



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La reserva de la facultad de disponer en la donación: análisis del artículo 639 del código civil

Immaculada Barral Viñals



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial – SenseObraDerivada 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial – SinObraDerivada 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0. Spain License.**

**LA RESERVA
DE LA
FACULTAD
DE
DISPONER
EN LA
DONACIÓN
—ANÁLISIS DEL
ARTÍCULO 639
DEL CÓDIGO CIVIL—**

*Tesis Doctoral
presentada por
Immaculada BARRAL VIÑALS
y dirigida por
Carlos J. MALUQUER DE MOTES BERNET
—Universitat de Barcelona. Febrero de 1994—*

Quiero agradecer al doctor Maluquer de Motes, director de este trabajo, su dedicación constante y su magistral dirección, sin el concurso de las cuales no hubiera sido posible realizar esta obra.

Mi más sincero reconocimiento!

INTRODUCCIÓN

La donación con reserva de la facultad de disponer, regulada en el artículo 639 C.c., perfila una figura difícil de encuadrar. Teniendo en cuenta que el artículo 618 C.c. define la donación como

un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente a favor de otra, que la acepta,

la posibilidad de reservarse el donante la facultad de disponer de aquello mismo que ha donado parece encerrar una contradicción irresoluble¹: La disposición inicial a título gratuito que representa la donación se ve sometida al peligro de desaparecer si el donante dispone del objeto de la donación ulteriormente, haciendo uso de la reserva que le autoriza a ello según el título de donación configurado.

El entendimiento de la figura se complica aún más porque los antecedentes históricos en derecho español no prestan gran ayuda: No aparece en las Partidas ni en la Nueva o Novísima Recopilación, ni directamente, ni bajo la regulación de figuras afines.

Se trata de una figura recogida por García Goyena en el artículo 957 del Proyecto de 1851 que, como él admite², toma del artículo 946 del Code. Se

1 En este sentido, MENÉNDEZ, José, "Las donaciones con pactos especiales", *Revista de derecho privado*, diciembre 1972, pág. 1055, donde califica a la reserva de la facultad de disponer como *limitación desnaturalizadora de la donación que... está reñida con el normal régimen jurídico de la misma...*

2 GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, comentario al artículo 957, pág. 472.

incorpora, así, la tradición francesa sobre la reserva de la facultad de disponer en la donación, pero con una innovación importante: mientras en el sistema francés si el donante no dispone de los bienes de la reserva estos van al patrimonio de sus herederos, en nuestro Código los bienes permanecen en el patrimonio del donatario.

Aquí está precisamente la clave para entender la figura del artículo 639 C.c. En el Code, el artículo 946 se considera como consecuencia del carácter irrevocable de la donación, concepto por el que se entiende la transmisión definitiva del derecho al donatario que nunca puede ser alterada por el donante. Es por ello que si éste se reserva la facultad de disponer, el efecto dispositivo desaparece, luego la donación es nula y por eso el destino de los bienes debe ser, necesariamente, el patrimonio de los herederos del donante: Tales bienes nunca se entienden donados y con la muerte del disponente acaba el plazo del posible ejercicio de la facultad de disponer, luego se consolidan en su herencia y pasan a sus herederos.

En el Código, en cambio, el destino de los bienes se decide a favor del donatario, lo que implica transmisión de la propiedad de la cosa a pesar de la reserva de la facultad de disponer; como señala explícitamente García Goyena 3:

el donador no la [la cosa donada] exceptuó de ella [la donación], y sólo se reservó la facultad de poder disponer, dando con esto a entender, que, si no disponía la cosa ó cantidad seguía definitivamente la suerte de los bienes donados.

De la diferencia señalada podría inducirse la ruptura del artículo 639 C.c. respecto de su precedente inmediato y llevar el análisis de la figura que contiene a la idea de un simple pacto especial que modifica los efectos normales de toda donación porque permite al donante revocar o resolver la donación inicialmente realizada cuando tenga por conveniente. Pero tal visión aparece necesariamente sesgada por la constatación de dos hechos:

3 GARCÍA GOYENA, F., op. cit., comentario al artículo 957, pág. 472.

- 1.- La incorporación, prácticamente literal, del precepto del artículo 946 Code comporta la de su tradición histórica que lo contextualiza y determina su exacto contenido.

En efecto, la cuestión del destino de los bienes en la donación con reserva de la facultad de disponer a favor de los herederos del donante deriva de la necesidad de configurar un título de donación con efecto dispositivo irrevocable tal como establece el artículo 894 Code. La donación irrevocable, como señala Pothier⁴ es aquella que no depende de la voluntad del donante, idea que se asimila a la ausencia de condiciones potestativas en la donación según el tenor literal del artículo 944 Code, que plasma el principio general de la irrevocabilidad, según los representantes de la Escuela de la exégesis⁵. Así, la donación con reserva de la facultad de disponer es nula, de la misma manera que la donación de bienes futuros (art. 943 Code) y la que contiene la carga de pagar deudas futuras (art. 945 Code). En todas ellas, el efecto dispositivo depende de la voluntad del donante, luego la donación no es irrevocable.

A su vez, este concepto de irrevocabilidad es una creación doctrinal potenciada especialmente a raíz del texto de la Ordenanza de 1731 sobre las donaciones que representa el substrato de la regulación de esta materia en el Code. En el proceso de redacción de este texto legal, las cláusulas antes enunciadas como contrarias a la irrevocabilidad de la donación afloran como consecuencias de una máxima de derecho de costumbres enunciada como *donner et retenir ne vaut*. Sin embargo, la diferencia de enfoque es evidente ya que tal máxima, formulada con alcance general en la costumbre de París, no se refiere a tal concepto:

4 POTHIER, Robert Joseph, *Traité des successions. Des donations testamentaires. Des donations entre vifs. Des substitutions. Des propes en Oeuvres*, T.VII, Paris, 1827, pág. 456.

5 Cfr. *supra*, cap.2, epígrafe 3.

- art. 274: *C'est donner & retenir, quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement sur la chose donnée...*⁶

Es evidente que tal máxima no se refiere a la irrevocabilidad del efecto dispositivo, sino a la imposibilidad que el donante se reserve la facultad de disponer de la cosa donada. Tal contenido, si bien enlaza indirectamente con la irrevocabilidad, en el sentido que la reserva de la facultad de disponer implica que el efecto de la donación sea revocable por el uso de tal facultad, plantea un enfoque distinto del problema reconduciéndolo a la oposición donación/facultad de disponer que luego pasa al artículo 946 Code, y de aquí a nuestro artículo 639 C.c.

En este punto, creímos obligado el estudio pormenorizado del derecho de costumbres francés anterior a la Ordenanza citada para determinar como una norma de alcance general, como la contenida en la costumbre de París, aparecía luego en el Code verdaderamente transformada en dos aspectos:

- ya no se trataba de un principio general, sino de una cláusula especial
- se insertaba en el campo de aplicación de un concepto que, en principio, le era ajeno: la irrevocabilidad de la donación.

Sólo el estudio de esta evolución nos permitiría llegar a un correcto análisis del artículo 639 C.c. descifrando la relación entre donación y facultad de disponer.

- 2.- Por otro lado, la ausencia de figuras en el ámbito de nuestro derecho que sean subsumibles en el esquema del artículo 639 C.c. hace necesario acudir a la doctrina histórica francesa para llenarlo de contenido.

El recurso aparece justificado porque el Proyecto de 1851 continua calificando la donación de irrevocable en el artículo 940 con lo que el artículo 957 del Proyecto, precedente del que nos ocupa, se plantea como una excepción al principio de irrevocabilidad, centrado en la transferencia

6 *Nouvelle Coutume de Paris*, art. 274, redactada en 1580, en *Nouveau Coutumier Général*. Mis en ordre...par Ch. A. Bourdot de Richebourg, Paris, 1724, III, pág. 49.

definitiva de la propiedad de la cosa donada, de forma que, excepto el cambio del destino de los bienes, la figura en estudio deriva directamente de sus precedentes franceses.

En este sentido, aunque el actual artículo 618 C.c. no recoja la irrevocabilidad como característica esencial del título, el artículo 639 C.c. aparece vinculado a ella por su contingencia histórica, de cuyo estudio podremos extraer la importancia que deba darse al cambio introducido en nuestro sistema. En efecto, el recurso a la doctrina francesa permitirá descubrir que la máxima *donner et retenir ne vaut* anula la donación con reserva de la facultad de disponer porque se considera que no existe efecto dispositivo si el donante puede disponer de aquello que da, ya que la posibilidad de disponer es la esencial del conjunto de facultades que componen la idea de dominio sobre las cosas.

En consecuencia, no es posible donar, que significa desprenderse de la propiedad sobre el bien donado, y a la vez retener la facultad de disponer que sólo puede pertenecer al propietario. Dar y reservarse la facultad de disponer significa, en realidad, no donar porque la reserva anula el efecto dispositivo propio de la donación: *donner et retenir ne vaut*.

La evolución doctrinal posterior en base al concepto de reserva de disponer tácita -que se deduce de las cláusulas que contiene la donación, sin mención específica de la facultad de disponer, como la carga de pagar deudas futuras- pone el acento no en la inexistencia de efecto dispositivo, sino en la merma del efecto adquisitivo que representa para el donatario que, eventualmente, pueda perder su derecho. La confusión aumenta cuando esta idea se vincula a la noción de irrevocabilidad y desvía el tema de su correcta inteligencia en torno a la existencia o no de efecto dispositivo en la donación con reserva de la facultad de disponer.

Es por ello que, aún en nuestro Código donde la donación no se considera como esencialmente irrevocable, la letra del artículo 639 C.c. plantea el problema de si existe realmente donación ya que parece contradictorio donar y poder disponer al mismo tiempo:

Así, la libre configuración del título, que el artículo 639 C.c. admite al abandonar el criterio de la donación irrevocable no resuelve el problema planteado por la reserva de la facultad de disponer en su sentido originario y que depende de la evolución que experimente la noción de dominio como suma

de facultades hacia la idea de poder unitario centrado en al noción de señoría, para hacer compatibles la donación con la reserva de la facultad de disponer y considerar que, a pesar de aquélla, la donación transmite realmente la propiedad de la cosa. Ello implica aceptar

- 1.- Que la propiedad se define por su esencia y no por su contenido, y que la facultad de disponer es uno de los componentes habituales pero no imprescindibles del dominio. Esta idea permite identificar al donatario como verdadero propietario.
- 2.- Que un no titular, es decir, el donante que se ha desprendido de la titularidad de la cosa, puede disponer eficazmente de ella. En este punto surgen dos grandes temas de análisis:
 - La eficacia de la disposición sobre bienes ajenos centrada en el concepto de legitimación para disponer sobre un objeto disponible que encierra el artículo 639 C.c. Será pues necesario analizar su alcance y contenido.
 - La modificación que la reserva de la facultad de disponer genera en las posiciones jurídicas de donante y donatario: el primero, por la posibilidad de disponer, el segundo por la necesidad de sufrir las consecuencias de la disposición que pueden implicar desaparición del objeto de su patrimonio.

Todas estas cuestiones vertebran el tratamiento sobre la reserva de la facultad de disponer en la donación que se presenta en esta obra, en cuanto elementos de cuya yuxtaposición surge una modalidad de donación que modifica sus efectos normales.

—Capítulo I—

*EL EFECTO DISPOSITIVO PLENO
EN LA DONACIÓN
y
LA RESERVA DE LA FACULTAD DE
DISPONER*

Planteamiento: reserva de la facultad de disponer y *donner et retenir ne vaut*.

Los autores franceses del antiguo derecho consuetudinario¹ exigen que la donación contenga una verdadera transmisión de la propiedad, entendiendo que *la reserva de la facultad de disponer* anula el efecto dispositivo propio de la donación: No es posible que quien dona se reserve la facultad de disponer porque tal facultad es la esencia de las dominicales y sólo se concibe en el propietario de la cosa: luego no da, sino que retiene para sí quien se reserva la facultad de disponer al hacer una donación.

Este razonamiento que contrapone donación y reserva de la facultad de disponer crea una confusión notable ya que se inserta en el campo de aplicación de una máxima consuetudinaria de derecho francés enunciada con el aforismo *donner & retenir ne vaut*. Tal máxima, en principio, exigía la necesidad de tradición de la cosa donada para la eficacia del acto dispositivo, anulando cualquier donación que no contuviese el traspaso posesorio. A este significado se

¹ La expresión *droit coutumier* denomina el derecho que regía en Francia en la zona Norte, en los llamados países de costumbres que se mantienen impermeables a la penetración del derecho romano que rige, con carácter general en la zona sur o de derecho escrito. En los primeros la costumbre de creación espontánea reforzada por el uso inmemorial y la consciencia de que es derecho preside las relaciones jurídicas, así se muestra en la definición de POTHIER, R.J. (*Coutumes des Duché, Bailliage et Prévoté d'Orléans, en Oeuvres...*, T. X, Paris, 1827, Intr. a la Coutume d'Orléans, pag. 3): *On appelle Coutumes des lois que l'usage a établies et qui se sont conservées sans écrit par une longue tradition*. FERRIERE, Cl. de (*Nouvelle institution coutumière qui contient les regles de tout droit coutumier...de France*, Paris, 1692, pág. 7) afirma que *...elles ont tirée leur autorité du choix exprés des peuples; et elles n'ont conservé le nom de coutumes que parce que ce droit... a commencé par usage observé long temps auparavant, qu'on en ait fait des loix de nos Provinces*.

añade el segundo sentido vinculado a nuestro tema de análisis: la imposibilidad de que el donante se reserve la facultad de disponer² porque ello significa anular la donación ya que dona y retiene: Además del desplazamiento posesorio se exige la transmisión íntegra del derecho de propiedad a la que se opone la reserva de la facultad de disponer.

Es por ello que la máxima, que vertebró el tratamiento de la donación en el antiguo derecho francés, es punto de estudio obligado, aún en su inicial sentido que exige la tradición, pues es la evolución de este requisito lo que permite vincular el *donner & retenir* a la facultad de disponer.

Retenir significa inicialmente no hacer entrega de la cosa —*tradition de fait*— y se vincula a un tema de publicidad posesoria, la titularidad es definitiva aunque comporte problemas de oponibilidad a terceros de la transmisión realizada; el cambio de sentido de la máxima, a raíz de la admisión

2 La dualidad de sentidos de la máxima consuetudinaria fue puesta de manifiesto por DESJARDINS Albert ("Recherche sur l'origine de la règle donner et retenir ne vaut", *Revue Critique de Législation et Jurisprudence*, 1868, pág. 208 y ss.) destacando que el periodo de redacción de las costumbres -siglo XVI- se produce la evolución entre ambos significados. En el mismo sentido TASSARD Paul, *Droit français: De la règle donner & retenir ne vaut*, Tesis doctoral leída en la Universidad de Nancy, 1872, págs. 70 a 87; DURAND, Augustin, *De la règle: donner & retenir ne vaut en Droit français*, Paris, 1876, pág. 98; POMMIER, Alexandre, *De la règle donner & retenir ne vaut. Son origine historique, ses consequences, ses exceptions en droit français*, Paris, 1876, págs. 121 a 125; CONSTANT, *De la règle donner et retenir ne vaut. Son origine, ses principales applications d'après le Code civil*, Tonerre, 1889, págs. 131 a 133; DELEHELLE, H., *De la règle donner & retenir ne vaut, son histoire dans le droit coutumier, son influence dans le Code Civil*, Tesis doctoral leída en la Universidad de Dijon, 1897, pág. 54.

Con todo, estos autores centran el segundo significado en la noción de irrevocabilidad específica de la donación. Pero este concepto es posterior al siglo XVI, la idea inicial que sustituye a la necesidad de tradición es el efecto dispositivo pleno que se vincula a la no reserva de la facultad de disponer y es este concepto, sobretudo tras la ordenanza de 1731, el que evoluciona hacia la concesión de un derecho irrevocable al donatario. Es este desarrollo que se pretende analizar en los dos primeros capítulos de esta obra. Sobre el concepto de irrevocabilidad específica véase *supra*, cap. 2.

generalizada de cláusulas de tradición fingida, considera que *retenir* se vincula directamente a la transmisión de la propiedad y a la retención de facultades típicamente dominicales como la de disposición, de ahí que se denomine *tradition de droit*³.

I— Tradición y publicidad posesoria.

Como hemos indicado, la publicidad posesoria es el sentido primigenio de la regla consuetudinaria que se vincula a la *tradition de fait*.

