativa de la donación sin necesidad de que para ello concorra tradición, añadiendo que esta interpretación puede mantenerse tanto desde un punto de vista lógico cuanto histórico. El autor, así, procede confrontando los textos del Proyecto de Ley de Bases del Código civil redactado en 1885 por Silvela [en particular las Bases XIII y XIX —*vid. Apéndice al número 54 del Diario de las Sesiones de Cortes* (sesión 12 de enero de 1885)—] y de la definitiva Ley de Bases sobre la que se asentó el Código, de 11 de mayo de 1888 [Bases XVI y XX], y sobre tales premisas llega a la conclusión de que «con estos

antecedentes es difícil admitir la hipótesis de que los redactores del texto articulado del Código no fueran conscientes del alcance de la referencia a la donación entre los modos de adquirir en el artículo 609²³. Por nuestra parte, pensamos que las consecuencias que de su exposición en este punto se desprenden son favorables al carácter inmediatamente transmisivo de la donación, tal cual la regula el Código.

Sin perjuicio de lo cual, no podemos dejar de advertir las reservas que algunas de sus conclusiones nos suscitan. Y es que LALAGUNA, tras examinar la discusión parlamentaria, llega a la conclusión de que esa se limitó «al problema puramente formal del cambio de estructura, sin llegar a atisbarse siquiera el profundo cambio operado, con relación al Proyecto de 1851, en el sistema de adquisición» (que del sistema del mero consenso se pasa al del título y modo), y que por ello «cabe concluir que la inserción del régimen de las donaciones en el libro III del Código no puede convertirse en argumento favorable a la tesis de que la donación es modo de adquirir y no contrato. El tratamiento sistemático de las donaciones en el libro III ni responde a un designio claramente definido de configurar la donación como modo de adquirir (distinto de la tradición), ni tampoco al propósito de excluir su posible consideración como contrato». Esto, ahora bien, no es lógico. Pues resulta chocante admitir, por un lado, una conciencia al menos suficiente del significado que tenía la mención en un mismo precepto (el 609), pero separadamente, de la donación y de los contratos, concebidos estos, en los referidos textos de base, como «meros títulos de adquirir», y aquella como «otro de los medios de adquirir» (inmediatamente después de la ocupación, como «el primero entre los medios de adquirir»); y, por otro lado, afirmar que «el tratamiento sistemático de las donaciones en el libro III no responde a un designio claramente definido de configurar la donación como modo de adquirir (distinto de la tradición), ni... al... de excluir su posible consideración como contrato». Aunque esto último se explica posiblemente si se tiene en cuenta que el planteamiento de este autor viene condicionado por la pretensión —más adelante la trataríamos con detenimiento— de desvirtuar (en nuestro Derecho) la antítesis entre la noción de contrato y la eficacia inmediatamente traslativa de un determinado negocio.

²³ Desde esta perspectiva podría contestarse al planteamiento de DE LOS MOZOS expuesto *supra* nota 19. En efecto, aun sin negar la importancia de esos (ya algo lejanos) antecedentes históricos —que, en todo caso, no parecen tener plena ni perfecta continuidad en otros datos más cercanos (*vid.* LALAGUNA: de ello tratamos en el texto *infra sub* III.1.D)—, lo que en cualquier caso parece claro es que la simple referencia a ellos no puede bastar para hacer saltar por entero la realidad resultante de la normativa actual, tal como esta aparece, y ello aun cuando esta pudiera no ser fruto de un planteamiento absolutamente elaborado al respecto por parte del legislador (que, por otra parte, y a tenor de lo dicho por LALAGUNA, tampoco parece pueda decirse que faltara por completo) [en este sentido, también LACRUZ: 1986, 126-127]. Sería preciso, en su caso, mucho más. Abundando en lo dicho, nos parece que no es tampoco de recibo, por razones semejantes, limitar lo dispuesto en el artículo 609 del Código civil en relación con la donación al solo supuesto de que esta adoptara la modalidad que se conoce como «manual».

²⁴ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 345.

²⁵ CALVO SORIANO: 1946, 456.

²⁶ VALLET: 1978, 346. En este mismo sentido ya NÚÑEZ LAGOS, tiempo antes, había escrito que «para el 618 del Código civil la donación es *acto de disposición* de cosa, no de obligación, al paso que la compraventa es contrato por el que los contratantes *se obligan*» (art. 1445)» (1946, 142).

²⁷ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 347. De esta circunstancia derivan sin embargo, quienes se oponen a la eficacia traslativa de la donación regulada en el Código civil, un apoyo para su tesis. Así, escribe ALBALADEJO que «del conjunto de la regulación de la donación resulta que esta no es necesariamente transmisiva al hacerla, ya que (...), como puede donarse por escrito sin entrega de la cosa (art. 632.2.^º, al final: la donación de cosa mueble surte efecto hecha por escrito, aun sin entrega), esa donación no la transmitirá, y sin duda habrá que tradirla después para transmitirla» (1991, 11).

²⁸ CALVO SORIANO: 1946, 457 y sigs. Por su parte, hace VALLET en este punto una referencia expresa a los artículos 620, 639 y 641 del Código civil (1978, 345-346).

²⁹ CALVO SORIANO: 1946, 457. A la vista de lo dicho, incurre en contradicción DE DIEGO (1913) cuando afirma que «la razón de esta prohibición [la contenida en el art. 635 CC] es lógica:... la donación transfiere al [donatario] en el acto la propiedad de los bienes donados, lo cual no puede hacerse con los futuros» (p. 41). Incurre en contradicción, porque antes (p. 27) afirma que la donación es acto «por el que se transfiere o conviene en transferir, pues toda donación implica una enajenación (actual o futura)», advirtiendo expresamente (p. 28) de no caer «en el error... de considerar que siempre la donación es una *datio* o *traditio*, pues la promesa de donar produce acción para el donatario,... y es verdadera donación». Así pues —observamos nosotros—, si su eficacia es obligacional, aunque tienda a la transmisión del dominio, no debería haber entonces inconveniente para admitir que pueda versar sobre cosas futuras, esto es, de las que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

Se han hecho, en cualquier caso, algunas tentativas para justificar lo preceptuado en esa norma desde la óptica de una eficacia obligacional de la donación. Un primer intento viene dado estimando que la mayor reflexión que todos los códigos proclaman tenga el donante con respecto al acto que va a celebrar, se ve menguada cuando se trata de bienes futuros. Hipotiza esta posibilidad VALLET (a efectos dialécticos: recuérdese que él entiende este precepto en clave de eficacia traslativa), señalando que el fin de evitar liberalidades precipitadas «reclama que no se dé eficacia a la voluntad de donar hasta que se haya hecho totalmente efectiva. El desprendimiento para el futuro no puede ser medido en toda su intensidad por el que lo dispone. Para que la voluntad de donar esté suficientemente madura ha de ser simultánea al desprendimiento de su objeto» (1978, 291-292). No es, desde luego, absurda esta hipótesis, pero no nos parece tampoco suficiente para rechazar la posibilidad de la donación obligacional, ya que la idea que la fundamenta —que el hombre no es capaz de valorar suficientemente la carga que suponen las obligaciones que asume hasta que ha de cumplirlas— es excesiva.

Otra tentativa de explicación es la de FERRANDIS, quien se apoya en una doble consideración. En primer lugar aduce este autor, en favor de la aplicación del artículo 635 del Código civil a las donaciones obligacionales, que es «precisamente en el supuesto de la donación obligacional en el que podrá presentarse la duda acerca de si tal donación puede tener por objeto bienes futuros. Porque es indudable que en la donación inmediatamente traslativa, que lleva incorporada la tradición de la cosa donada, no habría lugar en ningún caso a la donación de bienes futuros, que, por esa misma circunstancia, no podrían ser entregados al hacerse la donación». Añadiendo que «si la donación fuera siempre dispositiva (actual), ¿qué sentido tendría hablar de una donación de bienes futuros? Prohibida o admitida, la donación de bienes futuros ha de referirse siempre a una obligación de entregar, es decir, a una donación obligacional». Y, en segundo término, que si «el donante se obligara a entregar bienes futuros, a lo que en realidad se obligaría sería a producir o a adquirir tales bienes para entregárselos al donatario. Con lo que resultaría asumida por su parte, no una obligación de dar, sino una obligación de hacer, que no puede constituir el objeto de una donación» (1960, 598-599). A esto sin embargo puede responderse, por cuanto hace a la segunda consideración, que esa no es, propiamente hablando, una consecuencia directa de la obligación, sino, en todo caso, indirecta, mediata, y no apta, por ello, para justificar la idea postulada. Y en relación con la primera, que la adecuada valoración de la misma exige enfocar la cuestión también desde el punto de vista histórico: por ello, nos remitimos para más adelante (texto y nota 68).