1. La eficacia dispositiva inmediata de la donación.

La regla consuetudinaria *donner & retenir ne vaut* define la esencia de la donación en el antiguo derecho de costumbres francés. En efecto, formulada por primera vez en el artículo 444 de *Li droict et lis coustumes de*

3 Cfr. Punto II de este mismo capítulo.

4 Costumbre de Champagne, art. 44: *Encore use leu en Champaigne, que se uns homs, ou une femme, donnent a un autre maisons, ou autres heritages, & leu devestent par justice, & leu revestent par justice, & en facient lettres, la ou il soit convenu qu'il li quitttent, & donnent, quanques il y ont, & toutesvoies li donateres retient, & en demeurent saisis, sans ce qu'il nen paye loyer ne nulle redevance a celi a qui aura fait li don ne vaudra riens, contre loir dou mort, pource que, par droit commun & par Coustume de Champaigne, donnens & retenirs ne vaut riens. (Nouveau Coutumier Général. Mis en ordre...par Ch. A. Bourdot de Richebourg. Paris, 1724, T. III, p. 209, en adelante NCG).*

La regla puede parecer un poco confusa, pero debe tenerse en cuenta que se encuadra en la necesidad de tradición mediante investidura feudal (mediante formas como la saisine o el nantissement) que permitía realizar un desplazamiento posesorio real y público y que el transmitente continuase gozando de la cosa siempre que pagase una cantidad en concepto de alquiler que le recordaba que no era propietario. No era pues

Champagne et de Brie —recopilación de las costumbres de la zona redactada a lo largo del siglo XIII⁵—, se generaliza a la mayoría de los textos de costumbres que pertencen al Parlamento de París⁶ en la redacción oficial llevada a cabo a lo largo del siglo XVI desde el Edicto de

una tradición fingida, pues el acto de investidura daba la posesión al donatario, a partir de aquí era posible constituir un derecho real a favor del donante. Cfr. RICARD, Jean M., *Traité des donations entre-vifs et testamentaires*, I, Paris, 1713, núm. 911.

- 5 Hacia el siglo XIII la mayoría de costumbres habían tomado ya el carácter de notorias en su zona de aplicación por lo que ocasionalmente se procede a su recopilación como en el caso de Champagne. Con todo, no se trata de un texto homogéneo sino de sucesivas aportaciones de diversos juristas que toman su forma definitiva hacia 1300 (Cfr. OURLIAC GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, 1985, pág. 99). Según CHENON, Emile ("L'ancien coutumier de Champagne (XIII siècle)" en *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, mayo-junio 1907, págs. 1 a 59) se compone de dos compilaciones autónomas, una de costumbres y otra de resoluciones judiciales. La primera, que forma el núcleo primitivo del coutumier y a la que pertenece el capítulo 44, puede ser datada entre 1253 y 1270, mientras las resoluciones se añaden a los capítulos de usos correspondientes entre 1270 y 1295. En el caso del *donner & retenir ne vaut*, se da constancia de un arrest de 1290 dado en Chateuvillain por el que se anula una donación contraria al citado principio.
- 6 La máxima del *donner & retenir* se formula con carácter general en el campo de aplicación del parlamento -nombre con el que se conocía a los Tribunales de Justicia) de París, y en algunas zonas del Parlamento de Nancy. Sin embargo, en el de París, no se recoge en las zonas del Oeste -grupos angevin y poitevin-, en la zona más cercana a los Parlamentos de Bretagne -que no la recoge- y Normandía -que lo hace tardíamente por influencia de la costumbre de París en su carácter de norma general-. Tampoco se recoge en las costumbres de los otros Parlamentos de derecho de costumbres como Bourgogne y Franche-Comté.

Montil—les—Tours⁷. Tal máxima se presenta como requisito positivo de validez para las donaciones al exigir la tradición de la cosa donada a la que se liga el efecto dispositivo del acto de donación: no se puede dar y retener la posesión de lo donado.

La donación se caracteriza, pues, por comportar el *dessaisissement actuel de la chose* que se realiza mediante la tradición⁸ o entrega posesoria de los

7 El Edicto de Montil-les-Tours de 1453 dictado por Charles VII obliga, en el artículo 125, a la redacción de las costumbres de las diferentes zonas. Se pretende dar certeza y seguridad a las resoluciones judiciales evitando el recurso a la prueba de la costumbre al estar fijada por escrito, y, a la vez, corregir las contradicciones provenientes de usos distintos en una misma zona que las partes utilizan en los pleitos a su antojo.

La redacción de las costumbres es un acto de afirmación del poder real pues, a partir de entonces, a la autoridad del uso inmemorial sustituye la autoridad de la ley y sólo pueden ser alegadas las costumbres nacidas de la redacción oficial. (Cfr. KLIMRATH, H., *Etudes sur les coutumes*, París, 1807, *passim* y especialmente pág. 4 y ss.).

El Edicto consigue la redacción de sólo algunas costumbres, especialmente en territorio de los príncipes apanagistas. Pero fue el nuevo procedimiento diseñado en las lettres-patentes de Charles VII en 1497 el que agilizó el proceso. Así, las costumbres eran revisadas por comisarios reales que someten a consulta de los tres Estados en cada zona. La discusión del texto propuesto por los Comisarios es lo que se llama Procés verbal, que sirve como instrumento de interpretación del texto de las costumbres. (Cfr. OURLIAC-GAZZANIGA; *op. cit.*, pág. 1448).

La redacción de las costumbres se espacia a lo largo de todo el siglo XVI e incluye, desde 1555, la reforma de costumbres redactadas con anterioridad a causa de su poca claridad o por estar desfasadas. Este proceso culmina en la redacción reformada de la costumbre de Paris que le da su carácter de derecho general y recoge la evolución del derecho consuetudinario desde el inicio de la redacción oficial. En realidad, esta etapa pone los fundamentos del estudio de este derecho y de la abstracción de los principios generales que formarán el *droit commun coutumier*.

8 Los autores se esfuerzan por explicar que tal exigencia deriva directamente de los textos romanos. Es utilizado con frecuencia el recurso a que la *Lex Cincia de donis et muneribus* exige la entrega de la cosa, no haciendo obligatoria la simple promesa de donar (DELANDE, *Coutume d'Orléans commentée par...*, Seconde édition, Paris,

1772, comentario al art. 283 C. de Orléans, núm.2, pág. 602; LAURIÈRE, Eusèbe de, *Textes des Coutumes de la Prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1777, comentario al art. 273 C. Paris, pág. 328).

Sin embargo, la citada ley sólo establece un límite cuantitativo para las donaciones, con alguna excepción que permite dar más allá del límite impuesto. La confusión proviene del hecho que la citada ley era imperfecta, es decir, no sancionaba con la nulidad ipso iure los negocios que atentasen a sus disposiciones, sino que simplemente daba una excepción de derecho pretorio que paralizaba la acción y producía efectos parecidos a la rescindibilidad ("exceptio legis Cinciae"), siendo pues imposible atacar a una donación ya ejecutada -perfecta- (Cfr. JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1935, pág. 351; BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano*, Vol. I, Ristampa inalterata della seconda edizione, Padova, 1947, pág. 180 y ss.).

Por otra parte, la idea que la donación no sea obligatoria no corresponde a las leyes romanas, pues debe hablarse de causa donationis más que de donatio como negocio independiente, ya que la atribución a título gratuito inter vivos podía hacerse enajenando, cediendo o remitiendo, o bien obligándose a dar, pero en este caso sólo mediante una promesa formal o stipulatio, el nudo pacto no tiene eficacia obligatoria hasta Justiniano (L. 35, § 5, C. de donat, VIII, 54). (Cfr. KUNKEL, *op. cit.*, pág. 350). Este es el razonamiento que induce a rectificar a MERLIN, M. en la 3ª edición sobre el origen romano de esta norma: *...lorsqu'on s'est trompé, il faut avoir le courage d'en faire l'aveu...* (Cfr. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5ª ed., VIII, Bruxelles, 1826, pág. 485).

Otro texto que se utiliza como argumento a favor del origen romano es el Codex Theodosianus - Tit. de Donationibus (8,12,8)-(Cfr. RICARD, *op. cit.*, núm. 905, LAURIÈRE, *ibidem*). La ley I, de Constantino, parece exigir la tradición (Et corporalis traditio subsequatur) de la cosa, pero según DESJARDINS (*op. cit.*, págs. 314 a 318) se limitaba a privilegiar la existencia de aquella como medio de prueba. La diferente interpretación provenía de la abreviación que el Codex Theodosianus hace de la Constitución original contenida en los Fragmenta Vaticana. La sanción a la prescripción transcrita se encuentra en una frase no reproducida en el Codex: *Temere non erit fides accipienda*, otra prueba que no sea la traditio será difícilmente admisible, pero no queda excluida.

bienes, de forma que sin ésta la donación no existe⁹. Se configura así como un modo de adquirir la propiedad con eficacia dispositiva inmediata¹⁰, al contrario

9 BOERIUS, N. (*Consuetudines...civitatis... Biturigum*, Lugduni, 1508, Des coutumes touchant les donations § 1): ...requiritur quod res donata tradatur vere...; DYONISIUS PONTANUS (*In consuetudines blesenses commentarium*, T. II, Parisisis, 1677): [En derecho de costumbres] ...*nulla actio nulla condictio, nullum denique remedium donatario in donatum ad traditionem possessionis competit. Haec quippe constitutionem simpliciter sancitum est, donationes sine traditione nullas existere...* (pág.148); LOYSEL, Antoine (*Institutes coutumières*, Paris, 1846, réimpression Paris, 1971) recoge literalmente la máxima *donner & retenir ne vaut*; en las anotaciones LAURIÈRE, (*op. cit.*, pág. 41) se expresa así: *Le sens de cette règle est que ce n'est pas donner que de retenir la chose donnée, et de n'en pas faire la tradition*; LORENS, *Les trois Coustumes de Chasteau-neuf, Chartres & Dreux*, Chartres, 1645, art. III, C. de Chartres): *la coutume avertit de ne pas donner si l'on ne se veut déssaisir*; BASNAGE, Henri, (*Commentaires sur la coutume de Normandie*, en *Oeuvres de...*, 4a ed., Rouen, 1778, II, comt. art. 445): *C'est un usage général que la tradition naturelle ou civile est nécessaire...*; DELALANDE (*op. cit.*, comt. art. 283, pág. 602): *...en France nous suivons l'ancienne Jurisprudence civile, car il set nécessaire que el donateur déclare par l'acte de donation qu'il se dessaisit de la chose donnée, & en transporte la possession & seigneurie au donataire...*; DOMAT, J. (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, en *Oeuvres de...*, T. II, Paris, 1822, Tit. X, pág. 295) *...celui qui donne entre-vifs se dépouille de ce qu'il donne, et le transfère au donataire qui en devient le maître...*; DUPLESSIS, (*Traité des donations entre-vifs et testamentaires*, en *Traité... sur la coutume de Paris*, *Oeuvres de...*, T. I, paris, 1754, lib.2, ch. 2, sect. 4) *...la tradition de la chose donnée est absolument requise dans la donation entre-vifs, sans quoi elle devient nulle...*; FERRIÈRE (*op. cit.*, pág. 17) *Le consentement du donateur doit estre suivi du dessaisissement de la chose donnée, sinon c'est donner & retenir...*

10 Determinan claramente que la donación no es un contrato DYONISIUS PONTANUS, (*op. cit.*, art. 169) *Nam sicut antiquo Digestorum jure, nec hodierno solo consensu perficitur donatio, sed demum secuta traditione.* (p. 148); DUMOULIN, (*Commentarius in Relinquo Titulos ejusdem antiquæ consuetudinis parisiensis*, en *Omnia quæ extant opera...*, Paris, 1681, comt. art.160) la donación que atenta a la máxima consuetudinaria *Ne vult scilicet ad transferendum dominium...*; CUJACIUS, Iacobus, (*Paratitla in libros quinquaginta digestorum seu pandectarum imperatoris Justiniani*, en *Opera...*, Venetiis, 1758, (D, lib. 39, Tit. V, De donat.)

de la donación mortis causa que no despoja al donante sino en el momento de su muerte¹¹.

Ello comporta que la promesa de donación —donación de futuro— no sea obligatoria¹², es decir no conceda acción para exigir la entrega de la cosa, o pase a ser una obligación cuyo incumplimiento se resuelve en indemnización de daños y perjuicios¹³, en cuanto acuerdo de voluntades para la transmisión de la propiedad a título gratuito en la que el "donante" es deudor de la entrega posesoria.

donatio enim hoc jure conventio non est, sed adquisitio civilis aut naturalis...;
DELALANDE, *op. cit.*, comt. art. 283, núm.2.

- 11 Cfr. DUPLESSIS, *Oeuvres*, divisées en deux volumes, Paris, ... T.I., lib.2, ch.2, sect.4.
- 12 Así lo muestra claramente otro aforismo consuetudinario: *Promettre & donner sont deux*. Cfr. LOYSEL, Antoine, *Institutes coutumières*, Reimpresión de la de Paris, 1846, Paris 1971, núm. 660. En el mismo sentido DELALANDE (*op. cit.*, comt. art. 283 de la costumbre de Orléans, núm.2): *...celui a qui le don a été conféré, ne peut agir personnellement contre le donateur, pour le faire condamner à la délivrance des meubles, ou immeubles qu'il a promis de donner par pure libéralité...*
- 13 Así, DOMAT (*op. cit.*, pág. 310): *La donation est une libéralité; et celui qui ne donne que ce qu'il doit, ou ce qu'il est obligé de donner, ne fait pas doantion, mais il s'acquitte d'une dette, ou de quelque autre engagement*. De la misma manera: FURGOLE, Jean-Baptiste, *Ordonnance de Louis XV Roy de France et Navaree pour fixer la jurisprudence sur la nature, la forma, les charges & les conditions des Donations*. Donnée à Versailles au mois de février 1731, Toulouse, 1733, pág. 49; BOUTARIC, François de, *Explication de l'Ordonnance de Louis XV. Roi de France & de Navarre. Du mois de février 1731, concernant les donations*, Avignon, 1744, pág. 70; DAMOURS M., *Conférence de l'Ordonnance concernant les donations, avec le droit romain, les anciennes ordonnances, la jurisprudence des Parlemens, et le sentiment des auteurs*, Paris, 1753, pág. 150, y TRONCHET (citado por MERLIN, *op. cit.*, VIII, pág. 492).

Es por esto que, admitiéndose sólo la donación de presente con eficacia dispositiva inmediata, no es posible disponer de los bienes futuros¹⁴, por no encontrarse aún en nuestro patrimonio; pero no impide el efecto previsto la donación suspensivamente condicionada pues la condición no impide la adquisición de la propiedad cuando el hecho condición se cumpla con efecto retroactivo al momento inicial de la disposición¹⁵. En realidad, los autores polarizan el análisis de las condiciones en torno a la *tradition de droit* y el efecto adquisitivo de la donación: si la condición es casual, no afecta a la transmisión de la propiedad, pero si es potestativa, la donación no puede subsistir pues falta la voluntad de donar¹⁶.

14 El problema de la donación de bienes futuros es tratado por la doctrina no como cuestión del objeto de la donación, sino como problema a resolver en relación al segundo significado de la máxima: la tradición de droit y vinculado a la noción de reserva tácita de la facultad de disponer que anula el efecto dispositivo. Vide supra II, epígrafe 4.

La cuestión es distinta después de la Ordenanza de 1731 que prohíbe, en el art. 15 la donación de bienes futuros, así POTHIER, Robert Joseph, (*Traité des successions. Des donations testamentaires. Des donations entre vifs. Des substitutions. Des propes*, en *Oeuvres*, T.VII, Paris, 1827, pág. 468) afirma: *Notre Coutume [la de Paris] exige, pour qu'une donation soit valable, que le donateur se dessaisisse de la chose donnée. D'où il suit qu'on ne peut donner ses biens à venir; car on ne peut se dessaisir de ce qu'on n'a pas*; de manera similar se manifiesta BOURJON, François, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, Paris, 1770, pág. 113.

15 Así, DUMOULIN, *op. cit.*, comentario al art. 160 de la Costumbre de Paris; RICARD, *op. cit.*, núm. 1039; BOURJON, *op. cit.*, tit. IV, part. IV, ch.1, sect. II, núm.8; POTHIER, *Traité des successions...*, *op. cit.*, T.VII, pág. 454.

16 Vide infra, II, epígrafe 5.

2.—Publicidad posesoria de la transmisión.

2.1.—Tradición y oponibilidad a terceros.