³⁰ CALVO SORIANO: 1946, 458-459. Añade a continuación el autor, en apoyo de lo dicho, que «la situación objetiva exigida en la donación es la misma requerida para el pago en el artículo 1160..., y no creemos que se pueda poner en duda el carácter dispositivo del pago». En idéntico sentido SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 807. Sigue también estos postulados, en lo fundamental, LALAGUNA, para quien «no parece dudosa la calificación de la donación como acto dispositivo. De ‘disponer’ habla el Código al definir la donación (art. 618), al determinar la capacidad necesaria para donar (art. 624), al excluir como objeto de la donación los bienes futuros, precisamente porque de ellos no puede disponer el donante al tiempo de

hacerla (art. 635)» (1964, 284). Acepta también este planteamiento, por cuanto hace al artículo 635, RODRÍGUEZ ADRADOS: 1968, 441-442. Lo rechaza, sin embargo, DE LOS MOZOS, que afirma [cfr. notas 15 y 19] que «el que [la donación] sea acto de disposición, con base igualmente en la interpretación literal del artículo 618, no tiene la importancia que se ha pretendido darle, ni por razón de la capacidad exigida (art. 624), ni porque se excluya del concepto de la donación *inter vivos* a la donación sobre bienes futuros (art. 635)...» (1971, 816). Por cuanto hace al artículo 635 del Código civil, rechaza asimismo este argumento CRISTÓBAL-MONTES: 1971, 72 y sigs. Para nuestra opinión, cfr. lo dicho en la nota anterior.

³¹ Así, el mismo CALVO SORIANO: «La expresión del artículo 629 ‘la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación’, hay que entenderla en el sentido de que el primer aspecto se refiere a la donación dirigida a la creación gratuita de una obligación, y el segundo a la donación de cosa, traslativa. Si así no fuera, ¿por qué agregar al ‘no obliga al donante’ el ‘no surtirá efecto’?; bajo una consideración estrictamente obligacional, con decir que no obliga, sobra, y el añadir inmediatamente el no surtirá efecto sería una redundancia evidente» (1946, 468). También FERRANDIS: 1960, 352, nota 24.

³² CALVO SORIANO: 1946, 456.

³³ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 349.

³⁴ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 344-345. Y, además, pueden formularse las siguientes objeciones: ¿cómo, en un mismo precepto, y sin que su letra permita distinguir, se contemplan dos tipos distintos de operatividad: traslativa y obligacional, siendo así, además, que, según dice el propio CALVO SORIANO, el legislador, en el título II, libro III, contempló y reguló fundamentalmente, por no decir exclusivamente, la donación traslativa y no la obligacional? ¿Cómo, en ese mismo precepto, se aúnán bajo una misma ‘aceptación’ dos tipos distintos de donaciones desde el punto de vista de su operatividad, siendo así que aquella tendría un significado distinto en cada caso: contractual en una, meramente consumativo del acto transmisor en otra?

³⁵ Para la consideración de este argumento contamos con las aportaciones fundamentales de VALLET —quien fue el primero en sostener este argumento entre nosotros en orden a resolver la cuestión (1978, 325-338)— y de DE LOS MOZOS (1971, 806-819), a los que seguimos en líneas generales en la exposición.

³⁶ Las etapas relevantes en tema de donación, al decir de BIONDI (1961, 18-19), vienen marcadas por los hitos que en ese sentido significaron la *lex Cincia* (204 a.C.) y la ley del emperador Constantino fechada en el 316 d.C. Por nuestra parte, y sin que esto signifique discutir lo dicho por BIONDI, nos parece que, en el tema concreto que estamos ahora viendo, la *lex Cincia* no fue tan relevante, mientras que sí lo fue la regulación justiniana de la materia. Por ello, este esquema es el que seguiremos en el texto. Aunque coincide con BIONDI en marcar como hitos principales la *lex Cincia* y la ley de Constantino del año 316 d.C., es más ilustrador para nuestra investigación el trabajo de CASTRESANA HERRERO: 2017, 93-101.

³⁷ «El acto —dice BIONDI (1961, 22)— es siempre el mismo, sujeto al mismo régimen, tanto de forma como de sustancia, y produce invariablemente las mismas consecuencias jurídicas, cualquiera que sea la causa». Esta causa señala sin embargo el autor que, por razón del sistema romano, no afloraba al ordenamiento ni saltaba a la vista sino que se limitaba a justificar (en la sombra, podríamos decir) los efectos propios que de cada acto particular se derivaran. Con la llegada de la ley Cincia, que prohibió las donaciones (*dona et munera*) superiores a una determinada suma (desconocida) a favor de personas no incluidas en el elenco que a ese efecto fijaba esa misma ley (*exceptae personae*), la *causa donationis* hubo sin embargo de ser estudiada con detenimiento, a fin de delinearla con claridad y poder así precisar los supuestos a que resultaba aplicable dicha prohibición. Entendiéndose entonces, en líneas generales, que tal implicaba la existencia de una atribución patrimonial gratuita (enriquecimiento y correlativo empobrecimiento para donatario y donante, respectivamente) y de un *animus donandi*. Aunque se mezclan ahí, quizás, las resultantes de dos planteamientos que, aunque coexistieron, no parece sin embargo que puedan identificarse totalmente: de un lado, la prohibición general de la ley Cincia; de otro, la (más específica) prohibición de las

donaciones entre esposos [¿establecida por la *lex Julia et Papia Poppaea (lex decimaria)*?] (BIONDI: 1961, núm. 14-15; también en 1957, núm. 5, 7 y 8).

³⁸ F. V., 249, núm. 11. (C. 8, 53, 25): «*In conscribendis autem donationibus nomen donatoris, ius ac rem notari oportet, neque id occulte, aut privatim, sed aut tabulae, aut quodcumque aliud materiae tempus dabit, vel ab ipso, vel ab eo, quem sors ministraverit perscribatur: actis etiam annexendis, quae apud iudicem vel magistratus conficienda sunt, ubi hoc leges expostulant».*

³⁹ Para las razones de este cambio, cfr. BIONDI: 1961, núm. 17; también en 1957, núm. 9. Y ARCHI: 1964, núm. 19a).

⁴⁰ BIONDI: 1961, núm. 17-18; ARCHI: 1964, núm. 16.

⁴¹ BIONDI: 1961, núm. 17-18 (también en 1957, núm. 10); ARCHI: 1964, núm. 19 a). Destaca aquí, en cualquier caso, por su concisión y claridad, la magnífica exposición que de este último tramo hace VALLET: 1978, 326 y sigs.

⁴² VALLET: 1978, 329.

⁴³ VALLET: *op. et loc. cit.*

⁴⁴ «La donación *in promitendo* —dice en otra ocasión VALLET: 1978, 287— era hija y consecuencia de la *stipulatio*».

⁴⁵ VALLET: 1978, 329-330, que añade que Justiniano incluso «da al simple pacto valor de *causa donationis* y fuerza de obligar».

⁴⁶ Para una posible explicación del por qué de la colocación de las donaciones por Justiniano, en la *Instituta*, entre los *genera adquisitionum* (I. 2, 7, pr), no obstante haber establecido expresamente la posibilidad de una donación de efectos meramente obligacionales, *vid. CASULLI* (1964, núm. 19a), quien apunta que «*se è vero che le difficoltà e le dispute, che avevano seguito la riforma di Costantino, avevano potuto indurre Giustiniano a proclamare la validità del contratto di donazione indipendentemente dal manifestarsi degli effetti reali, è altrettanto vero che ai pratici la donazione si presentava pur sempre come causa e mezzo di acquisto al contempo di res: in questa prospettiva i problemi e i nessi, che la nuova struttura della donazione come pactum nudum solleva, sfuggivano ai contemporanei di Giustiniano, ancora legati alla polemica postconstantiniana*».