La calificación de la donación como modo de adquirir implicaría, en buena lógica, que la transmisión de la propiedad se realizase en virtud del acto dispositivo del donante aceptado por el donatario, alejando la tradición del esquema; sin embargo ello no es así porque se exige un signo exterior que dé publicidad a la transmisión efectuada y permita oponerla a terceros: *la tradition de fait* o desplazamiento posesorio¹⁷.

Tal rigidez se justifica inmediatamente por la concepción germánica de que la apariencia responde al estado de derecho; y mediatamente por

17 DUMOULIN, *op. cit.*, comentario al artículo 7 de la costumbre de Chaumont en Bassigny: la tradición es requisito *non autem quod capiat fructus, sed quod publicetur & capiatur possessio proprietatis*. BILLECART, Louïs, (*Coutumes de Chaalons avec des commentaires de Maistre, ...où sont traités les plus belle & les plus importantes questions du droit coutumier*, Paris, 1686, pág. 181) *...donner & retenir, c'est la même chose que donner & ne pas donner, ou pouvoir revoquer la donation. Il est encore fondé sur l'intérêt des creanciers, lesquels il seroit aisé de frauder sous pretexte de donations, si elles n'estoient pas connues par delivrance de la chose, & par l'actuelle possession du donataire, sans lesquels délivrance & possession ou sans retention d'usufruit ou precaire, ou autre chose semblable, ou sans action intentée contre le donateur de son vivant; la donation n'est point parfaite ny traslative de la propriété...; RICARD (*op. cit.*, núm. 901): *Et à l'égard de l'autre chef de notre règle -la tradition de fait- qui ne souffre pas que le donateur demeure en possession de la chose donnée, elle fait comme le sceau, & la vérification de la donation, afin qu'il paroisse qu'elle a été faite sincerement sans dissimulation. A quoy on peut ajouter que cet establiment a aussi pour fondement le bien public, & la sureté du commerce; afin que la connoissance de la possession des domaines ne demeure res incertæ, & que ceux qui viendront à contracter avec le donateur ou même ses héritiers, qui pourroient accepter sa succession, ne voyans aucun changement en la possession de ce qui luy appartenoit ne se persuadent pas avoir leur sureté, sur ce que ne luy appartient plus qu'en apparence.**

determinar un medio de publicidad suficiente para las transmisiones patrimoniales. Si no se ha producido la tradición de la cosa, el donante ha retenido aquello que pretendía donar y el negocio es inválido —*ne vaut*—.

La tradición posesoria es signo de publicidad frente a terceros, especialmente acreedores y herederos del donante. De ello se desprende que el donante no puede oponer la falta de desplazamiento posesorio, pues el acto pasado entre donante y donatario no puede ser desconocido por quienes han intervenido en su formación¹⁸.

Paralelamente, el donatario posee acción para exigir el desplazamiento posesorio de la cosa donada a fin de hacer la transmisión oponible a terceros¹⁹. Es una acción de ejercicio personal que incumbe sólo a él y sólo frente al donante y no frente a sus herederos como establece la costumbre de Chaalons²⁰

18 Así, RICARD, *op. cit.*, núm. 945, y más gráficamente POTHIER, (*Coutumes d'Orléans*, en *Oeuvres...*, T. X, Paris, 1827, T.X, pág. 470): *...la tradition tant principalement requise pour empêcher les fraudes par lesquelles on voudrait faire passer, pour donation entre-vifs, des donations qui n'en ont pas le caractère, ce défaut ne peut être opposé contre une donation, que par des tiers, o par les héritiers du donateur, et non par le donateur lui-même, qui ne peut être reçu à alléguer sa propre fraude.*

19 Así, BOUTARIC, *op. cit.*, págs. 69 y 70: *...les Auteurs mêmes des Pays Coûtumiers, conviennent que la tradition civile ou réelle, n'est requise que par rapport aux héritiers, ou aux créanciers du Donateur; celui-ci, disent-ils, pouvant être contraint par le Donataire d'effectuer son engagement par la délivrance des choses données, ainsi qu'il étoit par le Droit Romain, auquel les Coûtumes n'ont fait autre changement, sinon en ce qu'elles ont déclare personnel au Donateur l'engagement par lui contracté, & n'ont pas voulu que cet engagement fût transmis à ses héritiers pouvant par cette raison, ce que ne pourroit le Donateur lui-même, opposer la nullité prise de la maxime donner & retenir ne vaut...*

20 Costumbre de Chaalons, art. 64: *Donner & retenir ne vaut, si le donateur decede possesseur des choses données sans en avoir fait délivrance ou acte équipollent à icelle, comme par retention d'usufruit, precaire, ou autrement; mais peut bien le donataire agir par action personnelle à l'encontre du donateur vivant afin d'avoir délivrance de la chose par luy donnée, si le donateur mouroit en la possession de la chose donnée avant l'action intentée, telle donation ne vaut aucunement, & ne peut le*

que, según Ricard²¹, debe aplicarse como regla general en las costumbres que no contengan precepto en contra.

2.2.-Proceso de espiritualización de la tradición.

La tradición real y la tradición por investidura feudal²² no presentan problemas acerca de la publicidad posesoria porque la transmisión de la

donataire agir en vertu d'icelle personnellement ni autrement à l'encontre de l'héritier. Cfr. BILLECART Louis, *op. cit.*, Paris, 1686, pág. 181.

21 BILLECART, *op. cit.*, en el comentario al art 64 Coutume de Chaalons, pág. 181. De manera similar, RICARD, *op. cit.*, núm. 896 y FURGOLE, *op. cit.*, pág. 70. En contra LE PROUST, Pierre, *Commentaires sur les Coustumes du Pays de Loudunois, Saumur, 1612*, pág. 411, había considerado que esta acción concedida al donatario evita el requisito de la tradición, sin embargo hemos de observar que este autor comenta la costumbre de Ludonois que no recoge el principio del *donner & retenir ne vaut* y que, además, tal costumbre no fue nunca registrada por el Parlamento de París con lo que no rige a no ser que las partes se sometan a ella, y se entiende más como recomendación que como ley. Cfr. anotaciones de Toussaint CHAUVELIN y Julien BRODEAU al texto de esta costumbre reproducido en el *Nouveau Coutumier Général*, Mis en ordre...par Ch. A. Bourdot de Richebourg. Paris, 1724, (en adelante, NCG) IV, pág. 711.

22 Este tipo de tradición se realiza normalmente mediante la *saisine* o investidura que el señor feudal da a su nuevo vasallo y por la que se debe una cantidad módica. Posee fórmulas distintas como *vest & devest*, *saisine-desaisine*, *mise de fait*, *adhéritence*, *deshéritence* o *nantissement*. Se exige como única forma para transmitir los derechos reales en la mayor parte del Vermandois, la Picardie y los Países Bajos, llamados, por ello, países de *Nantissement* (Cfr. DENISART, J.B., *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives a la jurisprudence actuelle*, Sexta edición, Paris, 1768, III, pág. 40). Tales formalidades impiden, en la zona en que se exigen, la posibilidad de utilizar las formas de tradición fingida, pues son un requisito intrínseco de la donación entre vivos (Cfr. MERLIN, *op. cit.*, VIII, pág. 501).

Con todo, la palabra *saisine* significa también posesión de la cosa con título para percibir una serie de utilidades, y con protección posesoria que no es, sin embargo un

propiedad y de la detentación material del objeto se producen en un único momento. Así, la zona tradicionalmente denominada *Pays de Nantissement* exige, para la oponibilidad de la donación una tradición por investidura feudal²³, con lo que la necesidad de la tradición en el tema que tratamos se incardina en el tema más general de transmisión de la propiedad.

En cambio, en el resto de costumbres que recogen la máxima *donner & retenir ne vaut*, sólo algunas exigen un desplazamiento real que evite cualquier duda sobre la titularidad de la cosa²⁴. Pero la tendencia, en el siglo XVI durante el periodo de redacción de las costumbres, es admitir con carácter casi general las cláusulas de tradición fingida en la donación, que se hacen equivalentes a la tradición real y implican retención de la cosa donada²⁵.

derecho de propiedad, pero sí que es apariencia de un derecho que se posee respecto de una cosa. Cfr. OLIVIER MARTIN, *Histoire de la coutume de la Prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1925, T.II, págs. 49 y ss.

- 23 Para tal concepto ver nota anterior. Exigen tradición por investidura feudal las costumbres de CHAUMONT EN BASSIGNY, art 7 (NCG, III, pág. 358, redactada en 1509); RHEIMS, art. 221 (NCG, II, pág. 465, redactadas en 1556) y GERBEROY (costumbre local del Bailliage de Amiens), art 87 (NCG, I, pág. 167, redactada en 1567).
- 24 Así, las costumbres de VITRY, châtellenie del Bailliage de BOURBONNOIS, sólo en su redacción antigua -tit. IV, art. 3- (NCG, III, pág. 1195, redactada en 1494-1495); en la costumbre reformada de la zona se suprime la mención a la citada costumbre local y se admiten cláusulas de tradición fingida -cfr. art. 214-(NCG, III, pág. 1247, reformada en 1521); CHAULNY, tanto la redacción antigua -art. 54- (NCG, II, pág. 677, redactada en 1510), como la reforma de 1607 (NCG, III, pág. 682) en el artículo 57; SENLIS, art. 211 (NCG, II, pág. 725, redactadas en 1539), y VALOIS, art. 130 (NCG, II, pág. 796).
- 25 Se pronuncia claramente sobre esta idea la costumbre de MEAUX (NCG, III, pág. 383, redactada en 1560) en el cap. 3, art. 16: *Donation faite à personne capable, retenu au donant l'usufruit de la chose donnée, est bonne & valable, & equipolle telle retention d'usufruit, à vraye tradition réelle & actuelle: tellement que pour la validité de ladite donation, n'est requise autre apprehension de fait.*

En este sentido, las costumbres suelen disponer que para la validez de la donación se exige tradición pero que esta puede realizarse mediante cualquier tipo de tradición fingida, pues ambas —la tradición real y la fingida— cumplen el requisito del desposeimiento o *déssaisissement*²⁶.

La evolución es gradual, se admite primero únicamente la retención del derecho de usufructo, como recogen las costumbres que admiten la tradición fingida en la primera mitad del siglo XVI²⁷; pero luego se suele indicar de

26 Así, claramente, BOURJON (*op. cit.*, p. 110): *La tradition de la chose qui fait l'objet de la donation entre-vifs, est une suite nécessaire, & l'accomplissement que la loi exige du dépouillement réel, que la donation entre-vifs doit opérer...il faut distinguer celle de fait, & celle de droit; lorsqu'elle est présente, c'est tradition de fait, mais celle de droit suffit; c'est une formalité intrinsèque de la donation, sans laquelle il y auroit nullité; c'est par elle que le dépouillement s'effectue... cependant cette tradition nécessaire n'est point incompatible avec la réserve de la jouissance de cette même chose...c'est tradition légale que la coutume a très justement adoptée, & cette dernière tradition, c'est-à-dire lorsqu'il y a réserve d'usufruit, est celle de droit; en effet, cette réserve n'empêche pas le droit présent, résultant de la donation, & que la nue propriété de la chose donnée ne soit passé dans la personne du donataire: & par cette réserve, le donateur ne jouit plus qu'à titre de constitut ou précataire; ce qui est tradition de droit, si ce n'est celle de fait...*

Obsérvese que BOURJON reserva el término *tradition de droit* para señalar la tradición fingida, no usando la terminología de RICARD que para este tipo de tradición utiliza el término "tradition en voye feinte", reservando el otro término para la idea de traspaso definitivo de la propiedad de la cosa., (*op. cit.*, núms. 915 a 918) y sobre la idea de *tradition de droit* que nosotros utilizaremos, vide supra, II.

27 LORRIS, tit. II, art. 6 (Cfr. THAUMASSIERE, Gaspard Thomas de la, *Les anciennes coutumes locales de Berry, et celles de Lorris commentées par...*, Bourges, 1779, pág. 458-459, redactada en 1494); TROYES, art. 128 (NCG, III, pág. 159, redactada en 1509); AUVERGNE, art. 20 (NCG, III, pág. 1170, redactada en 1510); BOURBONNOIS, art. 214 (NCG, III, pág. 1247, segunda redacción en 1521); BLOIS, art. 169 (NCG, III, pág. 1057, redactada en 1523); NIVERNOIS, ch. 27, art. 1 (NCG, III, pág. 1151, redactada en 1534), en esta costumbre, a pesar de mencionarse sólo la posibilidad de retener el usufructo tal cláusula aparece simplemente como modalidad: *Donner & retenir ne vaut s'il n'y a tradition actuelle des choses*

modo general la validez de cualquier cláusula traslativa de la posesión²⁸, ejemplificando la de retención de usufructo, el constituto posesorio y el precario²⁹, como hacen las costumbres más modernas. El cambio de perspectiva se constata en aquellas costumbres que poseen dos redacciones con contenido

données ou chose équipollent à la tradition comme detemption d'usufruit; finalmente, MELEUN, art. 230 (NCG, III, pág. 450, segunda redacción de 1560).

28 Esta es la expresión utilizada expresamente por la costumbre de CLERMONT, chap. 6, art. 5: *Donner & retenir ne vaut, & est requis à ce que la donation soit valable, que le donateur se dessaisisse de la chose donnée, par tradition réelle ou acte équipollent...* (NCG, II, pág. 876, redactada en 1571).

29 Costumbres de BERRY, tit.7, arts 1 a 3 (NCG, III, pág. 947, redactada en 1539); DOURDAN, art. 93, (NCG, III, pág. 128, redactada en 1556); ETAMPES, art. 166 (NCG, III, oág. 103, redactada en 1556); MANTE & MEULLANT, art. 150 (NCG, III, pág. 193, redactada en 1556); MONTFORT L'AMAURY, art. 153 (NCG, III, pág. 151, redactada en 1556); PERONNE, art. 109 (NCG, II, pág. 627, redactada en 1567); SEDAN, art. 110 (NCG, II, pág. 826, redactada en 1568); BAR, tit. 11, art. 167 (NCG, II, pág. 1027, redactada en 1579); BASSIGNY, tit. 14, art. 165 (en, *Coutumes générales du Bailliage de Bassigny*, Nancy, 1761, pág. 47; redactadas en 1580); CALAIS, art. 97 (NCG, I, pág. 6) Esta costumbre fue redactada en 1583 y es muy parecida a la de Paris que rigió directamente en esta zona desde 1571, tras ser reconquistada en 1558 del dominio inglés que le aplicaba su derecho propio -Cfr. anotación de Julien BRODEAU en el NCG, I, pág. 1-.

También recoge todos los tipos de tradición la costumbre de NORMANDIE -art. 446-, redactada en 1583; la explicación a tan tardía redacción es que poseía un conjunto normativo formado por el llamado Tres ancien coutumier Normand y el llamado Grand Coutumier, Summa de ligibus o Summa Maücael, confeccionados en la segunda mitad del siglo XII y respondiendo, en sus concepciones, a los planteamientos del droit Plantagénét, con lo que la redacción oficial en el siglo XVI fue conflictiva - Cfr. CH. BOURDOT DE RICHEBURG en las anotaciones a la costumbre nueva, NCG, IV pág. 59- y el texto resultante, tras la reforma de la costumbre de Paris (1580), adopta sus soluciones en muchas materias como, por ejemplo, en la que nos ocupa.

diferente respecto al *donner & retenir ne vaut*: Así, las de Auxerre³⁰ y Paris³¹ se limitan a enunciar el principio en la primera redacción, mientras que en la segunda admiten cualquier tipo de tradición fingida. De manera similar las de Orléans³² y Sens³³ admiten sólo la reseva de usufructo en la primera redacción, pero amplian a cualquier tipo en la redacción reformada. La recepción de las formas de tradición fingida en la redacción reformada de la costumbre de París —1580— tiene una importancia capital porque su versión de total libetad sobre la fomar de tradición determina uno de los pilares sobre los que se construirá el *droit commun coutumier*, así que tal solución se toma como regla general.

3.-Otros medios de publicidad: la donación simulada.

En este contexto, el brocardo *donner & retenir ne vaut* pierde importancia respecto del efecto de publicidad posesoria, pues la tradición fingida permite que el donante continúe poseyendo la cosa en nombre del donatario y en concepto posesorio diferente del de dueño, pues la cosa ha pasado ya al patrimonio del donatario. Ello comporta que el requisito del *désaisissement* se limita a exigir una inversión del concepto posesorio por parte del donante que puede seguir poseyendo la cosa en concepto distinto del de dueño.

30 Costumbre de AUXERRE, en la redacción de 1507, art. 108, y en la de 1561, art. 217 (NCG, III, pág. 569 y 606 respectivamente).

31 Costumbre de PARIS, art. 160 de la costumbre antigua de 1510 (NCG, III, pág. 20) y 274 de la nueva (NCG, III, pag. 49) de 1580.

32 Cfr. Costumbre de ORLÉANS en NCG, III, art. 222 de la redacción inicial de 1509 (pág. 720), y art. 284 de la redacción reformada (pág. 795). En el proceso verbal de esta costumbre se da por explicación: *...le 284...[est] tiré du dex cents vingt-deux de l'ancien, & ce qui a esté ajouté est pour explication. (ibidem, pág. 822).*

33 Costumbre de SENS en la redacción antigua, art. 101 (NCG, III, pág. 483), y art. 108 de la nueva costumbre (NCG, III, pág. 514).

Así, la admisión de la tradición fingida acaba siendo la mera inclusión de una cláusula en la escritura de donación que escapa totalmente de la función inicialmente prevista; este efecto es especialmente constatable cuando se admite la cláusula "saisine—désaisine" que se limita a constatar el acuerdo formal sobre el traspaso posesorio por el que el transmitente declara despojarse de la propiedad de la cosa y detentarla en nombre de otro, actual titular³⁴.

De esta concepción al traspaso consensual de la propiedad sólo hay un paso: la supresión del acuerdo de desplazamiento posesorio que ya se había convertido en cláusula de estilo, obra de la Escuela de Derecho Natural. Es por ello que Domat³⁵ define la donación como un convenio .

*qui se fait par un consentement réciproque entre le donateur qui se dépouille de ce qu'il donne, pour le transmettre gratuitement au donataire, et le donataire qui accepte ce qui lui est donné***.*

La donación, acto dispositivo, efectúa la transmisión patrimonial en base al acuerdo de donar y recibir entre donante y donatario, sin necesidad de signo exterior de entrega que materialice el transmisión ocurrida.

La situación descrita lleva a asegurar la publicidad de la transmisión que ha operado al donación a través de otros medios como la insinuación³⁶,

34 Cfr. POTHIER, *op. cit.*, VII, pág. 458. Esta cláusula se admite por primera vez en el artículo 278 de la costumbre reformada de Orléans, aunque el autor precisa: *Pour que cette tradition feinte ait lieu, il faut 1 que celui, qui se désaisit par cette clause, soit véritablement en possession de l'heritage qu'il aliene: car on ne peut de désaisir que de ce qu'on possède: 2 il faut que les parties ne fassent par la suite rien de contraire à cette clause: car, nonostant cette clause, le donataire souffrait que el donateur restât par la suite en possession de la chose donnée, cette clause serait de nul effet, et la donation serait nulle parce que donner et retenir ne vaut.* Se apunta la idea que la tradición fingida conduce al problema de la donación simulada.

35 DOMAT, *op. cit.*, Ii, tit. X, pág. 301.

36 DOMAT, *op. cit.*, II, tit. X, pág. 516; DENISART, *op. cit.*, III, pág. 274; MERLIN, *op. cit.*, VIII, pág. 503 y 506.

confirmada como requisito de forma para la donación a partir de la ordenanza de Villiers-Cottèrets de 1539.

Sin embargo, se destaca que la insinuación hecha antes de la muerte del donante no evita el problema de que una donación en documento privado atentase al *donner & retenir* por falta de transmisión efectiva del derecho, es decir, por ser simulada, ya que la insinuación da constancia de la existencia pero no de la realidad de la donación³⁷. Efectivamente, la imposibilidad de constatar fácticamente la donación realizada por el desplazamiento posesorio real, impide que los otros medios de publicidad lleguen a determinar cuando existe un negocio simulado³⁸, peligro al que se ven expuestas mayormente las donaciones toda vez que son disposiciones a título gratuito.

Esta nueva óptica aleja el contenido de la máxima consuetudinaria de la publicidad —ya asegurada por la insinuación— a la simulación de donaciones, es por ello que Dumoulin³⁹ destaca que la donación es nula, por ir contra el *donner & retenir ne vaut*, si el donante guarda la documentación que acredita el desplazamiento posesorio y, por tanto, el de la propiedad. A partir de aquí la doctrina⁴⁰ insiste en este punto porque es burlar el *donner & retenir*, si se dona

37 RICARD, *op. cit.*, núms. 882 y 884.

38 Esta preocupación había llevado a los redactores de la costumbre de CHAULNY a no admitir ningún tipo de tradición fingida, pues tales cláusulas hacían la *donación fictive & de nulle valeur* (Cfr. NCG, II, pág. 682).

39 DUMOULIN, *Repertorium consiliorum juris analytica*, en *Opera...*, *op. cit.*, Cons. 60, núm. 25: *Quod adhuc intelligendum est dummodo actus fiat serio, & relinquitur instrumentum penès Notarius publicos, vel penès amicum donatarii, extra donantis potestatem: secus si donator onnes shedas etiam protocolla penès se trahat in sua potestate, quod est repugnans...quia hujusmodi donatio clandestinitate affectata suspecta est, & multo magis stante consuetudine quod donare & retinere non valeat, ut dixi in C. Paris § 160.*

40 BASMAISON POGNET, Jean de, *Paraphrase sur les coutumes du bas et haut pays d'Auvergne avec des annotations de Charles du Moulin*, Clermont, 1696, pág. 136; PROHET, Claude Ignace, *Les Coutumes du Haut et Bas Pays d'Auvergne*, conferées avec le droit civil, & avec les Coutumes de Paris, de Bourbonnois, de la Marche, de Berry & de Nivernois, Paris, 1765, comentario al art. 20, costumbre de Auvergne pág.

mediante tradición fingida que no comporta publicidad y el donante retiene la documentación siendo dueño de destruir la prueba de la transmisión realizada. Es decir, induce a pensar que, en realidad, la donación ha sido simulada y que el donante da y retiene⁴¹.

Así, la admisión general de las formas de tradición fingida superan la posibilidad de donar y retener en cuanto al desplazamiento posesorio. Pero la máxima no queda en modo alguno vacía de contenido:

Por una parte, la publicidad de la transmisión, en su intento de evitar donaciones simuladas, se centra en un requisito de forma extrínseco como es la imposibilidad de que el donante retenga la documentación del acto dispositivo, y se sigue vinculando al *donner & retenir*.

Por otra, una vez asegurada la transmisión posesoria, la atención se pone ahora en la entidad del derecho transmitido. De manera paradigmática, la segunda redacción de la costumbre de Paris en el artículo 274 cuando define el sentido del *donner & retenir ne vaut*, añade, al lado de la necesidad de tradición, la imposibilidad que el donante se reserve la *liberté de disposer de la*

113; DELALANDE, *op. cit.*, comentario al art. 283, costumbre de Orléans, núm.6, pág. 602; BASNAGE, *op. cit.*, comentario al art. 445, costumbre de Normandía, pág. 293; DUPLESSIS, *op. cit.*, comentario a la costumbre de Paris, pág. 556; LA VILLETTE, *op. cit.*, pág. 90; LA THAUMASSIERE, *op. cit.*, pág. 581; RICARD, *op. cit.*, núm. 1037.

41 D'ARGENTRE, (*Commentarii in patrias Britonnum leges seu consuetudines generalis antriquissimi ducatus Britanniae*, Paris, 1615, comentario al art. 226), afirma que sólo debe ser nula la donación si el donante retiene el documento público en donación hecha a un ausente y aún no aceptada, pues después de la aceptación no es posible atentar a la transmisión efectivamente producida. Esta precisión desconoce el alcance que quiere darse a la máxima consuetudinaria que abarca cualquier disminución del derecho dado, es por ello que al autor, en el comentario al artículo 445 de la citada costumbre, afirma que es un precepto de derecho común.

*chose donnée*⁴². Si el donante puede disponer de la cosa, no da sino que retine y la donación es nula. La máxima consuetudinaria, a través del concepto de facultad de disponer, exige ahora un efecto dispositivo pleno que tiene en cuenta, no el desplazamiento posesorio sino la transmisión real del derecho de propiedad⁴³.

42 Nouvelle Coutume de Paris, art. 274: *C'est donner et retenir, quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée, ou qu'il en demeure en possession, jusques son décès*, (NCG, I, pág. 49).

El artículo 283 de la costumbre de Orléans en la segunda redacción es una copia de este, y en sentido prácticamente idéntico los artículos 217 de la costumbre de Auxerre, y 108 de la Costumbre de Sens, también en la segunda redacción.

43 DUPLESSIS (*op. cit.*, pág. 556) resume perfectamente el estado de la cuestión respecto al cambio de sentido de la máxima consuetudinaria y la incardinación del problema de la publicidad posesoria en el tratamiento de la libertad de disponer: **Or comme un homme peut ainsi donner et néanmoins conserver la jouissance de la chose donnée, par la réserve d'usufruit, jusqu'au jour de son décès, on demande, où se vérifie donc la règle donner et retenir ne vaut? Je réponds, qu'elle se vérifie en deux cas. Le premier quand le donateur est demeuré en jouissance jusqu'au jour de son décès, ou même jusques dans la maladie du décès... -Aunque es válido que el donante goce de la cosa dada hasta su muerte si el donatario ha tomado antes posesión real, para darla luego al donante, porque esta nueva posesión es sólo precaria-*

Le second cas est, quand le donateur demeure en faculté, jusqu'au jour de son décès, de disposer de la chose donnée, au préjudice de la donation; ce qui arrive de deux manières: La première quand il demeure saisi de la minute du contrat jusqu'à la mort, la pouvant déchirer quand il veut. La seconde quand il y a clause expresse dans la donation, par laquelle il se réserve la faculté de disposer de la chose donnée, ou quelque autre essentielle, par le moyen de laquelle cette liberté lui fuit tacitement laisse.

II.—Tradition de droit: *del efecto dispositivo pleno al efecto adquisitivo cierto.*

Una vez liberado el *désaisissement* de su carga de traspaso posesorio y, por tanto, fáctico o material, se pasa a su la noción de transmisión en términos exclusivamente jurídicos y se convierte en la exigencia de la transmisión de la propiedad de la cosa del patrimonio del donante al del donatario, nuevo titular.

1.-*El efecto transmisivo de la donación y la tradition de droit*

Este nuevo requisito se expresa también a través de la máxima consuetudinaria. Así, el sincrético *donner & retenir ne vaut* pasa a significar la necesidad que el *désaisissement* produzca el efecto dispositivo/adquisitivo propio de la donación 44: es decir, que de ella resulte la transmisión de la propiedad. Tal requisito que viene, pues, a sustituir la tradición a efectos de publicidad posesoria.

El principio aparece enunciado de forma negativa: no puede el donante atender al efecto transmisivo propio de la donación porque ello significa mantener la propiedad del objeto y sería, gráficamente, *donner & retenir*.

La expresión sintética para exigir el efecto dispositivo/adquisitivo de la donación se debe a Ricard, que para indicar el segundo significado de la máxima se refiere a *tradition de droit*. El autor hace un paralelismo entre el requisito del desplazamiento posesorio, o *tradition de fait*, y la transmisión total y

44 DELALANDE (*op. cit.*, comentario al art. 283 de la costumbre de Orléans, núm. 4): *Donner & retenir s'entend lorsque le donateur ne fait aucun dessaisissement, & a toujours jöüi, & est mort en possession sans avoir livré les choses données, mais que le donateur s'est réservé pouvoir d'en disposer, par exemple, de les vendre en cas de nécessité...* En el mismo sentido FERRIERE, *op. cit.*, pág. 306; y POCQUET DE LIVONNIÈRES, *Regles du droit français*, Paris, 1768, pág. 444.

absoluta del derecho que tenía el causante en relación a la cosa donada oponiendo claramente transmisión de la propiedad y de la posesión⁴⁵.

La *tradition de droit* implica que el donatario devenga *maître & propriétaire* de forma plena, pero también que lo sea definitivamente, no estando en poder del donante dejar en suspenso la donación, es decir, de revocarla⁴⁶. Ambos requisitos aparecen claramente especificados mediante la

45 RICARD, Jean M. (*Traité des donations entre-vifs et testamentaires*. T.I, Paris, 1713, n. 896) *...il faut non seulement que el donateur mette son donataire en possession de ce qu'il lui donne; mais aussi qu'il ne dépende de plus de sa volonté revoquer sa donation, & la rendre sans effet; c'est à dire, qu'il y ait tradition de droit & de fait... la retention opposée à la condition absolument neccessaire pour la perfection d'une donation entre vifs, est causée pour les deux moyens expliquez par notre article -274 de la costumbre de Paris reformada-(...) la reserve de disposer par le donateur de la chose donnée & la retention de la possession qui dépendent de deux differents principes...* Es así evidente que la expresión "tradition de droit" no se refiere a la noción de tradición fingida como luego utilizará BOURJON, (op. cit., pàg. 110), que RICARD denomina "*tradition par voie feinte*" (*ibidem*, núms. 315 a 318). Así, MERLIN (*Répertoire...*, op. cit., VIII, pàg. 484), desautorizando la expresión de RICARD, desconoce el auténtico alcance innovador y definitorio que este pretende atribuir a la expresión.

46 Cfr. RICARD op. cit., n. 900, 940, 942 y 971. La misma idea se percibe en otros autores que distinguen lo que se califica al efecto dispositivo y aquello que determina la extensión del efecto adquisitivo: Así, BASNAGE (op. cit., comentario al art. 445 de la C. de Normandía); y, especialmente ARGOU, Gabriel, (*Institution au droit français*, 3^a ed., Paris, 1710, pàg. 247: la donación implica que el donante *se dépouille de tout le droit qu'il a sur la chose donnée y que s'ôte en même temps la liberté de pouvoir la revoquer*. Destaca también este doble requisito y FERRIERE (op. cit., II, pàg. 296).

LE MAISTRE, Pierre (*La coutume de la prevosté et vicomté de Paris*, Paris, 1700, p. 358) simplifica la idea para afirmar que *la donation est toujours irrevocable, en ce qu'il n'est pas permis au donateur de faire de nouvelles libéralités de ses biens*, expresión que implica la imposibilidad de reservarse la facultad de disponer para producir el efecto dispositivo pleno.

fórmula de convertir al donatario en propriétaire incommutable en vertu de la donation⁴⁷, que utiliza el propio Ricard.

Este enfoque significa una dualidad de requisitos para la validez de la donación, en la esfera de la *tradition de droit*:

- de una parte se exige al donante un efecto dispositivo pleno que convierta al donatario en propietario;
- de otra, se impone al donante la necesidad de determinar exactamente el efecto adquisitivo del donatario en el propio título de donación, de lo que deriva su certeza.

Estos dos puntos de análisis vertebran el tratamiento de la donación inter vivos en el antiguo derecho de costumbres francés aunque poniendo sucesivamente el énfasis en uno u otro.

2.-Donación y facultad de disponer.

El efecto dispositivo pleno es la expresión del necesario traspaso de la propiedad de la cosa que debe operar la donación de forma que el donante transmite el derecho que tenía sobre ella antes del acto de disposición. Este efecto es compatible -como ya hemos indicado antes⁴⁸- con la posibilidad que el donante mantenga la posesión de la cosa, incluso el de gozar y percibir todas sus utilidades como usufructuario, pues ello no estorba la consideración del donatario como dueño de ella. Lo que no se admite es que el donante pueda disponer de aquello que da: sólo la facultad de disponer individualiza al propietario⁴⁹. Así, la vinculación de la donación a la pérdida de la facultad de

47 RICARD, *op. cit.*, n. 1004.

48 Cfr. *supra*, I, epígrafe 2.

49 BASMAISON POGNET (*op. cit.*, p. 136) expresa claramente esta idea: *...donner ses biens entre-vifs subs reservation d'en pouvoir disposer, telle reservation rend du tout inutile le contract par ce fondement & regle perpetuelle donner & retenir ne vault par la*

disponer de la cosa es lo que califica el efecto dispositivo como pleno. En palabras de Masuer, la donación es nula por ser *donner et retenir* si

donator retineat quod rem quandam dedit possit vendere per sua necessitas aut alias..."⁵⁰

2.1.-Donación e imposibilidad de disponer de bienes ajenos.

La idea que la facultad de disponer anula el resultado dispositivo al que tiende la donación es —como hemos señalado— inicialmente afirmada por Masuerius, autor de un tratado de práctica forense a mediados del siglo XIV en el que destaca la imposibilidad de disponer de aquello que se ha donado como segundo significado de la máxima consuetudinaria ya tan citada.

Este razonamiento que contrapone donación y reserva de la facultad de disponer deriva de aplicar a la donación normas dirigidas a otra figura —la institución de heredero o *thinx* de la época franca— que regula las facultades

coutume non plus que de droict, ainsi infecte entierement la donation par opposition contraire d'une disposition á l'autre, car doner est transferer liberement la chose donnée & retenir par mesme contexte en pouvoir disposer c'est revoquer sa donation retenir en donant.