⁴⁷ Con seguridad debido, como razón principal, al hecho de recogerse juntos textos procedentes de distintas épocas, que no se acertaban a distinguir (BIONDI: 1961, parte 1.^a, cap. 2.^º, núm. 22).

⁴⁸ VALLET: 1978, 330, tomado de BUSSI: 1937, 234-235, 240-241. En el mismo sentido parece pronunciarse también AZON, al decir de BELLOMO: 1964, núm. 4.

⁴⁹ *Vid. BELLOMO: op. et loc. cit.*, quien además señala que «*questa tesi, più prudente, finiva coll'affermarsi al tempo dei commentatori: Bartolo...»*. También DE LOS MOZOS: 1971, 808.

⁵⁰ VALLET: *op. et loc. cit.*, tomado también de BUSSI: 1937, 241.

⁵¹ *Vid. Fuero Juzgo: libro V (De las evenencias è de las compras), título II (De las donaciones), ley VI (De las cosas que son dadas por escrito): «Las cosas que son dadas luego de mano, en ninguna manera non las deve demandar aquel que las dió. E si avinier por aventura que la cosa que es dada sea luenne, si es dada por escrito, non deve por ende ménos valer, que estonz semeia la donación perfecta, pues que a ende el escrito daquel que ie la da. (...)». Fuero Real: libro III, título XII (De las donaciones): ley I: «Maguer que qualquier home que diere alguna cosa à otre, non gela pueda despues toller...»; ley II (Como despues que fuere dada la cosa no se puede revocar): «Toda cosa que un home diere à otro, è la metiere en su poder, ò la diere dende carta, non gela pueda despues toller...»; ley X (Como la cosa absente se puede dar, è vale): «Porque acaesce muchas vegadas, quie algun home quiere dar heredad à otri, ò otra cosa que no es en el lugar do están, mandamos, que la donación no sea por tal razón desfecha, si la ficiere ende carta, è gela diere (...»).*

⁵² Así, en esa misma referida ley del Fuero Juzgo se dispone que «*si alguno era enganado por falsa donacion, è fezo despensas en aquel que ie la prometiera, mandamos que ie lo entregue el donador ò sus herederos, que aquel que cuidaba aver ganancia de falsa*

promision non reciba damno. Con lo que parece de un lado darse por supuesta la hipótesis de la donación promisoria, aunque luego, del otro, resulta que el incumplimiento de esa más obliga a indemnizar los daños que a estar propiamente a lo prometido. Y, en el Fuero Real, la ley IV (del título y libro dichos) establece que «*toda cosa mueble que home mandáre a Iglesias, ó à pobres, ó en otros lugares de limosna, ó para quando se ordenáre Clerigo, ó para boda de lego, el que la mandáre sea tenudo de darla*». Prueba de esas divergencias en cuanto al entendimiento de la donación es que VALLET afirma rotundamente que «el Fuero Real recoge solamente la donación dispositiva» (1978, 331), mientras que DE LOS MOZOS sostiene que de ese cuerpo legal resulta la donación «como un negocio de disposición verificado *animus donandi* que se perfecciona... por la *traditio*, aunque sea simbólica o instrumental, en cuanto a su alcance traslativo. Con lo que está claro que se configura como un negocio traslativo, pero no como un modo de adquirir» (1971, 810). Precisamente, en su glosa a la ley II del Fuero Real decía DÍAZ DE MONTALVO: «*Nota ex hac lege quod qui dat instrumentum videtur rem donare, et tradere*» (1781), donde advierte DE LOS MOZOS un supuesto de tradición instrumental de origen germánico: la *traditio chartae*.

⁵³ Proemio: «*Dar es una manera de gracia, e de amor, que usan los omes entre sí, que es mas cumplida, e mejor, que las que diximos en el Título ante deste [De los condesijos, a que dizen en latin depositum]. Ca el que empresta, o da lo suyo en condesijo, fazelo con entencion de cobrar todo lo suyo; mas el que da, quitalo de si del todo. (...)*». Ley I: «*Donacion es bien hecho que nasce de nobleza, de bondad de corazon, quando es fecha sin ninguna premia. (...)*».

⁵⁴ 1978, 330.

⁵⁵ 1971, 809. En esa disputa tercia LACRUZ diciendo que «la donación a que se refiere este texto puede ser la de una cosa cierta que no se entrega de momento, y entonces se podría pensar en que el mismo contrato transmitiera el dominio del objeto donado, quedando el donante obligado a entregar la posesión del mismo. Mas también cabría entender... que el contrato funciona entonces como *titulus adquirendi*, sin virtualidad transmisiva. En todo caso, tal virtualidad le falta cuando se dona cosa genérica no individualizada, caso al que el texto es aplicable, declarando entonces la eficacia obligacional de la donación» (1986, 123, nota 4).

⁵⁶ En apoyo de lo dicho, DE LOS MOZOS apunta además lo dispuesto en la ley LXVII, tit. XVIII, Part. III, claro exponente, a su juicio, de la concurrencia de la tradición documental: «*Donacion fazen los omes de las cosas que han, e la carta de tal donadio deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, e oyeren, como Fulan da, e otorga por juro heredad, a Fulan recibiente por si, e por sus herederos, tal casa que es en tal lugar, e ha tales linderos. (...) E otorgo este que fizó el donadio, poderio al otro a quien lo dio, de entrar la tenencia de esta casa por si mismo, quando el quisiesse, sin otorgamiento de juez, e de otro ome qualquier*».

⁵⁷ 1978, 331.

⁵⁸ 1768, cap. IV, núm. 1. Y continúa luego el propio GÓMEZ explicando la referida alternativa, del siguiente modo: «*Traditione, quando nulla praecedente promissione vel obligatione quis tradit rem suam alteri causa donationis; quia tunc statim valet et perficitur donatio, et transit dominium et plenum ius rei in accipientem ex illo titulo, et causa donationis. Quo casu nulla oritur actio vel obligatio ipsi donatario pro ipsa re, cum eam habeat (...). Promissione, quando quis se obligavit alteri ex causa donationis dare vel tradere aliquam rem. Quo casu de iure antiquo requiribatur solemnis stipulatio, et talis contractus celebrabatur verbis. Hodie tamen sufficit pactum nudum, et sic fit solo consensu partium*». También muy significativo en este sentido es PICHARDO DE VINUESA, quien además parece identificar plenamente la donación obligacional y la promesa de donar: «*dupliciter enim donatio considerari debet, aut presens, quae acquisitio est, et traditione confirmatur..., aut futura, quae est obligatio de donando..., haec obligatio vel ex stipulatione oritur, vel ex nudo pacto, et utrumque per verba futuri temporis contrahitur... Igitur donatio haec per verba futuri temporis contrahi debet, quod si contingat per verba presentis fieri, in futura resolvetur*» —1657, lib. II, t. VII, § Aliae

autem, Sciendum, núm. 9—. Cita también VALLET, en apoyo de lo dicho, al jesuita LUIS DE MOLINA, 1943, t. II, vol. I, disputaciones CCLIV, núm. 14, y CCLXXIII, núm. 2 y 3.

⁵⁹ Las elenca VALLET: 1978, 332 y sigs., que a su vez se basa, fundamentalmente, en los ya citados ANTONIO GÓMEZ (1768, II-II, núm. 35, y II-IV, núm. 3) y LUIS DE MOLINA (1943, disp. CCXLI, CCLI, CCLXIII, CCLXIX, CCLXXII, CCLXXIII, CCLXXIV).

⁶⁰ Diferencias estas que, señala VALLET, seguían existiendo aunque se tratara de donaciones sometidas a condición o plazo. Así, en las promisorias, la obligación de entregar (que se cumpliría mediante *traditio*) seguía recayendo sobre el donante una vez cumplidos la condición o el plazo; precisamente, a partir de ese momento se hacía posible su exigencia por parte del donatario. En las traditorias, en cambio, la llegada de ese momento suponía la transmisión del dominio o derecho real *ipso iure*, sin necesidad de un acto subsiguiente de tradición.