⁵⁰ Cfr. MASUERIUS, Ioannes, *Aureus ac per utilis tractatus Masuerii, iudiciorum praxim, haud contenendas consuetudines curieque Parlamenti supreme ac aliarum curiarum stilum continens*, Caen, sin fecha, folio LXI.

Masuer vivó en Auvergne el segundo tercio del siglo XIV, y su obra fue traducida al francés a partir de 1483 con el título de *Coutumier d'Auvergne* y fue considerada como tal hasta la redacción oficial de la costumbre en 1510 ya que la doctrina entendió que contenía las reglas más importantes del derecho de costumbres de la región, ello hace que su mención de la reserva de la facultad de vender no sea meramente anecdótica y aún menos si se tiene en cuenta que este enfoque fue fielmente seguido en la redacción de la costumbre de Auvergne. Para más indicaciones véase TARDIF, Adolphe, *Histoire des sources du droit français*, reimpr. de la edición de Paris 1890, Aalen, 1974, pàg. 450 y 451.

dispositivas de bienes propios del instuyente antes de la eficacia de la institución contractual de heredero para no defraudarla. Así, se evitaba el conflicto antes descrito entre donación y reserva de la facultad de disponer. Tales normas, transportadas al campo de la donación, y por tanto, descontextualizadas, conducen a la necesidad de justificar porque no se permite la disposición de bienes ajenos, es decir, de aquellos donados.

En efecto, Pithou⁵¹ apunta que el primer lugar en que se relacionan donación y facultad de disponer para determinar la nulidad del acto dispositivo es en el artículo primero una capitular de Carlomagno añadida a la *lex Longobardorum*. Masuer la habría recogido y adaptado al texto de la máxima *donner et retenir ne vaut* con el resultado de unir a la necesidad de tradición como desplazamiento posesorio la imposibilidad de reservarse el derecho de disponer. El texto de la citada capitular es el siguiente:

Si...cartam donationis cuilibet facere voluerit, non, sicut actenus fieri solebat, ius sibi vendendi, commutandi et per aliam cartam easdem rei alienandi reservet, sed absolute facias unusquisque de rebus suis quid velit...52

Como hemos adelantado, y a pesar de la literalidad del párrafo, el texto citado no se refiere a una donación en la que el donante se reserve la facultad de disponer, sino a una institución contractual de heredero que comportará un régimen específico para la disposición de los bienes del instuyente. En efecto, la capitular que contiene el párrafo que hemos reproducido corrige el artículo 173 del Edicto Rothari⁵³ incluido en la *lex longobardorum* que regula la institución contractual de heredero o *thinx*.

51 PITHOU, Pierre, *Les coutumes du Bailliage de Troyes en Champagne*, Troyes, 1609, pág. 279.

52 Cfr. *Monumenta germaniae historica*. Editado por Alfredus BORETIUS, *Legum sectio II, capitularia regum francorum*, T.I, Hannoverae, 1883, pág. 205.

53 El Edicto Rothari es uno de los grupos de leyes que componen la *lex longobardorum*, formada por la legislación dada bajo el reinado de ese monarca.

Thinx —o *garethinx*— denomina tanto a la asamblea de hombres libres del pueblo longobardo cuya misión es dar solemnidad y valor jurídico a algunos actos, como a la institución de heredero que aquí tratamos que, precisamente, debe realizarse ante la asamblea. Así, el *thinx* es la institución de heredero a favor de un extraño en relación al disponente cuando este temía morir sin hijos⁵⁴ y el pueblo en asamblea es llamado a intervenir como testigo⁵⁵.

En este contrato deben destacarse dos aspectos distintos:

- 1.— La institución en la cualidad de heredero, que se considera irrevocable, sin que el heredante pueda nombrar un nuevo heredero a no ser que el nombrado incurra en una de las causas que comportan desheredación⁵⁶.
- 2.— La transmisión efectiva de los bienes al patrimonio del heredero que admite dos variantes:
 - a) La posibilidad de transmitir inmediatamente los bienes que en el momento de la institución tenga el thingante -es decir, quien instituye heredero-, aunque a menudo éste conserva el usufructo de los bienes. En este caso, no se plantea problemas acerca de las facultades dispositivas del disponente, pues los bienes ya no son suyos.

⁵⁴ En este sentido SCHUPFER, Francesco ("La familia presso i longobardi", *Archivio Giuridico*, I (1868), pág. 166) lo califica directamente como *adoptio in hæreditate*. Los francos disponían de una figura análoga: la *affatomia*. Cfr. LEPOINTE, Gabriel: *Droit romain et ancien droit français. Régimes matrimoniaux. Libéralités, Successions*. Paris, 1958, pág. 175 y 176.

⁵⁵ PAPPENHEIM, Max (*Launegild und Garethinx. Ein Beitrag zur Geshichte des germanischen Rechts*. Reproducción de la Edición de Breslau, 1882, Aalen, 1970, págs. 28, 31 y 45) clasifica en tres las funciones del *thinx* en cuanto asamblea pública que da estabilidad al acto: ley —en cuanto legisla—, manumisión de esclavos y transmisión de la propiedad.

⁵⁶ Así lo dispone claramente el artículo 174 del Edicto Rothari: *Non liceat donatori ipsum thinx, quod antea fecit, iterum in alium hominem transmigrare: tantum est, ut ille qui garethinx, susceperit, tales culpas non faciat donatori suo, quales solent ingrati filii parentibus suis facere, per quas exhaereditantur...* Cfr. *Monumenta...*, *op. cit.* III, pág. 40.

b) El segundo tipo, el llamado *thing mit lidinlaib*⁵⁷, es el caso normal: En esta modalidad el patrimonio del thingante no se transmite hasta el momento de su muerte⁵⁸. En este caso, es necesario limitar las facultades dispositivas del thingante, que continua siendo propietario, para evitar que el derecho a la herencia del instituido no quede frustrado en el momento de la eficacia de la institución⁵⁹.

Esta es la norma que establece el artículo 173 del Edicto Rothari:

*Ecce vedis, quia necessitate compulsus res istas vado dare; si tibi vedetur, subveni mihi et res istas conseruo in tuam proprietatem. Tunc si noluerit subuenire, quod alii dederit, sit illi stabilem et firmum qui acceperit*⁶⁰.

Así, no puede dispersarlos dolosamente contra el derecho del instituido, y sólo puede venderlos, darlos en prenda o hipotecarlos en caso de necesidad, y aún si el instituido no decide socorrerlo. Así, los actos del *thingante* sólo son eficaces si el instituido le niega alimentos.

Es, pues, evidente, que el citado Edicto no permite la disposición de los bienes donados, es decir, no faculta al donante para disponer de bienes ajenos. Al contrario, se limitan las facultades dispositivas del dueño ya que la institución de heredero que comprende todo el patrimonio no le quita la titularidad de los bienes, pero le obliga a administrarlos de forma correcta para preservar su sustancia. En un concepto moderno, podemos afirmar que se le

57 Cfr. PAPPENHEIM, *op. cit.*, pág. 48; PERTILE, Antonio, *Storia del diritto italiano. Vol. IV, Storia del diritto privato*, 2 ed., Bolonia..., (rep. anastático 1965) pág. 4; y SCHUPFER, Francesco; "Launegildo e Garethinx. A proposito dell'opera de M. Pappenheim" *Archivio Giuridico*, XXXI, (1883), pág. 509.

58 Así, el artículo 174 del citado Edicto afirma: *Ipse autem qui Garethinx suscepit ab alio quidquid reliquerit donator in diem obitus sui, habeat licentiam in suum dominium recolligere...*, o sea puede tomar por sí sólo la posesión de los bienes en el momento de la muerte.

59 Cfr. PAPPENHEIM, *op. cit.*, pág. 51.

60 Cfr. *Monumenta Germaniae historica...*, *ibidem*.

concede la posibilidad de realizar actos dispositivos que entran en el concepto de administración económica, destinada a conservar el patrimonio.

En este contexto, la capitular carolingia que impide realizar donaciones *ius sibi vendendi, commutandi & per aliam cartam eandem rem alienandi reservet*, vendría a corregir la práctica extendida de convertir el *thinx* con *lidinlaib* en una simple donación mortis causa revocable, de forma que no concedería la cualidad irrevocable de heredero, sino, simplemente, un título atributivo de bienes eventual en el momento de la muerte, perdiendo uno de los efectos que el edicto Rothari le atribuía: el título firme de heredero contractual.

Así, cuando la capitular manifiesta :

sed postquam de rebus suis unam traditionem fecerit, aliam de ipsis faciendi nullam potestatem habeat

se destaca que la institución contractual confiere la cualidad irrevocable de heredero, en contra de la donación mortis causa que es un título revocable a libre voluntad del donante y hasta su muerte no confiere un derecho cierto. La capitular carolingia pretendería, pues, corregir la desviación que se había producido respecto de la verdadera institución de heredero que prescribía el Edicto Rothari en el artículo art. 173.

La práctica de la donación mortis causa no asegura al donatario la existencia de patrimonio alguno que suceder⁶¹, ni quita al donante la facultad de disponer de tales bienes ni inter vivos ni mortis causa y a su libre albedrío. La capitular carolingia, que revitaliza la institución de heredero, se refiere siempre a la transmisión de bienes que acompaña a la institución contractual y exige volver a la fórmula de entrega inmediata de los bienes⁶² en contar del *thinx* con *lidinlaib*, como recurso para evitar la corruptela de acudir a la donación mortis causa que no vincula al donante. Luego cuando el texto habla de reserva del derecho de vender o pignorar lo hace en relación con la

⁶¹Así, PERTILE, op. cit., IV, pág. 6 y 7.

⁶² Según SCHUPFER ("Launegildo e Garethinx", op. cit., pág. 510) esta era la manera primitiva de realizar el *thinx*.

institución de heredero que sólo transmite los bienes al momento de la muerte para condenar su uso por el peligro de que la institución deje de ser irrevocable⁶³. Sin embargo, nunca se pensó en aplicar esta disposición a una donación en la que el donante se reserva la facultad de disponer.

En los siglos XII y XIII, caracterizados por la decadencia intelectual, el derecho se amparaba en formularios que servían de modelo confundiendo a veces instituciones romanas y germánicas, y formando un derecho nuevo, casi

63 Con todo, es cierto que el texto ha sido utilizado en el sentido de entender que tal precepto se relacionaba con la necesidad de una donación irrevocable. Pero no parece demasiado posible: CONSTANT, (*op. cit.*, pág. 48 y ss.) afirma que *Charlemagne exagère peut être ici le sens naturel de l'irrévocabilité et cela sans doute sous l'influence du droit Lombard qui, bien avant les Coutumes, avait adopté le fond de la maxime Donner & retenir ne vaut*. A pesar de esta opinión, ya hemos visto como tal derecho no se refería a la donación ni a su irrevocabilidad.

Los historiadores de la máxima consuetudinaria se han esforzado, pues, en hallar las raíces de este segundo sentido -que ellos califican como irrevocabilidad (sobre tal concepción vide nota 1 de este capítulo) en la legislación germánica para dar una apariencia de realidad a la interpretación de los juristas del siglo XVI sobre el texto de las costumbres. Es por ello que se vincula también a la necesidad de parar una práctica extendida en los siglos XII y XIII de conceder poca firmeza a las transmisiones realizadas.

En efecto, DESJARDINS (*op. loc. cit.*, pág. 320 y ss.) explica este segundo sentido de la máxima *donner & retenir ne vaut* como surgida por la necesidad de dar firmeza a las donaciones en una época en que se estilaba la resolución de los actos jurídicos por la mera y única voluntad de uno de los contratantes y, aún en el mejor de los casos, se introducía la cláusula de *donner a tel son rapiau* que pactaba la posibilidad de deshacer la donación ya realizada. (Cfr. OURLIAC, Paul- GAZZANIGA, Jean Louis. *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*. Paris, 1985) Tal idea venía reforzada por un texto de *La somme rurale* de Jean BOUTILLIER, Paris, 1480 (fol. LIIII) donde afirmaba: *Et les dons que se font entre les vifz ne se peuvent rappeller selon les costumes....* Sin embargo, tal argumento más parece convenir a la diferenciación de las donaciones inter vivos de las mortis causa y ya hemos visto como el sentido histórico del *donner et retenir ne vaut* se relaciona con la facultad de disponer y no con la irrevocabilidad.

intuitivo, que luego formará el cuerpo de *droit coutumier*⁶⁴. Por ello, no sería extraño que la citada capitular carolingia, por su tenor literal y por mor de la descontextualización de la norma jurídica que contenía, llegase a crear la prohibición de donar y reservarse la facultad de disponer de aquello donado, interpretando que la norma se refería a una donación y no a una institución contractual. Tal "costumbre" plantea el problema, nada baladí, de como articular la posibilidad de disponer de bienes ajenos, es decir, de aquellos donados que, en esta época determina la nulidad del acto dispositivo.

2.2 La libre disposición de la cosa y la donación: doctrina consuetudinaria.

La unión de donación y facultad de disponer que realiza Masuer incorpora su contenido al análisis a la máxima *donner & retenir ne vaut*, poniendo los cimientos para que, al lado de la *tradition de fait*, la máxima exija también la *tradition de droit* en relación con el concepto de reserva de la facultad de disponer. Este elemento es importante porque no queda aislado ni es estéril: Al contrario, en la redacción de las costumbres que tiene lugar durante todo el siglo XVI el principio es ampliamente recogido.

En efecto, entre las costumbres del Parlamento de París, se distinguen algunas que plasman el doble contenido de la regla anunciada, pero pueden distinguirse dos grupos:

Al Norte, las costumbres que se hacen eco de la facultad de disponer en oposición a la donación se refieren a ella como principio general, que se ha convertido en único contenido de la máxima, así en las costumbres de Rheims,

⁶⁴ Cfr. DUMAS, Auguste: *Histoire des obligations dans l'ancien droit français*. Publications de la Faculté de droit et sciences politiques d'Aix en Provence, 1972, pág.

Sens, Melun, Auxerre, y Clermont en Beauvoisis⁶⁵. Tales costumbres se redactan en la segunda mitad del siglo XVI bajo la presidencia de Cristofle de Thou y a excepción de la de Rheims, las restantes son reformas de la costumbre antigua de la zona y en todas ellas la mención a la imposibilidad de disponer de los bienes donados se añade al lado de la regulación de la tradición, que es el significado inicial.

Al sur, en lo que los autores llaman grupo central y grupo nivernais⁶⁶, cercanas a la zona de derecho escrito, por lo que éste tiene influencia notable en el primer grupo señalado, algunas costumbres contienen un tratamiento plural de la necesaria transmisión de la propiedad de la cosa donada para dotar de validez al acto dispositivo: además de prohibir la reserva de la facultad de disponer —así en las costumbres de Auvergne⁶⁷, Bourbonnois⁶⁸ y

⁶⁵ Cfr. costumbre de Rheims, art. 231 (NCG- II, pág. 465, redactada en 1509; costumbre reformada de Sens, art. 108, (NCG, III, pág. 514, redactada en 1555); costumbre reformada de Melun, art. 230 (NCG, III, pág. 450, redactada en 1560); costumbre reformada de Auxerre, art. 217 (NCG, III, pág. 606, redactada en 1561) y costumbre de Clermont, cap. VI, art. V (NCG, II, pág. 876, redactada en 1571).

La antigua costumbre de Bourbonnois -redactada en los años 1493 y 1494, pero que no se publica oficialmente hasta 1500- se refería en el art. 211 a la facultad de disponer como único contenido de la máxima al igual que las demás costumbres ya citadas. Pero la reforma de tal costumbre en 1521 se lleva a cabo, entre otras cosas, para añadir artículos omitidos en la primera redacción (así, KLIMRATH, *op. cit.*, p. 15), nueva redacción de la que resulta un doble tratamiento del *donner & retenir ne vaut*, por lo que la primera opción queda descartada. A este respecto, el proceso verbal que acompaña a la reforma de tal costumbre no contiene ninguna indicación. (Cfr. NCG, III, pág. 1247 y ss.).

⁶⁶ KLIMRATH, *ibidem*.

⁶⁷ Costumbre de Auvergne, Chapitre XIV, art. 18: *Si aucun fait donation entre vifs, universelle ou particulière d'aucuns biens, & retient la disposition d'iceux à son plaisir & volonté, telle donation est nulle car c'est donner & retenir, qui ne vaut par la dite coutume* (NCG, III, pág. 1170).

Tal redacción implica la recepción de la idea de Masuerius sobre la oposición donación/facultad de disponer.

Nivernois⁶⁹— se juzga contraria a la esencia de la donación la cláusula que imponga al donatario pagar todas las deudas del donante entendiendo que el donante retiene de igual forma la cosa si, aunque no se reserve la facultad de disponer de ella, puede imponer al donatario que asuma sus deudas porque significa comprometer un patrimonio ajeno⁷⁰. Esta idea, desarrollada por los juristas de la época, determinará el concepto de reserva de la facultad de disponer tácita, a lado de la reserva expresa que recoge el primer grupo de costumbres señalado.

Con este doble alcance de la máxima *donner & retenir ne vaut* queda definitivamente determinado y a su vez, la radical oposición donación/reserva de la facultad de disponer, pues también en todas ellas, en el proceso verbal que conduce a la aprobación definitiva del redactado de los artículos, se justifica el añadido a propuesta de los tres estados para ayudar a la mejor comprensión de la máxima *donner & retenir ne vaut* y aún a veces se destaca que, a pesar de la innovación en el redactado, es una norma desde siempre observada; argumento que, aún a falta de texto anterior que modificar, se encuentra también en la costumbre de Rheims.

Esta aparente unidad en el tratamiento del tema, pero que esconde ciertas divergencias, recibe su consagración definitiva, y la justificación de nuestro estudio pormenorizado, al ser acogida en la reforma de la costumbre de París en 1580 que dice textualmente en su artículo 274

68 Art. 212 de la Nueva costumbre de Bourbonnois, NCG, III, p. 1247: *Donner & retenir... est quand le donateur retient puissance de pouvoir disposer quand bon luy semblera de la chose donnée...*

69 Art. 2 del capítulo 27 de la costumbre de Nivernais -NCG, III, p. 1151: *...donner une chose & retenir la disposition d'icelle ne vaut, par ce que c'est taisiblement donner & retenir.*

70 Cfr. Coutume d'Auvergne, art. 19 - NCG, III, pág. 1170-; Bourbonnois, art. 212 final -NCG, III, pág. 1247-Nivernois, art. 3 -NCG, III, pág. 1151.

C'est donner & retenir, quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement sur la chose donnée...71

Este artículo de la costumbre de París tiene una importancia fundamental pues por su carácter de costumbre general, da a la máxima consuetudinaria una expresión invariable y global de lo que debe entenderse por *donner & retenir*⁷² preparando la transformación la identificación *liberté de*

71 Cfr. Nouvelle Coutume de Paris, art. 274 -NCG, III, p. 49- redactada en 1580. Con esta costumbre se acaba la tarea legisladora de THOU, primer presidente del Parlamento de París que se encarga de la redacción de las costumbres desde 1555 a 1581 -cfr. FILHOL, René, *Le premier Président Cristofle de Thou et la formation des coutumes*, Thèse pour le Doctorat, Paris, 1937, pág. 174 y ss., pero su espíritu perdura pues tal artículo se recoge literalmente en la reforma de las costumbres de Orléans -art. 283, NCG, III, p.795,- y de Normandía -art. 445, NCG, IV, p.83, ambas redactadas en 1583.

72 Así, BEAUNE (*Droit coutumier françois. Les contrats*, Paris-Lyon, 1889, pàgs 87 y 95) afirma que la reforma de 1580 de la costumbre de París *...fit loi pour le reste du royaume...* y, por ello, los autores en el comentario de costumbres que no contienen una referencia a la facultad de disponer, suplen el silencio invocándolo como principio general por estar recogido en la costumbre de París: Así, BRODEAU, en las anotaciones a la costumbre de Péronne, se refiere a la reserva del poder de disponer por testamento en el comentario al art. 109 de la costumbre que se limita a establecer la necesidad de tradición (NCG, II, pàg. 627, nota a). Y POUILLAIN DU PARC, (*La coutume et la jurisprudence coutumière de Bretagne dans leur ordre naturel*, Rennes, 1749) al comentar el art. 216 de la costumbre de Bretagne de análogo contenido, añade: *rendroit la donation nulle, suivant la règle donner & retenir ne vaut, si le donateur s'étoit réservé le droit de disposer librement de la chose donnée.*

Sobre la literalidad de la expresión *donner & retenir ne vaut* véase PROUST, Pierre le, *Commentaires sur les Coustumes du Pays de Loudunois*, Saumur, 1612, pág. 111; PROHET, *op. cit.*, pág. 113; BASNAGE, *op. cit.*, pág. 295; LE CARON, Claude (père), *Commentaire sur les coutumes du Gouvernement de Péronne, Montdidier et Roye, par...* en *Le coutumier de Picardie*, II, 1726, pág. 41; VILLETTE, *op. cit.*, pág. 90; DUPLESSIS, *op. cit.*, pág. 555, LAURIÈRE, Eusèbe de, *Textes des Coutumes de la Prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1777, pág. 328.

disposer- retenir en un principio general de derecho consuetudinario⁷³ que informa la regulación de las donaciones inter vivos. Ello será posible porque la labor investigadora de los autores, formados en el *droit savant*, utiliza el texto de las costumbres como objeto de análisis dogmático por primera vez⁷⁴ y, a través del comentario exegético, crean la doctrina consuetudinaria⁷⁵ en busca del nuevo *droit commun coutumier*⁷⁶.

73 Así, los autores de obras con pretensión ser tratados sistemáticos de todo el derecho de costumbres que se alejan del texto de una costumbre determinada y tienden a la enunciación de principios universalmente válidos para crear un nuevo *droit commun*: ARGOU (*op. cit.*, pág. 275 y 276): *le donateur ne peut pas donner entre-vifs, & se réserver en même temps la faculté de disposer*; FERRIERE, (*op. cit.*, pág. 309) declara que el donante no ha realizado la donación *s'il en peut disposer au profit de tout autre*; y POCQUET DE LIVONNIERES (*op. cit.*, pág. 245): *on appelle donner & retenir, lorsque le donateur se retient la liberté de disposer directement ou indirectement de la chose donnée.*

74 *Constatées dans des écrits authentiques, les coutumes s'appliquaient comme le droit romain sur des textes que l'on pouvait commenter. Les jurisconsultes s'attachèrent à les interpréter, selon les procédés des docteurs, afin d'en déterminer les principes généraux.* Cfr. DUMAS, *op. cit.*, pág. 11.

75 Como afirma CHENON, (*op. cit.*, págs. 292 y ss., y 321) la redacción de las costumbres significó certidumbre, estabilidad y fin de la diversidad para el derecho consuetudinario. Así, la estabilidad, el desarrollo de una jurisprudencia constante y la progresiva uniformidad apuntan a la creación de un derecho común consuetudinario en un conjunto ordenado y sistemático que constituye la base de la legislación moderna.

La certidumbre, además, permitió un estudio profundo sobre las instituciones así, DUMAS (*op. cit.*, pág.10) opina que la redacción oficial de las costumbres les dió, además de la autoridad legislativa que tanto convenía al poder real, la precisión necesaria para que fuese posible su estudio; pero el proceso es cíclico porque, en sus mismas palabras, *...remarquez que cette oeuvre -la redacción oficial- ne put se faire que parce que trois siècles d'enseignement universitaire avaient formé des jurisconsultes.*

76 En Francia el concepto de "derecho común" ha tenido históricamente dos acepciones: en los siglos XIV y XV, de tendencia romanista, el derecho común era el romano que

En el estudio de la máxima que nos ocupa, la doctrina se encarga de precisar el concepto de reserva de la facultad de disponer expresa y tácita, y su radical oposición al efecto dispositivo propio de la donación.

3.-Efecto dispositivo pleno:

La reserva de disponer expresa.

3.1 Donación y ius disponendi

La reserva de disponer expresa representa reservarse el donante, de forma explícita, la posibilidad de disponer ulteriormente de la cosa en la línea ya anunciada por las costumbres citadas y recogiendo la tradición de Masuerius acerca de la interpretación de los textos de la época franca.

permitía completar las costumbres que eran un ordenamiento fragmentado. Sin embargo, a lo largo del siglo XVI y gracias a su redacción por escrito, las costumbres fueron cada vez más objeto de estudio permitiendo la interpretación y comparación a fin de determinar los principios generales: eran los primeros pasos para la formación de un *droit commun coutumier* que será el nuevo derecho común. (Cfr. MARTINAGE-BARANGER, *Bourjon et le Code civil*, Paris, 1971, págs. 35 y 36).

Así, DUMOULIN en su *Oratio de concordia & unione consuetudinum Franciæ* (en *Opera...*, *op. cit.*, T. II), propone la redacción de una costumbre general sobre la base de la costumbre de Paris, línea que seguiría Bourjon en su obra, de título significativo, *Droit commun de la France selon la coutume de Paris réduits en principes*. Paris, 1780. Otro intento de creación de un derecho consuetudinario es la obra de LAMOIGNON que, encargada para ser un auténtico código de derecho consuetudinario por Luis XIV, acabó publicándose como obra doctrinal privada (*Les arrêts du président de Lamoignon*, pero que fue utilizada como estudio general durante el siglo XVIII (Cfr. OURLIAC-GAZZANIGA, *op. cit.*, pág. 159). Esta labor respecto de las costumbres y las Ordenanzas reales que unificaban ciertos aspectos del derecho consuetudinario ponen las bases de la codificación napoleónica.

Sin embargo se produce un cambio de perspectiva porque la doctrina reconduce el análisis de los textos consuetudinarios a las categorías del *droit savant*, de lo que resulta una nueva lectura de la cuestión que nos ocupa: el donante no da sino que retiene si puede disponer de la cosa porque tal facultad corresponde sólo al propietario y así el efecto transmisivo de la donación queda suprimido⁷⁷.

En efecto, la posibilidad de disponer de bienes ajenos es incompatible con la noción de dominio soberana en la Francia en el siglo XVI que considera al *ius disponendi* como determinante de la idea de propiedad.

Siguiendo a Bartolus y su célebre definición del dominio como

ius de re corporali perfecte disponendi ⁷⁸

77 MORNACIUS, Antonius, *Observationes in viginti quatuor priores libros Digestorum ad usum Fori Gallici, en Antonii Mornacii...Observationes...ad usum fori gallici T.I, Nova editio...* Lutetiae Parisinorum, 1721 pàg. 918; PITHOU, *op. cit.*, pàg. 278; BÉRAULT, Josias, *Commentaires sur la coutume de Normandie*, T. II, Rouen-Paris, 1786, comentario al art. 445; PROUST, *op. cit.*, pàg. 411; BASMAISON, *op. cit.*, pàg. 139; PROHET, *op. cit.*, pàg. 113; DELALANDE, *op. cit.*, pàgs. 602 y 603; BASNAGE, *op. cit.*, pàg. 294; BILLECART, *op. cit.*, pàg. 183; DUPLESSIS, *op. cit.*, pàg. 555; LE CARON, *op. cit.*, pàg. 41; LEU, M De S., *Coutumes du Bailliage de Senlis et son ancien ressort...*, Paris, 1703, pàg. 312; LE MAISTRE, *op. cit.* pàg. 358; LE ROY DE LUZEMBRUNE, Antoine, *Coutumes generales de la senechaussée et comté de Boulenois, commentées par...*, en *Le Coutumier de Picardie*, II, Paris, 1726, pàg. 114; DE LA THAUMASIÈRE, *op. cit.*, pàg. 581, LA VILLETTE, *op. cit.*, pàg. 90; POUILLAIN DU PARC, *op. cit.*, comentario al art. 216 de la costumbre de Bretagne; LAURIÈRE, *op. cit.*, pàg. 329.

78 BARTOLUS A SASSOFERRATO, *In primam digesti novi partem Commentaria*. Augusta Taurinorum, 1583, lib. 41, de acquiri. poss, tit.2, si quis vi, § *Differentia: Quid ergo est dominium? Responde, est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeatur. Ius hoc dico ad differentiam incorporalium, in quibus non cadit dominium, propriè...Quare dico perfecte disponendi? per l. in re mandata C. manda & quo ad differentiam possessionis, quae est ius insistendi rei...*

La ley citada por el autor (D 21,4,35) es: *Nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter*. y, como apunta BRUGGI, Biagio (*Della proprietà*, Napoli-Torino,

los representantes de la Escuela Culta insisten en el carácter esencial del *ius disponendi* para el propietario⁷⁹ hasta el punto de ser el elemento determinante de su derecho. La propiedad, más que un poder unitario del sujeto, es una suma de facultades siendo la de disponer -entendida como posibilidad de enajenar la cosa⁸⁰- aquella cualitativamente imprescindible.

1911, pág. 10, nota 2.) tal frase no se refería a la propiedad sino a la libertad que cada uno tiene para regir sus propios asuntos como mejor le parezca, utilizado en este contexto para expresar la libertad de disposición que el propietario tiene respecto de sus bienes. En el mismo sentido BONFANTE, *Corso di diritto romano*; vol. II *La proprietà*, 1, Milano, 1966, pág. 233

Tal noción fue acogida por la práctica totalidad de los autores, ver, por todos, Ioannes IMOLENSIS *Super prima Digesti novi, commentariorum*. Lugduni, 1549, ibidem.

79 Ya CHASSENEUS, Bartholomaeus, (*Consuetudines ducatus Burgundiae fereque totius Galliae*. Lugduni, 1582; rub. I, núm. 21) reproduce la definición de Bartolus, comunmente aceptada como pone de manifiesto CORASIUS, Ioannis (*Miscellaneorum iuris civilis libri sex*. Coloniae Agrippinae, 1581): cap. XVI, núm 1: *In dominij definitione consentiunt omnes propemodum Bartolodicienti Dominus esse, de corporali perfecte libereque disponendi, nisi lege prohibeatur*. Y así, ALCIATUS, André, *Opera omnia...* T. IV, *Commentarius in ff tit de verbor signif.* l. 195, núm. 19 y CONNANUS, Franciscus. *Commentariorum iuris civilis*. T.I, Parisiis, 1553.

80 DUARENUS, Franciscus, (*op. cit.*, lib. I, c. XVIII: *Dominium sic definimus, jus de re corporali plene ac libere disponendi...In qua diffinitione jus disponendi idcirco dicitur, quia licet pignus vel hypotheca, jus in rem dit...quia tamen creditor disponere no potest de re pignorata, non recte dominus appellatur-*; CUJACIUS, Iacobus *Paratitla in libros quinquaginta digestorum seu pandectarum imperatoris Justiniani, Opera, ad parisiensem Fabrotianam Editionem diligentissima exacta*, Venetiis, 1758, lib. 41, de acquir., tit. 2: *Dominium est jus de re corporali perfecte disponendi aut vindicandi (...) cuius verbis duo praecipui effectus domini desinatur, Primus est ut unusquisque rei suae sit moderator & arbiter... ut eam possit vendere, alienare, pignori dare, donare, testamento relinquere & quacumque ratione a se dimittere...* Sin embargo, une a la idea de derecho de disponer la de reivindicar, que preseta como la faceta negativa del disponer: si se dispone en contra del titular este puede recuperar la cosa: *Secundus est, ut si quo caso rem nostram amiserimus, & sine*

Este enfoque permite un resultado práctico de indudable interés: identificar al titular del derecho perfecto y exclusivo de dominio a uno de los muchos sujetos que tienen sobre la cosa un derecho de disfrute parciario, según el esquema típico de la propiedad feudal⁸¹. En este sentido, quien ostente la posibilidad de actuar directamente sobre la sustancia de la cosa⁸² hasta el punto de poder variar o extinguir los derechos de los demás perceptores de utilidades, será el propietario indiscutible.

Así, es imposible mantener que quien dispone de la cosa no sea su propietario, ambas nociones se implican: Si alguien hace donación pero se reserva la facultad de disponer de la cosa, en realidad no dona, sino que retiene aquello que ha pretendido donar⁸³, pues la facultad de disponer es determinante de la noción de dominio⁸⁴.

consensu nostro ad alium sit traslata, eam possimus repetere & quasi manu iniecta vindicare. (Opera..., op. cit., I, c. 732-733).

⁸¹ Sobre la propiedad feudal y su evolución hacia al propiedad exclusiva en base al desarrollo de la noción de facultad de disponer, cfr. PATAULT, Anne-Marie. *Introduction historique au droit des biens*. Paris, 1989, pàgs. 25 y ss, y 104 y ss. La facultad de disponer permitía identificar al sujeto que realmente ejercía el *ius in re*. En el mismos entido OLIVIER-MARTIN (*op. cit.*, II, pág. 3, nota 4) señala que en el derecho consuetudinario no se halla una definición de propiedad -por ello, se hace obligada la referencia a los autores bartolistas- porque se preocupan más de establecer el juego de derechos recíprocos entre quienes preciben utilidades sobre la cosa en base a la noción de *ius disponendi*.