⁶¹ Aunque aquí existían matices entre los mismos clásicos. Así, dice VALLET (1978, 338) que «menos radical que GÓMEZ, el jesuita MOLINA distingue según la cosa prometida fuese cierta y determinada en singular o genérica e indeterminada». En el primer caso, solo admite el deber de evicción para cuando el donante, «al prometerla, tuviera la intención de obligarse a dar una cosa semejante o su valor, en el caso de que aquella no fuese suya», y cuyo ánimo estima que, en general, no puede presumirse en el promitente. En cambio, GÓMEZ, al contrario que para la donación traditoria..., estima que, en todo caso, el donante en la donación promisoria *<indistincte teneatur de evictione, modo scienter donet rem alienam, modo ignorantie, modo in genere, modo in specie>*.

⁶² 1978, 334.

⁶³ 1978, 348.

⁶⁴ 1971, 810.

⁶⁵ Así también LACRUZ: 1986, 126.

⁶⁶ Esta solución, procedente del *Droit coutumier*, se había condensado en la máxima *«donner et retenir ne vaut»*, y fue acogida en la Ordenanza de 1731 del canciller Daguesseau, pasando de ahí al Código de Napoleón (téngase en cuenta que la regulación de este en sede de donación es prácticamente copia, en muchas ocasiones casi literal, de aquella). Aunque la explicación de esto tiene un marcado carácter histórico. En este sentido se ha visto ya que en Roma, en los primeros momentos de su aparición como negocio jurídico autónomo, la eficacia de la donación era real, pero que con JUSTINIANO esa eficacia se amplía, admitiéndose también su virtualidad obligacional, y que esta fue la base sobre la que se procedió en adelante en los países de Europa continental que habían formado parte del Imperio. Ahora bien, eso fue así en la generalidad de esos países, pero Francia fue un punto aparte. El punto de arranque de esta desviación lo constituyó una ley del emperador Teodosio del año 415 (recogida en su Código: L. 8 de *don.*, 8, 12), por la mayor influencia que este ejerció en Francia que en otros pueblos. Esa ley, así, sobre la base del necesario requisito que para la validez de las donaciones constituía entonces la tradición (nada había en esto de novedoso), dispuso sin embargo que no pudiera estimarse esa verificada sin más en caso de que el donante hubiera establecido una reserva de usufructo sobre los bienes donados. Lo que vino a interpretarse en el sentido de que, para apreciar válidamente celebrada una donación, era necesario que el donante se despojara actual y definitivamente de la cosa donada. Esta interpretación no parece sin embargo que fuera correcta ni ortodoxa. Dice a este respecto BIONDI (1961, 61 y sigs.) que tal interpretación, aunque podía tener un cierto apoyo —pero, en sus palabras, «débil y lejano»— en la dicha ley, «rappresenta una errata intelligentia della legge romana»: en primer lugar, porque, aun cuando tal hubiera sido el auténtico sentido de la citada ley del 415, no sería menos cierto que tal disposición fue modificada por otra ley que el propio Teodosio dictó, dos años después, admitiendo expresamente lo que antes había vetado: L. 9 de *don.*, 8, 12; y, en segundo lugar, porque «quella esclusione [de la ley del 415] significaba non escludere che il donante rispetto alla cosa donata potesse trattenere qualche cosa, ma soltanto negare la equivalenza della riserva alla traditio della cosa donata». Pero en cualquier caso, fuera de esto lo que fuera, el hecho es que, por la destacada influencia que el Codex teodosiano tuvo en Francia (en detrimento de la legislación justiniana, que no había

adoptado tal ley), ese fue el entendimiento de la cuestión que se recibió en ese territorio, consagrándose definitivamente en el Breviario de Alarico, del año 506 («*Ubi in praesenti res donata traditur, ut res, quam donat homo de praesenti, tradatur cui donat, et ita die possideat*» —lib. VIII, tit. V—), y en la llamada Centella, que no era sino un compendio o resumen del dicho Breviario (cfr. GIORGI: 1910, 23). De aquí, precisamente, surge el antes dicho conocido aforismo francés *donner et retenir ne vaut*. Y esta idea, por la escasa repercusión que la obra de los glosadores tuvo en este aspecto en Francia, fue la que pasó luego a las diversas *coutumes* [La de Orleans, por ejemplo, en su artículo 283 decía así: *Donner et retenir ne vaut. Et est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée, ou qu'il demeure en possession jusqu'au jour de son décès*; semejantemente la de París, artículo 273], hasta llegar a la famosa Ordenanza de 1731, de Daguesseau, y de ahí al Código de Napoleón [art. 894: *La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du doneataire, qui l'accepte*].

⁶⁷ Claro exponente de ello es el tenor del Proyecto de 1851, que cede al influjo francés (cfr. GARCÍA GOYENA: 1852, II, ad arts. 548 y 941). Aunque tampoco puede decirse existiera unanimidad en este tema; así, entre los autores pueden advertirse otras orientaciones: de un lado, la que sostiene que «el contrato de donación puede celebrarse de dos modos, ó con la tradición de la cosa sin preceder promesa, en cuyo caso se transfiere inmediatamente el dominio en el donatario; ó con la promesa que uno hace de dar á otro cierta cosa, por la cual queda obligado» (FEBRERO: 1825, cap. XXI, *De las donaciones*, 101); de otro lado, la que sostiene que la donación sería simple título que, para efectivamente transmitir el dominio, necesitaría de tradición (GUTIÉRREZ: 1863, 27-36, y 1869, 80-81 y 84 y sigs.; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: 1881, 380).

⁶⁸ Aunque fuera a costa de darles un sentido algo distinto del que les había sido propio, si se acepta que las traditorias se caracterizaban por darse en ellas una entrega concurrente al acto, al estar presentes las partes. Dicho esto, considérese entonces el razonamiento empleado por FERRANDIS en apoyo de su pretensión de aplicar el artículo 635 del Código civil a las donaciones obligacionales (cfr. nota 29): que es «precisamente en el supuesto de la donación obligacional en el que podrá presentarse la duda acerca de si tal donación puede tener por objeto bienes futuros. Porque es indudable que en la donación inmediatamente traslativa... no habría lugar en ningún caso a la donación de bienes futuros, que, por esa misma circunstancia, no podrían ser entregados al hacerse la donación» (1960, 598-599). A lo cual cabe responder ahora que, aunque formalmente correcto, otro es el resultado si se considera la influencia de los precedentes: así, invirtiendo los términos, planteamos la siguiente pregunta: ¿por qué los clásicos excluían como objeto de las donaciones los bienes futuros solo en relación con aquellas que se operaban *traditione rei*, y no cuando eran del tipo *promissione*? La cuestión, ciertamente, puede ser discutible, pero, si se acepta lo dicho en el texto, la aplicación del artículo 635 del Código civil a las donaciones traditorias, y no a las obligacionales, resulta lógica.

⁶⁹ VALLET: 1978, 340.

⁷⁰ NÚÑEZ LAGOS: 1946, 142; CALVO SORIANO: 1946, 450 y 471; GULLÓN: 1968, 71-72; RUBIO: 1981, 367-368.

⁷¹ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 346 y sigs. La tradición, dice VALLET, es «siempre un elemento formal del negocio, de carácter esencial y simultáneo, pues la escritura pública debe considerarse por declaración legal —art. 1462— con virtualidad traditoria». Y sustancialmente igual es, como veremos, su planteamiento en relación con los bienes muebles (*vid. texto y nota 88*). Esta posibilidad había sido considerada ya antes como hipótesis, pero rechazada, por CALVO SORIANO: 1946, 459.

⁷² FERRANDIS: 1960, 599-600; también en 345.

⁷³ LALAGUNA: 1964, 284-285, a quien sigue casi literalmente SANTOS BRIZ: 1975, 137-138. También LACRUZ: 1986, 121, 123-124 y 126-127; y COSSÍO: 1991, 524-525: ambos admiten expresa y explícitamente la eficacia traslativa inmediata de la donación, y sin necesidad de acto posterior y conceptualmente separado de tradición, pero aun así la califican

de contrato, menos comprometidamente el segundo, que sobre todo destaca su carácter bilateral, y más tajantemente el primero. En sentido semejante, ATAZ LÓPEZ: 2017, 183-184. Abundando en lo dicho, y frente a quienes aprecian en la donación un juego traditorio ínsito en la forma, afirma LALAGUNA que «por esta vía pierde relieve la significación genuina de la donación como contrato de eficacia real» (1964, nota 56); «la donación —dice en otro momento— es... contrato y modo de adquirir, o, más precisamente, contrato formal dispositivo por el que se opera sin necesidad de tradición la adquisición del derecho real» (p. 284). Y en un trabajo publicado en el año 1973, afirma LALAGUNA (p. 411) que «Para explicar con claridad la peculiar manera de presentarse en la donación el nexo entre el título y el modo, hice —dice, refiriéndose a su trabajo de 1964— un análisis comparativo con aquellos supuestos en que la adquisición se opera por virtud de un contrato de naturaleza obligatoria formalizado en escritura pública, en cuyo caso, conforme al artículo 1462, el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato. En estos supuestos, el proceso de adquisición queda simplificado por un fenómeno de *coincidencia* entre el título y el modo de adquirir. En contraste con lo que ocurre en la donación común, en la que el nexo entre título y modo se presenta como una *cualidad intrínseca* del fenómeno adquisitivo, en razón de la necesaria observancia de una exigencia de forma, la unión entre título y modo que se puede dar en una compraventa formalizada en escritura pública es una *circunstancia meramente extrínseca*. El contraste apuntado queda descrito de la siguiente manera: esta simplificación, que en los contratos consensuales es solo una *posibilidad*, se presenta como un *postulado* en los contratos traslativos de naturaleza formal».

⁷⁴ Así, claramente, VALLET: 1978, 423-425.

⁷⁵ LALAGUNA: 1964, 284. La naturaleza contractual se deduce habitualmente de dos datos: uno, la exigencia de aceptación que el Código establece; otro, la remisión que hace, para todo aquello que no esté expresamente regulado en el título que el Código civil dedica a la donación, a las reglas generales de las obligaciones y contratos.

⁷⁶ LALAGUNA: 1964, 285 y 286. A este respecto, escribe en otro lugar LALAGUNA que «al caracterizar la donación como acto o negocio de naturaleza dispositiva se trata de subrayar fundamentalmente que el fenómeno adquisitivo se produce de una manera directa, es decir, sin que el efecto de la atribución patrimonial dependa del cumplimiento de una obligación de dar en el transmitente»; que «para marcar con trazo firme esta peculiar manera de producirse el efecto traslativo en la donación, se acentúa su significado como modo de adquirir»; y que «precisamente, para destacar esta peculiaridad del fenómeno adquisitivo se intenta alejar el negocio de donación del ámbito de las adquisiciones que se producen mediante tradición, como consecuencia de ‘ciertos contratos’, excluyéndose así [por un exceso dialéctico, dice él, aunque este es el núcleo de la cuestión y no basta, por tanto, solo con afirmarlo] la posible consideración de la donación como contrato». Pero, afirma entonces el autor, «este desenlace de la tesis comentada parece forzado... por una concepción estricta de la noción de contrato como fuente de obligaciones, que de aplicarse a la donación restaría claridad a la explicación que se trata de dar del fenómeno adquisitivo, en cuanto que, con la noción de contrato, se introduce en esa explicación la sombra de la ‘obligación de dar’» (1973, 409). En idéntico sentido, CRISTÓBAL-MONTES: 1971, 73 y sigs.

⁷⁷ LACRUZ: *op. et loc. cit.*

⁷⁸ Así también, claramente, SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 806.

⁷⁹ Destaca también esta cuestión LACRUZ: 1986, 126-127.

⁸⁰ Así, VALLET: 1978, 346-347; FERRANDIS: 1960, 345; LALAGUNA: 1964, 284-285; Id.: 1973, 411. También CRISTÓBAL-MONTES: 1971, 74.

⁸¹ Coincide en afirmar esto ALBALADEJO: 1982, 126.

⁸² 1946, 461.

⁸³ 1925-26, 415, nota 1.

⁸⁴ 1946, 460. Así también, claramente, LACRUZ: 1986, 136.

⁸⁵ En contra SÁNCHEZ-BLANCO, a quien «parece lógico admitir que la entrega simultánea que el artículo 632 exige para la eficacia de la donación ‘verbal’ pueda ser o una

entrega material o una entrega ficticia o simbólica» (1952, 811). No convenimos nosotros, sin embargo, con él, ya que tal posibilidad conduce a una reiteración absurda: la entrega puede ser tanto material como ficticia o simbólica —lo que ya cubre todas las hipótesis—, pero el efecto traslativo se puede asimismo lograr a través del escrito, y sin que este sea una forma de *traditio*.

⁸⁶ CALVO SORIANO: *op. et loc. cit.* En el mismo sentido afirma JORDANO, refiriéndose a este supuesto, que «la res juega el mismo papel que el *documentum*» (1958, 136, 147-148).

⁸⁷ CALVO SORIANO: *op. et loc. cit.*

⁸⁸ 1978, 346-347.

⁸⁹ Esta posibilidad fue hipotizada, pero no acogida, por CALVO SORIANO: *op. et loc. cit.* (de admitirla resultaría, dice, que «habría que considerar que la tradición por carta tiene en el Código civil la doble modalidad, normal del instrumento público, propia de los negocios dispositivos sobre bienes inmuebles, y especial del escrito privado, para este caso singular»). Sí la acoge, sin embargo (aunque sin emplear tal expresión), VALLET: *op. et loc. cit.*

⁹⁰ Así lo afirma tajantemente FERRANDIS: 1960, 596-597.

⁹¹ PÉREZ GONZALEZ y ALGUER, en ENNECCERUS, 1935, 114; CASTÁN: 1993, 215; PUIG BRUTAU: 1956, 68-69; ALBALADEJO: 1991, 11; FERRANDIS: 1960, 592-593, 596-597.

⁹² Así también CALVO SORIANO: *op. et loc. cit.*

⁹³ Así, CALVO SORIANO: 1946, 461-462. «Pensar que el legislador —dice este autor— autoriza a las partes para adoptar una u otra forma, cada una de ellas con carácter solemne, [pero] que con una se opera el traspaso real y con otra no, que por una se crea una simple obligación de dar y con la otra se opera automáticamente la transferencia, sería absurdo, cuando la voluntad de transmitir sea idéntica en uno y otro caso» (p. 461). Y añade también: «el artículo 632, después de referirse a la forma normal de la donación mobiliaria, es decir, a la entrega de la cosa, admite la forma escrita, pero condiciona al escrito el que surta efecto; si el efecto de la donación, en el supuesto inmediatamente anterior en el texto legislativo, es la transmisión, el ‘no surtirá efecto’ querrá decir que no transmitirá [la propiedad de la cosa donada, u otro derecho real], y en caso de que se extienda el escrito, que sí» (p. 462). Además, si se admitieran efectos transmisivos inmediatos solo cuando haya entrega material y física, considérese lo que resultaría en casos como, por ejemplo, que el donatario estuviera ya, aunque por otro concepto, en posesión de lo donado, habiéndose entonces de recurrir al rodeo de la obligacional y de la *traditio brevi manu*, lo que no responde a la intención de los sujetos ni a la realidad de las cosas, y resulta por tanto absurdo. En tal caso, o bien se entiende que en la tradición simultánea tienen cabida no solo la entrega material sino también las otras variantes de entrega contempladas en el artículo 1463 del Código civil, o bien se entiende que la donación traslativa de bienes muebles puede tener lugar tanto a través de la entrega material como por la vía de consignar la donación por escrito, en cualquier otro supuesto. Esta segunda solución es la que nosotros consideramos acertada. Y no queda con esto dicho todo, sino que es posible seguir planteando otras objeciones a la tesis de la eficacia obligacional en este caso, como, por ejemplo, ¿por qué el legislador —que todos admiten que en el título II del libro III del Código civil atiende fundamentalmente, por no decir que exclusivamente, a la donación traslativa— habría de contemplar expresamente, y solo en relación con los bienes muebles, la posibilidad de la donación obligacional?

⁹⁴ Así también ALBIEZ DOHRMANN: 2013, 4714, aunque él se refiere propiamente a la escritura pública.