⁸² Sobre este punto, ARNAUD, André-Jean (*Les origines doctrinales du Code Civil français*. Paris, 1969, pág. 180 y ss.) pone de manifiesto que el *ius disponendi* de la definición de Bartolus se refiere a la "disposición" de la cosa por parte de su dueño más que al derecho de disponer que consagrará como contenido de la propiedad el artículo 544 del Code, y que pasará -prácticamente de forma idéntica- al 348 de nuestro Código. El *ius disponendi* en éste momento no es un poder de derecho que integre un derecho subjetivo, sino la expresión de una relación jurídica entre la cosa y su dueño.

⁸³ De manera gráfica BERAULT, (*op. cit.*, II, pág. 259): *...la puissance de disposer..., est le vray marque de seigneurie: & est celluy-la, comme dit Bartole, le seul vray seigneur & propriétaire d'une chose qui en peut librement disposer...Que si le*

En el esquema de la donación, este deseo de individualizar al propietario consigue un resultado evidente, ya que sale al paso de la situación creada por la admisión de las cláusulas de tradición fingida, sobre todo en el caso de la reserva de usufructo, donde el verdadero titular sólo puede ser identificado por serlo de la posibilidad de disponer de la cosa⁸⁵. Se marca así la diferencia entre las dos facultades genéricas que componen las situación del titular dominical, según la

donateur s'est réservé la puissance de disposer librement d'une partie de la chose donnée la donation ne vaudra pour icelle partie.

Por su parte, Bacquet, Jean (*Traité des droitets du domaine de la Courone de France. Oeuvres...* Paris, 1630, ch. 21, núm.1 y ss.) para argumentar la validez de una donación de todos los bienes presentes y futuros (sobre este tema véase infra epígrafe 4 de este mismo capítulo) afirma *...quae materia donationem erit permissoria: que quisque erat liber arbiter & moderator rerum ac facultatem suarum...*, tal expresión es la contenida en la l. iure, C. de mand., utilizada por Bartolus y sus seguidores para dar la noción de dominio.

- 84 Esta afirmación no se ve contradicha por la resolución del Arrest de 28 de febrero de 1636 (BARDET, Pierre, *Recueil d'arrests du parlement de Paris*, I, Avignon, 1773, II, pág. 223 y 224) en la que se declara válida una donación con una *contre-lettre* consentida por el donatario en la que *...il promet de faire rétrocession et passer déclaration toutes les fois qu'il seroit requis; afin qu'elle (la donante) pût disposer des choses données, ainsi que bon lui sembleroit, nonobstant la donation.*

En este caso, a parte de la eficacia de las *contre-lettres* en cuanto a declaración negocial contaría a la inicial, el problema no es planteado por el autor en sus correctos términos porque no existe reserva de la facultad de disponer de aquello que se da, sino cláusula de devolver la cosa al donante para que ella disponga de lo que ha vuelto a ser suyo. Así, la donación puede ser considerada como fraudulenta por la inestabilidad que crea en el vínculo jurídico esta posibilidad, pero no se trata del supuesto en estudio que hace suponer una nula voluntad de donar. Además, una vez la cosa en patrimonio del donante huelga decir que éste -propietario- puede disponer de la cosa: ambas nociones se implican.

- 85 En este sentido POUILLAIN DU PARC (*op. cit.*, comentario al art. 216 de la costumbre de Bretagne) señala que el derecho de gozar es posible respecto a bienes de propiedad ajena, pero no así el *droit de disposer*, con lo que muestra su inherencia a la propiedad.

conocida definición de Hotomanus⁸⁶: el *ius utendi* y el *ius abutendi*, de forma que siendo la posibilidad de disfrute una facultad compartida por dos derechos distintos como la propiedad y el usufructo, es el *ius abutendi* aquello que individualiza a la propiedad.

El *ius abutendi* califica a la propiedad desde un doble punto de vista:

- positivo en cuanto concede a su titular un poder ilimitado no sólo por su contenido, tendencialmente amplio: enajenar, gravar y transformar, sino especialmente por la idea de libre albedrío respecto de la cosa. La noción de *abutendi* conlleva la de *libere*, que la singulariza: el *abusus* puede llegar hasta la extinción del derecho por la destrucción de la cosa, más que por la propia facultad de transformar, por la libertad en su ejercicio que se configura ilimitada hasta la noción de abuso en mal sentido⁸⁷, olvidando el significado inicial en las fuentes romanas que consideraban el *abusus* como la posibilidad de consumir la cosa.
- negativo: la noción de *ius abutendi* se contrapone a la de *ius utendi* que es posible en un no titular⁸⁸, y, justamente el límite de éste será el mantenimiento de la substancia de la cosa ya sea en su integridad física -no puede destruirla o desnaturalizarla- o en su continuidad jurídica -no puede enajenarla o abandonarla-.

86 HOTOMANUS, Franciscus, *Commentarius verborum Iuris, Antiquitatem Romanae elementis amplificatus*, Basileæ, 1558, *verbum dominium*. La definición plasmada por Hotomanus no sería un hallazgo jurídico, sino más bien la cristalización de un sentimiento común en los autores que, en base a la definición de Bartolus, potenciaban la noción de *libere* que calificaba a *disponere* tergiversando el sentido que *abutendi* tenía en las fuentes romanas donde se refería a la posibilidad de consumir la cosa. Cfr. PICCINELLI, Ferdinando, *Studi e ricerche intorno alla definizione dominium est ius utendi et abutendi de re sua quatenus iuris ratio patitur*, Napoli, 1980, pág. 18 y ss.

87 Criticará luego la terminología utilizada por su falta de rigor, PROUDHON, M. *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, Bruxelles, 1841, cap. XIX, n. 544. Sobre este concepto véase PICCINELLI, *op. cit.*, especialmente la pág. 76 y siguientes.

88 Así, DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de jure civili*, en *Opera omnia*, T. III, Florentiæ, 1841, III, cap. II, pág. 19.

En definitiva, la identificación de la acción de retener con la reserva de la facultad de disponer incorpora a la máxima típica de derecho consuetudinario un concepto profundamente romanizado.

3.2.-*Ius abutendi y enajenación.*

La doctrina, a pesar de usar de modo genérico la expresión *disposer*⁸⁹, cuando hablan de la reserva expresa quieren referirse a la noción de *aliéner* usada para individualizar los actos que implican transmisión de la propiedad de la cosa⁹⁰. Es decir, la facultad de disponer que se opone radicalmente a la donación no se refiere a cualquier acto que comporte *ius abutendi* en el sentido expuesto, sino sólo a aquellos que permiten una ulterior transmisión, ya sea inter vivos o mortis causa de la cosa donada porque anulan el efecto dispositivo inicialmente previsto⁹¹, pero quedan fuera los actos de alteración o

89 Cfr. DUMOULIN, comentario al artículo 10 de la costumbre de París, núm.5 y 10; HENRYS, II, pàg...; LE PROUST, pàg. 411; PROHET, pàg. 115.

90 Así, de forma global, el diccionario de términos jurídicos de DUPIN y LABOULAYE (*Glossaire du droit français*, en LOYSEL, Antoine, *Institutes coutumieres*, T.II, pág. 393) definen *aliénation* como *toute manière de transmettre à autrui la propriété de ce qui nous appartient*.

En el mismo sentido, bien que refiriéndose a la donación en cuanto acto transmisivo: BÉGAT (pàg. 569) determina que la donación no es válida si *...sit in mera potestate donatoris rem trader, vel per alienationem ad alium transferre -porque- inutilis est contratus*; LE ROY (pàg. 114) afirma que en las donaciones inter vivos *...le donateur à telle intention que la chose appartient incontinent au donataire, sans qu'il puisse jamais lui revenir ni retourner... puisque donatio est alienatio rei...*, parafraseando a CUJACIUS (*Paratitla...op. cit.*, en *Opera...*, D, lib. 39, tit. V, De Donat., en su definición de este acto de disposición; a su vez, este autor enseña: *...donatio enim hoc jure conventio non est, sed adquisitio civilis vel naturalis...*, lo que configura la noción de enajenación desde el aspecto positivo.

91 BÉGAT, Jean, *Decisiones*, en *La Coutume du Duché de Bourgogne...* par Jean Bouhier, Dijon, 1717, dec. pàg. 569 *...disposer tant en contrat qu'en testament...*, o COCHIN, (*op. cit.*) pàg. 493: *Les donations entre-vifs ne peuvent être valables*

disminución⁹². La noción que se opone radicalmente a la donación es la de enajenar porque si el donante se reserva tal facultad, significa que no queda vinculado por el inicial acto dispositivo, pues puede hacer una segunda transmisión de los mismos bienes⁹³. En este contexto, la noción de facultad de disponer tiene un contenido muy concreto: actos transmisivos del derecho.

Los autores suelen hablar de reserva de la facultad de *vendre* o *aliéner*⁹⁴ para referirse a la transmisión inter vivos⁹⁵. Se incluyen también los actos transmisivos del derecho mortis causa bajo al donación de reserva de la

qu'autant que le donateur se dépouille dans l'instant de tout droit de disposer, soit entre-vifs, soit en testament.

92 En este sentido, cuando LE CARON (*op. cit.*, pág. 41) se pregunta por la posibilidad de establecer una reserva de la facultad de hipotecar la cosa donada, contesta afirmativamente si la carga aparece claramente determinada, con lo que la hipoteca, más que considerarse el gravamen de cosa ajena que constituye un acto dispositivo, se entiende como carga de la donación que debe soportar el donatario, disminuyendo el efecto adquisitivo.

93 Así, FERRIERE, *op. cit.*, pág. 309.

94 Así, en la traducción de la obra de MASUERIUS al francés (*Le Masuer en françoys, selon la coustume du haut et bas pays d'Auvergne*, Lyon, 1505, fol. VLII) se habla de que el donante pueda *vendre ou aliéner*. BASMAISON (*op. cit.*, pág. 113); PROHET (*op. cit.*, pág. 113); DELALANDE (*op. cit.*, comentario al art. 283 de la costumbre de Orléans, pág. 600-602); FERRIERE (*op. cit.*, pág. 399) y Le Caron (*op. cit.* pág. 41) utilizan *vendre*: la reserva de disponer o vender no es compatible con la necesidad que el donante se desprenda totalmente de la propiedad de la cosa.

95 PROHET (*ibidem*) realiza una distinción aún más sutil, añadiendo la noción de disponer que, acompañada de vender parece referirse a la posibilidad de realizar actos dispositivos a título gratuito, reservando el término *vendre* para las transmisiones onerosas.

facultad de *tester*⁹⁶, Sin embargo, debe distinguirse cuando se habla en general de reserva de disponer expresa mortis causa y el supuesto de reserva parcial de la facultad de disponer en relación a una donación de todos los bienes que recoge la tradición de los países de derecho escrito sobre la reserva para testar, y que será tratado más adelante.

Se destaca también que la oposición efecto dispositivo / facultad de disponer se refiere sólo a la titularidad de tal facultad, el ejercicio puede ser limitado para el donatario pero ello no implica nulidad de la donación que, por tanto, admite una prohibición de disponer⁹⁷.

Fijado así el contenido de la facultad de disponer, los autores, en el análisis de la fórmula *libre disposition de la chose* que reproducen muchas de las costumbres para definir lo que sea *donner & retenir*, dan un paso más y sobreentendiendo la asimilación facultad de disponer/dominio exigen directamente al donante la transmisión de la propiedad de la cosa donada a manos del donatario⁹⁸ que pasa a ser, gracias al efecto dispositivo pleno que comporta la donación, propietario de la cosa donada.

⁹⁶ DUMOULIN, (*Opera...*, *op. cit.*) es el primero que, en el comentario a la costumbre Paris (T. III, comatario al art. 160) habla de facultad de disponer (n.5) o de testar (n.9) como dos supuestos claramente distintos.

⁹⁷ Cfr. DUMOULIN, (*ibidem*, n.6): *Prohibitio alienandi à patre o matre facta in donatione ab eis facta a filio, non est retentio.*

⁹⁸ La identificación es muy evidente en DELALANDE (*op. cit.*, pàg. 602) que introduce el concepto de señoría: (cuando) *le donateur s'est réservé pouvoir d'en disposer, par exemple, de les vendre en cas de nécessité...Telle donation n'est valable, parce que cette réserve fait connoître que le donateur a eu le dessien de demeurer seigneur...*; o en HENRYS, Claude, (*Recueil d'Arrets... en Oeuvres de...*, Paris, 1708, II, pàg. 335): *il faille au moins une tradition feinte (en cuanto a la posesión), laquelle ne peut pas compatir avec la retention de la propriété d'une partie des choses données, & par consequent quand la donation est d'un heritage, le donateur ne peut pas se réserver la liberté de disposer d'une portion du même heritage. De manera similar Basnage (*op. cit.*, comentario al art. 445 de la costumbre de Normandía, pàg. 294): *ce serait donner imaginaiement que de retenir la libre disposition de la chose donnée.**

4.-La reserva de disponer tácita: la relevancia del efecto adquisitivo.

Al lado del caso en el que el donante se reserve expresamente la facultad de disponer de la cosa donada aparece el concepto de reserva de disponer tácita cuando, sin que exista una declaración de voluntad que otorgue al donante la facultad de disponer de los bienes donados, de la configuración del título de donación se desprende la posibilidad de hacerlo⁹⁹.

LE ROY DE LUZEMBRUNE, (*op. cit.*, tit. XXII, art. LXXXVII: en las donaciones inter vivos, pág. 114) *...comme par icelles le donateur a telle intention que la chose appartienne incontinent au donataire, sans qu'il puisse jamais lui revenir & retourner... En effet, c'est perdre que de donner; & cet acte ne se peut faire qu'en faisant violence soy même, & en se dépouillant d'une passion naturelle: car on se dépouille de son bien, on s'ôte le liberté d'en user, de l'aliener, de la vendre, & d'en disposer; & par l' c'est se priver d'une liberté qui nous est aussi chere que la propriété même.* Significa dar una versión positiva del *donner & retenir ne vaut*: quien dona no puede volver a disponer de la cosa, porque ya no es el propietario.

- 99 Es especialmente significativo el texto de DUMOULIN, (*op. cit.*, comentario a la costumbre de París, art. 160, núm.5) citando el parecer de THOU, *...est donner & retenir quando retinet facultatem expressam vel tacitam disponendi; verbi gratia quando dat quae habebit lors de son trespass...* El testimonio es importante porque Cristofle de THOU, primer presidente del Parlamento de París, fue el presidente de la Comisión nombrada por el Rey para hacerse cargo del proceso de reforma y redacción oficial de las costumbres a partir de 1555, momento en el que se multiplican los textos que, en referencia al *donner & retenir ne vaut*, acogen la nulidad de la donación con reserva de la facultad de disponer.

En el mismo sentido véase HENRYS (*op. cit.*, II, pág. 334): *...il y a cette différence [entre la reserva tácita y la expresa]...qu'encore qu'entre deux on puisse les aliener, on ne s'est pas pourtant réservé le pouvoir d'en disposer...* y más claramente en la pág. 499 *...le donataire...de biens presens & à venir...qu'il a par consequent acceptée, seroit obligé de paier les dettes depuis contractées, ce qui pourroit rendre la donation inutile. C'est qui semble un peu rude; car par ce moien il est au pouvoir du donateur*

4.1.-Formación del principio general.

La distinción entre reserva de disponer expresa y tácita tiene como resultado más evidente conducir el problema planteado por la máxima consuetudinaria a la oposición donación/facultad de disponer como principio general¹⁰⁰. Es este concepto aquello que permite llevar a la unidad el doble tratamiento que del *donner & retenir* hacían las costumbres de Auvergne,

de fire indirectement, ce qu'il ne peut pas directement faire, c'est-à-dire, revoquer la donation & en détruire l'effet; BERAULT, (op. cit., II, comt. art. 444, pág. 259): ... si la donation est faite pour en jouir après la mort du donateur, la quelle donation sera nulle: comme pareillement quand sont apposées ces clauses, à la charge de payer les dettes que le donateur devra lors de son deceds, ou d'accomplir le testament du donateur sans limites, comme disent les Coûtumes de Nivernois, Melun et d'autres, ou quand par quelque voye oblique el donateur retient la disposition de la propriété de la chose donnée pour la pouvoir aliener ou hypothéquer...; COCHIN (op. cit., pág. 489): [la reserva de la facultad de disponer] il suffit qu'elle soit espressive, ou qu'elle soit une conséquence nécessaire des termes de la donation; il suffit que la donatrice ait le pouvoir de disposer pour que la donation ne puisse avoir lieu...; POCQUET DE LIVONNIÈRES (pág. 245): On appelle donner retenir, lorsque le donateur se retient la liberté de disposer directement ou indirectement de la chose donnée...