⁹⁵ Esta acertada precisión se la debemos a VALLET: 1978, 347.

⁹⁶ Así, ya vimos que, algún tiempo después de que la donación surgiera en el mundo del Derecho como figura jurídica autónoma (a. 316 d.C.), Justiniano, junto a la donación de eficacia traslativa inmediata concedió valor también al mero pacto animado por causa de liberalidad, del que resultaba una obligación tutelada mediante una *actio* para poder exigir al donante-promitente la entrega de la cosa prometida. Por tanto, aunque es cierto que, tal como se ha objetado (NÚÑEZ LAGOS: 1946, 142), en la *Instituta* la donación es modo de

adquirir, y no título, también lo es que el mismo Justiniano reconoció la donación de eficacia meramente obligacional. El hecho de su colocación sistemática en la *Instituta* no puede llevar a desconocer esa realidad (para una posible explicación del por qué de aquella, *cfr.* nota 46). Por cuanto hace al Derecho Común, y aun siendo conscientes de las disputas doctrinales que hubo, también hemos visto ya que no faltaron importantes voces que se pronunciaron en favor de esta posibilidad (ACCURSIO, PAULO DE CASTRO). Finalmente, y por cuanto hace a nuestro Derecho histórico más propiamente dicho, hemos comprobado asimismo que a nivel de Derecho positivo la figura cuenta con manifestaciones (más claras: Partidas; menos: Fuero Juzgo y Fuero Real), y que en el plano doctrinal cuenta con apoyo por parte de importantes autores. Situación esta que se mantiene hasta los tiempos previos a la Codificación; en este sentido, claro exponente de lo dicho es FEBRERO (1825, cap. XXI, 101).

⁹⁷ Así ocurre, por ejemplo, en Alemania, cuyo § 518 BGB reza del modo siguiente: «*Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich*». Sobre ello, *vid.* SAVIGNY: 1981, § 157; WINDSCHEID: 1925-26, 414-415; ENNECCERUS: 1935, 109 y sigs.; HEDEMANN: 1958, 284; LARENZ: 1958, 179-180.

En Italia, el artículo 769 Codice establece que «*La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione*». El artículo 1050 Codice italiano de 1865 disponía que «*La donazione è un atto di spontanea liberalità col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta*», lo que parecía considerar exclusivamente a las donaciones reales traslativas, pero ello no había sido obstáculo para que la doctrina hubiera llegado al reconocimiento de la donación obligacional. Sobre esto, *vid.* AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI: 1959, 665 y sigs.; BARBERO: 1967, 561-562; BIONDI: 1957, VI, núm. 14; CASULLI: 1964, 976-977.

E incluso en Francia, donde, a pesar de la dicción del *Code*, hoy se admite la posibilidad de que la donación, junto al efecto traslativo inmediato, pueda asimismo tener eficacia simplemente obligacional. Artículo 894: «*La donation entre-vifs est un acte par lequel le donneur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte*». *Vid.* MARTY y RAYNAUD: 1983, 396 y sigs. En relación con ese precepto, *vid.* las agudas consideraciones que hace FERRANDIS a propósito de la expresión ‘despojo actual’ que en la definición de la donación se emplea en el *Code* francés (1960, 331-333): el interés de estas consideraciones se mantiene a pesar de que en Francia la cuestión ha de plantearse forzosamente desde una perspectiva distinta que en España, ya que en ese país se sigue el sistema de transmisión de la propiedad por obra del solo consenso: *merus consensus parit proprietatem*). En este sentido, y partiendo de la peculiar configuración de la sucesión *mortis causa* que tiene ese Derecho, en el que la sucesión hereditaria solo se da en la sucesión legal o intestada —se afirma así, respecto de los herederos, que *solus Deus facere potest*—, y que por ello «a través del testamento solo se puede atribuir al favorecido por el acto de disposición la cualidad de legatario (a título universal o particular), de manera que los legatarios vendrán a ser considerados como una especie de donatarios por causa de muerte», apunta entonces FERRANDIS que consecuencia de ello es que, «en el Código civil francés, la definición de la donación va condicionada por la definición de testamento», (p. 333). Se explica, así, que «las disposiciones generales contenidas en el capítulo primero de dicho título [tit. II, lib. III: *De las donations entre-vifs et des testaments*] (comienzan) estableciendo dos únicos modos de disponer a título gratuito, que son la donación y el testamento», y que «en los dos artículos siguientes se (defina) cada una de estas dos instituciones; de ahí la preocupación del legislador por acentuar las notas peculiares de cada una de ellas, para definirlas o caracterizarlas en función de contraste. En la definición de la donación se alude a un despojo actual e irrevocable (art. 894), mientras que al definir el testamento [art. 895] se ponen de relieve los caracteres contrarios». Sobre esta base, apunta entonces FERRANDIS que «es probable que de no haberse dedicado dos preceptos consecutivos a definir cada una de estas instituciones no se hubiera definido la donación en los términos en

que lo hace el artículo 894. Pero, con el designio de acentuar el contraste, se pone de relieve (...) la circunstancia de tratarse en el testamento de una disposición que ha de tener eficacia después de la muerte del disponente, frente a la eficacia actual de la disposición llevada a cabo mediante la donación» (pp. 332-333). A la vista de lo cual, la conclusión es clara: «en este sentido y con este alcance parece que ha de ser entendido el ‘despojo actual’ que, en términos del artículo 894, caracteriza a la donación. La ‘actualidad’ no tiene un sentido tan restringido como para referirla necesaria y exclusivamente a un despojo inmediato (...). La actualidad de los efectos de la donación será máxima cuando el acto vaya acompañado de la entrega inmediata del objeto o cantidad donados, pero también podrá hablarse de efectos actuales cuando de la donación surja únicamente un crédito en favor del donatario, que aplace la entrega... para un momento ulterior» (p. 333).

⁹⁸ De forma que, «salvo que por su propia celebración se realice el fin perseguido [v.gr., donación manual, o de derecho de crédito ya existente], obliga al donante, lo mismo si se trata de donación obligacional que de real... o liberatoria» (ALBALADEJO: 1982, 107, por todos).

⁹⁹ Así, más o menos claramente, CALVO SORIANO: 1946, 449-450, 468, 471; SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 803 y sigs.; FERRANDIS: 1960, *passim* (pp. 329-330, 579-580); PUIG BRUTAU: 1956, 67-69; GULLÓN: 1968, 71-72; considera la posibilidad también, pero sin decidirse, VALLET: 1978, 353-354.

¹⁰⁰ *Op. et loc. cit.*

¹⁰¹ Así también, claramente, SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 809.

¹⁰² Cosa distinta es el mayor o menor rigor con que haya de valorarse por los tribunales la responsabilidad del donante (deudor) incumplidor. Pues, tal como dice FERRANDIS, «al estudiar el efecto obligatorio [de este negocio de donación] no puede dejar de tenerse en cuenta que el deber de cumplir la prestación a cargo del donante y el derecho a exigirla por parte del donatario no pueden desprenderse del especial matiz que les impone la gratuitad del negocio. Aun sin ningún apoyo en el Derecho positivo, se sentiría, por una simple consideración de equidad, la necesidad de atenuar la responsabilidad del obligado a una prestación a título gratuito, en comparación con la que incumbe a quien, a cambio de la prestación que debe cumplir, recibe o exige una contraprestación» (1960, 603). En este sentido, aunque no existe en nuestro ordenamiento una norma que con carácter general y tono explícito proclame ese principio de moderación en relación con los negocios a título gratuito, «son varios los preceptos del Código que, con referencia a supuestos concretos, aplican esta idea, y hasta en alguno de ellos se atisba la posibilidad de estimar establecido un principio de aplicación general» (FERRANDIS: *op. et loc. cit.*), cifrándose aquellos en lo dispuesto en los artículos 638, 1726, 1749, 1750 y 1776 del Código civil, y este en lo establecido en el artículo 1103, también del Código civil. La gratuitad se convierte así en un factor de moderación o atenuación de la responsabilidad (en el mismo sentido, SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 810), aunque ello no significa en modo alguno «excluir la responsabilidad del obligado, porque ello significaría la negación de la obligatoriedad de los negocios jurídicos gratuitos» (FERRANDIS: *op. et loc. cit.*).

¹⁰³ Recoge este argumento, aunque sin citar su procedencia, SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 807.

¹⁰⁴ También aquí, por tanto, la transmisión pretendida se produce directa e inmediatamente por obra del mismo negocio donatorio, pero esta es la única circunstancia que ahora ha de tenerse en cuenta, sin interesar la condición corporal o incorporal que pueda tener la cosa objeto de la misma, que en nada afecta a lo dicho.

¹⁰⁵ 1952, 809.

¹⁰⁶ NÚÑEZ LAGOS: 1946, 142.

¹⁰⁷ *Supra III.1.B.*

¹⁰⁸ Ni siquiera implícito en la forma: en esto discrepamos de FERRANDIS, que lo defiende.

¹⁰⁹ FERRANDIS: 1960, 345.

¹¹⁰ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 353-354.

¹¹¹ VALLET DE GOYTISOLO: *op. et loc. cit.*

¹¹² Una la apunta FERRANDIS, la otra el mismo VALLET, reconociendo así la debilidad del argumento.

¹¹³ FERRANDIS: *op. cit.*, 360-361.

¹¹⁴ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 354.

¹¹⁵ 1946, 142.

¹¹⁶ SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 808.

¹¹⁷ SÁNCHEZ-BLANCO: *op. et loc. cit.*

¹¹⁸ SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 808-809, siguiendo a OPPO: 1947, 210 y sigs.

¹¹⁹ Así también SÁNCHEZ-BLANCO: una vez descartado que en el pago haya un acto intrínsecamente oneroso, dice, «todavía se discute si el pago tiene unas veces carácter oneroso y otras carácter gratuito, según sea oneroso o gratuito el contrato del cual constituye ejecución», pero a ello responde que hay que excluir «que las nociones de onerosidad y gratuitad puedan aplicarse con propiedad al pago, limitándose su aplicación al negocio del cual el pago es ejecución» (1952, 809). Aunque también reconoce el autor que «la divergencia no tiene gran trascendencia práctica, puesto que incluso si se afirma que al pago no le conviene el carácter oneroso ni el gratuito, hay que reconocer... que gratuitad y onerosidad, en cuanto informan el contrato, se reflejan también en la fase ejecutiva, aunque sea sin determinar aquí un segundo acto oneroso o gratuito».

¹²⁰ Desde otra perspectiva, considérese que, a resultas del modo en que ha cristalizado nuestro Derecho en este punto —en el que, salvo los contratos reales y la donación de virtualidad traslativa, la eficacia de los negocios es por regla general meramente obligacional—, si no nos remontamos más allá del peldaño inmediatamente anterior tendremos entonces que todas las atribuciones patrimoniales (salvo las dichas) responden a una *causa solvendi*, en razón de la obligación que las precede.

¹²¹ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 352. Esta idea había sido apuntada ya por ENNECKERUS: 1935, 109-110.

¹²² VALLET DE GOYTISOLO: *op. et loc. cit.*; estas palabras las trae VALLET de ALGUER (1935, 424), quien a su vez lo hace de DEGENKOLB.

¹²³ VALLET DE GOYTISOLO: *op. et loc. cit.*

¹²⁴ Así también SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 809.

¹²⁵ Aunque a veces con ambas expresiones se hace referencia a una misma realidad, de modo que las diferencias entre ellas son de orden puramente terminológico. Sobre la promesa de donación *stricto sensu*, *vid.* el interesante estudio de ATAZ LÓPEZ: 2017, 155-182.

¹²⁶ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 289. En sentido semejante, también NÚÑEZ LAGOS: 1946, 142.

¹²⁷ Debemos señalar aquí, en cualquier caso, los esfuerzos que se han hecho para dar cabida en nuestro Derecho a esta posibilidad, con base en construcciones del precontrato más modernas que la apuntada en el texto. En este sentido destaca DÍAZ-AMBRONA: 1985, 703-755.

¹²⁸ Así parece considerarlo ALBIEZ DOHRMANN: 2013, 4716.

¹²⁹ 1978, 353.

¹³⁰ FERRANDIS: 1960, 360.

¹³¹ *Op. et loc. cit.*

¹³² 1960, 358.

¹³³ 1960, 581.

¹³⁴ 1960, 581. Hay que advertir que las palabras transcritas las refiere él, propiamente, al contrato, y no al negocio: nosotros, sin embargo, por las razones poco más arriba dadas, creemos que pueden generalizarse, habiendo por ello empleado el término «negocio».

¹³⁵ Además de que, en opinión de una importante corriente doctrinal, el artículo 618 del Código civil se refiere solo a la que transmite la propiedad de una cosa (donación real), pero siendo así que en otros preceptos del mismo Código estarían reconocidas también la donación liberatoria (art. 1187 CC) e incluso (aunque nosotros no estamos de acuerdo en esto) la obligacional (632.2).

¹³⁶ En el mismo sentido PUIG BRUTAU, al decir que «la donación es un concepto que somete a dura prueba la capacidad de las reglas de Derecho para ordenarse sistemáticamente. [...] Su carácter unitario no descansa en una figura jurídica típica e invariable, sino que deriva de su efecto: empobrecimiento del donante y enriquecimiento del donatario. Ese efecto es lo que obliga a considerar como un fenómeno unitario todo lo que se agita debajo de esta palabra de donación» (1956, 63). Hace referencia a él FERRANDIS: 1960, 581, nota 38.

¹³⁷ FERRANDIS: 1960, 68.

¹³⁸ En una línea semejante nos parece se pronuncia SÁNCHEZ-BLANCO. Afirma este autor que, al igual que en los negocios onerosos, también en los gratuitos es necesario diferenciar una serie de negocios específicos, o tipos, que pueden variar en función del criterio empleado, lo que determinará, cuando el criterio venga constituido por la naturaleza y el objeto de la atribución, que uno de esos tipos sea el de negocios (gratuitos) que impliquen una *datio*: a estos, conforme a su etimología (*donis datio*), habrá que calificar como donación. Pero, sobre esta base, señala después SÁNCHEZ-BLANCO que «no hay inconveniente en incluir dentro del concepto de donación, y junto a la *datio* (gratuita) actual, la dación futura, es decir, la obligación de dar asumida a título gratuito» (1952, 801). Dentro de los actos gratuitos, por tanto, solo hay donación cuando hay una atribución patrimonial, con el consiguiente enriquecimiento y empobrecimiento para donatario y donante, pero siendo así que esto puede ser efectivo de forma actual (donación traslativa) o bien tratarse de una dación futura (donación obligacional).

¹³⁹ *Vid.*, en este punto, DIAZ-AMBRONA: 1985, 726-734, aunque interpretándolas no en el sentido de donación obligacional sino en el de promesa de donación.

¹⁴⁰ Suelen citarse, en contra de su posibilidad, dos sentencias, una de ellas muy lejana —6 de junio de 1908—, la otra menos —22 de junio de 1982—. En ninguna de ellas, sin embargo, tal planteamiento fue determinante del sentido en que se resolvió el pleito, pues tales consideraciones eran simples *obiter dicta*. De esta postura negativa discrepa sin embargo la STS de 7 de diciembre de 1948, en la que se afirma expresamente (aunque también sin valor fundamento del fallo) que «son compatibles los términos obligación y donación, pues esta puede revestir formas diversas, y entre ellas la creación de un crédito a favor del donatario».

¹⁴¹ FERRANDIS: 1960, 330; en el mismo sentido se pronuncia SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 804.

¹⁴² Así lo hace tras constatar la amplitud teórica del concepto de donación, que abarca tanto los casos del *dare* como del *obligare* o del *liberare*. Sin perjuicio de lo cual, CALVO SORIANO admite que «el caso típico que trata de regular el Código es el de donación pura dirigida directamente a la transmisión de cosa», advirtiendo que queda en el Código sin regulación propia y específica la donación obligacional (a la liberatoria se refiere el 1187 CC) (1946, 450).

¹⁴³ 1946, 471.

¹⁴⁴ CALVO SORIANO: 1946, 468, avanzando así hasta un punto más allá de donde antes vimos; FERRANDIS: 1960, 581, nota 40; también en este sentido parece apuntar GULLÓN: 1968, 72.

¹⁴⁵ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: en sus Notas a ENNECCERUS, 1935, 114; en la misma línea CASTÁN: 1993, 215; y ALBALADEJO: 1982, 107. Estos, entre quienes consideran a la donación como simple título. Pero los sigue también, y es lo que da razón de ser a lo dicho en el texto, PUIG BRUTAU, que ya sabemos que sostiene una concepción de la donación regulada en el Código fundamentalmente transmisiva (1956, 67-68).

¹⁴⁶ FERRANDIS VILELLA (1960, 581-582), quien admite la donación obligacional en el marco del libro IV del Código, con base en los artículos 1088, 1254 y 1274. Y esto es así, no obstante haber afirmado antes FERRANDIS (p. 358) que «ciertamente, al redactar el título II del libro tercero, el legislador parece haber pensado solamente en la donación traslativa, o al menos parece haber pensado en ella de manera predominante».

¹⁴⁷ FERRANDIS: 1960, 601.

¹⁴⁸ FERRANDIS: 1960, 597-599.

¹⁴⁹ Cfr., por cuanto hace al artículo 621, *supra* texto y notas 32-33; en relación con el 629, texto y nota 34; y, para el 632.2, texto y notas 26-27 y 88-93.

¹⁵⁰ No acepta esto ALBALADEJO, que parece abogar por una aplicación directa de esas normas cuando escribe que, «además de quienes creen que donar es transmitir ya, hay quien entiende que en el artículo 618 se contempla la donación que transmite ya (que cabe denominar donación transmisiva o dispositiva o real), pero que aparte, y aunque no esté prevista en ese artículo, por la teoría general de los contratos cabe la donación obligatoria... Yo pienso —dice entonces ALBALADEJO— que tal construcción es una pérdida de tiempo, y que ¿para qué expulsar la donación obligatoria del artículo 618, si luego se la readmite por otra vía? Podrá responderse que entonces esa donación se regiría, no por las normas del artículo 618, sino por las generales de los contratos. Pero cabe replicar que a falta de reglas para una donación, la obligatoria, ¿cómo no serían las adecuadas para aplicársele, antes que otras más generales, las reglas de la donación dispositiva?» (1991, 1573-74).

¹⁵¹ 1978, 353.

¹⁵² Así, PUIG BRUTAU: 1956, 79-80, y ello a pesar incluso de que sus primeras palabras al abordar esta cuestión eran del siguiente tenor: «Está considerada como fundamental la distinción entre donación de bienes muebles y de bienes inmuebles. Sin tratar de disminuir la gran importancia de esta contraposición, creemos que late en su fondo otra distinción de mucho interés: donación efectiva o de presente y promesa de donación. Ambas diferenciaciones han de tenerse en cuenta para comprender los artículos 632 y 633 de nuestro Código civil».

¹⁵³ FERRANDIS, 1960, 593.

¹⁵⁴ Antes de cerrar esta cuestión de la forma, hacemos aquí referencia al planteamiento de SÁNCHEZ-BLANCO (1952, 811-813), quien entiende que la prescrita por los artículos 632 y 633 del Código civil «es una forma *ad solemnitatem* solo en cuanto a la donación traslativa», de manera que «la donación obligacional... se perfeccionará por el mero consentimiento...». Añadiendo (en relación con los bienes inmuebles) que «podría quizá entenderse que la donación obligacional... no requiere la forma [pública notarial, en caso de inmuebles] para su validez, porque ese [negocio] solo se diferencia de otros [negocios] de finalidad traslativa por su causa, que en este caso es gratuita, y en los demás no. Por tanto, si, conforme al artículo 1277, no es necesario expresar la causa en el [negocio] para que [este] sea plenamente eficaz, bastará no expresar la *causa donandi* para que el [negocio] de donación sea válido». «Prestado el consentimiento dispositivo [sin cumplir con las formas exigidas en esas normas] —continúa diciendo el autor—, dicho consentimiento no producirá el desplazamiento del dominio. Pero, ¿vinculará al donante? Entendemos —dice— que sí. No habrá *donación propia* o dispositiva, pero sí un *título eficaz* para producir la obligación de entregar la cosa, y para transmitir el dominio de ella mediante tradición». En resumen, si dicha forma falta, «se producirá una *conversión*, y el acto valdrá como título gratuito susceptible de producir la transmisión mediante el requisito complementario de la tradición. La donación traslativa sin la forma exigida... se convierte, pues, en donación obligacional». A nosotros, sin embargo, no nos convence esta idea de la libertad de forma de las donaciones obligacionales. En primer lugar, y por cuanto hace al argumento *ex artículo 1277 del Código civil*, por la razón que apunta FERRANDIS: «este precepto se limita a consagrar el principio de abstracción procesal de la causa; [por lo que] fácilmente se comprende que no podría obtenerse la sanción de aquella promesa en cuanto el promitente probara la verdadera causa del [negocio]» (1960, 595). Y después, porque los fines que a través del establecimiento de tal exigencia formal pretende el legislador conseguir se dan igual tanto en caso de donación traslativa como de donación obligacional. «Ante la posibilidad de que una persona se vea obligada a dar cumplimiento a una obligación que asumió a título gratuito —dice PUIG BRUTAU—, hay que extremar el rigor de los requisitos que pueden justificar semejante transformación» (1956, 68, nota 9); «la desequilibrada posición en que se encuentran el promitente y el promisario cuando no existe reciprocidad en el beneficio exige una especial cautela por parte del ordenamiento jurídico a la hora de señalar si tal desequilibrio puede ser tomado en cuenta jurídicamente» (p. 81). Y entonces, habiendo identidad de razón en cuanto a la exigencia de forma, no cabe

otra cosa que convenir en la procedencia de su aplicación también a las donaciones obligacionales. Considerese, así, que aunque en este caso no se trata de una pérdida o disminución inmediata del patrimonio del donante, ese es sin embargo el resultado al que, aunque de un modo mediato, se ve abocado forzosamente quien asume una obligación de dar (a título gratuito). Por eso hay que convenir en la exigencia de los requisitos de forma también para los negocios de donación obligacional. Todas estas razones son las que han determinado la imposición de esos requisitos de forma, y con el máximo rigor (*ad validitatem*), por parte del legislador. Sobre esta base, la refutación de la por SÁNCHEZ-BLANCO pretendida posible conversión de la donación traslativa en obligacional, en caso de que no se den los requisitos de forma establecidos en los artículos 632 y 633 del Código civil, es fácil: como dice FERRANDIS, aquella «presupone la consideración de un negocio nulo que puede ser mantenido como negocio de tipo distinto si contiene los elementos esenciales propios de este último. El argumento solo podría ser aceptado, por lo tanto —concluye entonces este autor—, si se partiera de la idea de que la donación obligacional no requiere ningún requisito de forma, pero no en otro caso» (1960, 595).

¹⁵⁵ Así lo piensa ALBIEZ DOHRMANN (2013, 4715), aunque en un plano teórico, ya que este autor considera que la regulación que nuestro legislador ha establecido en el Código civil no permite la donación obligacional. En sentido contrario ATAZ LÓPEZ, quien considera que «incluso aunque se admita la donación de eficacia meramente obligacional, no parece que esta pueda servir para eludir la prohibición de donar bienes futuros, pues ello sería tanto como habilitar un mecanismo para defraudar la prohibición del artículo 635 del Código civil» (2017, 187).

¹⁵⁶ Apunta esta cuestión VALLET: 1978, 353.

¹⁵⁷ En relación con el artículo 621 del Código civil, ha dicho CALVO SORIANO que esta norma se comprende «por la existencia [en la donación] de declaraciones de voluntad que requieren ser reguladas por los preceptos generales sobre ellas» (1946, 456). Y VALLET, por su parte, ha dicho que, dado que «en el Código civil falta una doctrina general del negocio jurídico y de su subespecie el negocio... de disposición [por] eso se debe acudir, por analogía, en cuanto no contrarie la naturaleza de la donación, a las reglas generales del negocio jurídico... más detenidamente regulado en el Código: el contrato...» (1978, 349).

*(Trabajo recibido el 11-7-18 y aceptado
para su publicación el 31-1-19)*