El concepto de reserva tácita acaba generalizándose, hasta el punto que la idea sirve de argumento para negar que exista, así, DUPLESSIS (op. cit. pág. 557): *Mais quoique dans cette espece de donation, le donateur puisse affoiblir le don par les dettes, néantmoins il ne le peut pas diminuer par d'autres donation ni legs, parce qu'tant entre-vifs, il est irrévocable, & qu'il y a toute diférence entre diminuer indirectement par un acte, qui ne donne point d'atteinte au titre de la donation, & diminuer directement par un acte, qui est tout contraire de même nature.*

¹⁰⁰ Cfr. DUMOULIN, (*Commentarius ...antiquæ consuetudinis parisiensis, op. cit., I, comentario al art. 160, costumbre de París, n.5*). En el mismo sentido se pronuncia claramente VILLETTE (op. cit., pág. 90): *C'est donner & retenir, quand le donant suivant l'art. 274 de la Coutume de Paris, s'est reserve la puissance de disposer sur la chose: comment quand, ajoute celle de Bourbonnois, art. 212, il charge le donataire de payer le dettes qu'il devra au jour de sa mort; par la raison qu'en donne la Coutume de Nivernois, art. 3 que c'est taisiblement donner & retenir.*

Bourbonnois y Nivernois¹⁰¹ de forma que retención y facultad de disponer van siempre unidas, ya sea expresa o tácitamente.

La formación del concepto de reserva de disponer tácita es la expresión típicamente consuetudinaria del estudio en profundidad de la máxima *donner & retenir ne vaut* que lleva a sus últimas consecuencias la oposición radical de la facultad de disponer y la donación y permite evolucionar desde el efecto dispositivo pleno al efecto adquisitivo cierto en la donación.

4.2.-Las cláusulas que implican disposición de la cosa donada.

La reserva tácita hace referencia a dos casos en los que los bienes se donan realmente, pero el donante conserva un poder de decisión muy notable respecto a bienes formalmente ya ajenos, con lo que existe una reserva para disponer implícita. Así ocurre cuando se dan los bienes que le donateur aura lors de son trespas; o cuando se imponen al donatario cargas no determinadas.

4.2.1.-Ejecución de la donación aplazada al momento de la muerte del donante.

4.2.1.1.-Disposición y ejecución.

Dar los bienes que se tendrán en el momento de morir significa ordenar una donación universal aunque de bienes presentes¹⁰²: aquellos que existan en el

¹⁰¹ Es posible que este concepto de reserva de disponer tácita fuese aprovechado por THOU, primer Presidente del parlamento de París y encargado desde 1555 de la tarea de redacción y reforma de las costumbres en toda Francia, para identificar la retención que anula el efecto dispositivo propio de la donación con la reserva de la facultad de disponer; y, en lógica consecuencia, unir el nuevo significado de la máxima *donner & retenir ne vaut* a tal reserva en las costumbres como la de Auxerre, Sens, Meleun, y, por supuesto, la de París, para introducir este segundo sentido de la máxima en zonas donde, existiendo un sentimiento popular al respecto, la reforma de la costumbre permite unirlo a los resultados de la dogmática romanizada. Vide supra, II, epígrafe 2-2.

momento de la muerte del donante e implica, como requisito de eficacia, la supervivencia del donatario al disponente. La idea que se trata de bienes presentes evita problemas acerca de la imposibilidad de tradición por existencia de un objeto indeterminado; simplemente, se separa en el tiempo la disposición y la ejecución de la donación: Se dispone de los bienes en un momento anterior, pero se retrasa la ejecución hasta el momento de la muerte del donante¹⁰³.

Para convalidar tal donación, al margen de la máxima *donner et retenir*, se argumenta¹⁰⁴ que basta con que la disposición sea definitiva, no pudiendo el

102 La donación universal es aquella en la que el objeto se determina por la referencia a la titularidad del donante, por ello no implica necesariamente la disposición de la totalidad de los bienes (CASANOVAS MUSSONS, Anna, *La doble consideració de la donació en el Codi civil espanyol: com a negoci dispositiu i com a títol adquisitiu*, inédito, Barcelona, 1992, pág. 241.). En este sentido, es posible distinguir tres fórmulas para tal tipo de donación, cuyas diferencias acusadas conducen a soluciones distintas respecto de la aplicación de la máxima *donner & retenir*, siguiendo a LEU (*op. cit.*, pág. 312) y DUPLESSIS (*op. cit.*, pág. 555):

— donación de todos los bienes presentes, o sea, que el donante posea en el momento del acto dispositivo;

— donación de los bienes que el donante tenga en el momento de morir. Se trata aquí también de una donación de bienes presentes, pero cuya determinación se realiza en un momento futuro;

— donación de todos los bienes presentes y futuros.

Para el primer y tercer tipo vide *infra*. epígrafe 4 de este mismo capítulo.

103 Sobre la distinción de ambas fases DUMOULIN, *op. cit.*, Comentario a la costumbre de Bourbonnois, art. 291: *...in donatione sunt duo, dispositio & executio, dispositio statim ligat nec suspenditur, & ab ea fit denominatio...* De manera similar, BASNAGE, *op. cit.*, pág. 295.

104 MORNACIUS, (*op. cit.*, comentario D. 15,1,7, pág. 918) con apoyo de una sentencia de 1657, pero aclarando que el Tribunal se dividió acerca de esta cuestión; LOUET, Georges, *Recueil de plusieurs notables arrêts du Parlement de Paris...*, T.I. Paris, 1700, (lettre D, sommaire 10, núms. 1 y 2) con el apoyo del Arrest de 11 de enero de

donante impedir que el donatario adquiriera, desde la disposición, un derecho firme a aquello que queda en el patrimonio del donante tras su muerte. Ciertamente, se trata de una donación condicionada a que, en realidad, existan bienes en tal momento¹⁰⁵, tal como expresa la costumbre de Berry¹⁰⁶.

Pero tal argumento no es plausible desde el punto de vista estrictamente consuetudinario¹⁰⁷: la máxima *donner & retenir* exige el efecto dispositivo

1586 de la Cinquième Chambre des Enquestes. En el mismo sentido las notas de BRODEAU al texto anterior, aportando nuevas decisiones judiciales: Arrest de 20 de marzo de 1608, y arrest de 22 de junio de 1603; y las que el mismo autor realiza a la costumbre de Berry (NCG., III, pág. 947); DELALANDE, *op. cit.*, comentario al art. 283, costumbre de Orléans, pág. 602; LEU, *op. cit.*, pág. 312.

¹⁰⁵ En esta línea, DELALANDE (*ibidem*, pág. 602) propone considerar que, en este caso, se realizan dos donaciones: una de los bienes existentes en el momento de la disposición y una de los bienes que se adquirieran a partir de este momento, condicionada a que se hallen en el patrimonio del donante en el momento de su muerte.

¹⁰⁶ *Costumes generales des pays & Duché de Berry*, tit. VII, art. IV: *Donation faite entre vifs, de laquelle l'effect & execution sont conferez après la mort, est bonne & valable; pourvu qu'en icelle deslors, le cas advenant, le donateur se constitue posseder simplement ou preciairement au nom du donataire; aquel cas, la dite donation saisira le dit cas advenant.* (NCG, III, pág. 947)

En el redactado se ve que se trata de una donación condicional (*le cas advenant*) y sólo requiere la tradición posesoria en el contexto general de la máxima.

¹⁰⁷ Así, DUMOULIN, (*op. cit.*, en el art. 95 de la Costumbre de París) admite la donación de aquello que se tendrá en el momento de la muerte, porque, aunque el donante pueda enajenar o comproeter los bienes en el ínterin ...*possum donare sed sub conditione si cum acquiram, & satis est quod sub conditione possit afferre commodum. Pero rectifica luego el criterio en el comentario al artículo 160 de la misma costumbre al señalar: ...valet, nec est donner & retenir...quando dat quod habebit lors de son trespas: sed si dicat quae habebit tunc in habitu, vendicari nequeunt futuri acquaeustus, de novo ergo legat; sed an valeat ut testamentum? Respondi quod non per hanc consuetudinem, idéo opus est quod confirmetur testamento, vel rursus legetur per testamentum...* Es decir,

pleno no sólo desde el prisma formal o del derecho de propiedad transmitido, sino también desde el punto de vista sustancial, impidiendo las donaciones en las que el resultado indirecto sea alterar la disposición inicialmente prevista, pues implican reserva de la facultad de disponer tácita. Será, pues, este concepto el que vertebrará el tratamiento de esta donación al momento de la muerte del donante, ya sea para determinar su nulidad, o su admisión por inaplicabilidad del axioma a tal tipo de donaciones.

Así, una parte de los autores, para sostener su validez, deben excluir de la aplicación de la máxima a las donaciones universales. El problema se discute entre la doctrina a raíz de la poca claridad que sobre este punto aportan los textos de las costumbres, y con el apoyo de Masuer en su tratado¹⁰⁸, aunque su

que tal donación sólo es válida si se confirma por testamento, según la interpretación que de este pasaje realiza RICARD (*Donations...*, *op. cit.* núm. 789).

¹⁰⁸ Es especialmente claro el texto original en latín: *Donatio universalis vel generalis facta per modum quote valet etiam sine traditione: ut donator actione personali conveniatur ad perficiendum donationem: particularium vero sine traditione nulla est, car c'est donner & retenir. Idem si donator retineat quod rem quem dat possit vendere...* (*Aureus ac perutilis tractatus...*, *op. cit.*, fol. LXI)

Con todo, la exclusión de Masuer afecta a lo que hemos dado en llamar *tradition de fait*, es decir, de la necesaria entrega posesoria para la validez de la disposición, confiriendo al donatario una acción personal para exigir la entrega de los bienes. Pero debe matizarse su exclusión ya que la traducción del original al francés varía el sentido: Respecto de la donación de todos los bienes se ha interpretado la no necesidad de tradición como ser suficiente una tradición fingida (*Le Masuer en françoys...*, *op. cit.*: *La donación universale faite de tous biens du donateur entre vif ne vault rien si ce n'est que la tradition des dits biens luy aye este faicte brayement ou fictivement comme par retention d'usufruitts ou celluy qui a faicte la donation aye confesse posseder la chose donnee au profit de celluy a qui la chose a este donnee...mais la particuliere donation si ce n'est que la possession soit baillée ne vault riens car c'est donner & retenir ou si celluy que a ainsy faicte la donation a retenu a luy quil la puisse bien vendre ou aliener pour la necessite car telle donastion ne vault riens pose que la possession aye este baillée. (fol. VLII). Así, la pretendida exclusión del juego de la máxima en cuanto a las donaciones universales, sería, más bien, apuntar la solución*

afirmación sea contradicha expresamente en la costumbre de Auvergne, en principio seguidora de sus enseñanzas, que en el artículo 18¹⁰⁹ aplica la regla a todo tipo de donaciones.

Con el apoyo de este texto, Brodeau¹¹⁰ afirma claramente que la máxima *donner & retenir* no se aplica a las donaciones universales en relación a la exigencia de tradición posesoria, que de aplicarse a tales donaciones, sería inoperante ya que, en cualquier caso, lleva implícita la cláusula de precario que suple el requisito expresado¹¹¹. Tampoco se aplica, pues, en cuanto a la *tradition de droit*, con lo que queda obviado el problema de si en el intervalo entre disposición y ejecución el donante puede disponer, es decir, si tales donaciones deben considerarse nulas por entrañar una reserva tácita de la facultad de disponer. Este razonamiento sirve para determinar el peso que la fórmula *retenir/reserva* de la libre disposición de la cosa, aún en el concepto de reserva tácita, había llegado a tener, pues la solución a la validez de este tipo de

que, en el siglo XVI acogerían la mayoría de costumbres: a saber, la admisión de la tradición fingida.

En relación a las donaciones particulares se reafirma, al contrario, la necesidad de *tradition de fait*. La mención de la nulidad de una donación en la que el donante se reserve la facultad expresa de vender se realiza tras la exigencia de tradición en la donación particular, tanto en el original en latín, como en la traducción, lo que hace suponer que la llamada *tradition de droit* se aplica sólo a la donación particular, toda vez que tal reserva anula la donación a pesar de que exista tradición posesoria.

¹⁰⁹ Chapitre XIV, art. 18: *Si aucun fait donation entre vifs, universelle ou particulière d'aucuns biens, & retient la disposition d'iceux à son plaisir & volonté, telle donation est nulle car c'est donner & retenir, qui ne vaut par la dite coutume* (NCG, IV, pág. 1117).

¹¹⁰ BRODEAU, anotaciones a LOUET (*op. cit.*, litt. D, somm. 10, núms. 1 y 2).

¹¹¹ En el mismo sentido LORENS, en *Les trois Coustumes de Chasteau-neuf, Chartres & Dreux, Avec des notes de M. Ch. du Moulin. Et anotations del Sieur Jacques Du Lorens, Chartres, 1645*, comentario al art. 11 de la costumbre de Chasteau-Neuf, pág. 164); DELALANDE (*op. cit.*, comentario al art. 283 de la costumbre de Orléans, págs. 602 y 603); y LE CARON (*op. cit.*, pág. 41).

donación debe pasar, para una parte de la doctrina, por la inaplicación de la máxima¹¹².

Para los autores que aplican rigurosamente la máxima *donner & retenir* a todo tipo de donaciones¹¹³, la que contiene los bienes que el donante dejará al

¹¹² La confusión de los autores que niegan la aplicación de la máxima a las donaciones universales se muestra en este caso: DELALANDE (*op. cit.*, comentario al art. 283, costumbre de Orléans, pág. 603) admite la donación de los bienes que el donante tiene en el momento de la muerte pero, haciendo una concesión a la máxima -a pesar de afirmar que no se aplica en las donaciones universales- condiciona su validez a la limitación de las posibilidades de disponer que tendría el donante respecto de los bienes ya que destaca la idea que el donante puede seguir disponiendo de sus bienes implícitamente, por lo que opta por dividir la donación asegurando la imposibilidad de disponer en lo que se refiere a los bienes ya existentes en el momento de la donación.

BASNAGE (*op. cit.*, comentario al art. 445, costumbre de Normandía, pág. 295) acaba decidiendo que la donación de los bienes que existieran a la muerte del donante *...est donner & retenir lorsque le donateur ne se lie point les mains...il faut que celui qui veut disposer de cette manière, se lie entièrement les mains sans que l'execution de la donation ait trait au jour du décès, autrement c'est donner & retenir, la donation ne pouvant valoir que comme testamentaire. Pour la résolution de ces difficultés, il faut...établir ce principe, que la règle donner & retenir ne vaut n'a lieu que quand il s'agit de la donation de chose particulière...*

¹¹³ Especialmente dura es la crítica de Ricard a los autores que excluyen la donación universal del campo de aplicación de la máxima: *...lors qu'il s'agit de Loix prohibitives & publiques, telles que sont les articles de nos Coutumes, qui ont imposé aux donations entre-vifs, la nécessité de la tradition de droit & de fait, par cette règle qui se trouve par tout donner & retenir, il n'est pas au pouvoir del particuliers d'y déroger... & non pas rompre la Loy pour faire place à sa volonté, comme il s'en rencontre quelques-uns qui n'ont pas honte de dire, en violant si évidemment les principes que les donations de biens presens & à venir, ne sont pas sujettes à la Loy de la tradition, parce qu'elles n'en sont pas susceptibles; mais comme cette proposition ne peut être avancée que par des personnes plongées dans une profonde ignorance, que je n'entreprends pas de combattre...*

morir no es válida. Si bien es susceptible de tradición posesoria porque se trata de bienes presentes, no puede cumplir con el requisito de tradición de droit: la razón es que el periodo entre disposición y ejecución da al donante la posibilidad de disponer de la cosa hasta llegar a anular el efecto dispositivo e implica la nulidad de tal donación¹¹⁴.

Así, se llega a la conclusión de que la donación de los bienes que el donante deje en el momento de morir implica, en cualquier caso, reserva tácita de la facultad de disponer¹¹⁵. Para salvar la figura, algunos autores,

Hemos de tener en cuenta que tales autores se refieren a la donación universal en general, y no a la de bienes presentes y futuros que es a la que Ricard reconduce toda la problemática de las donaciones universales. Vide infra, epígrafe 4.2.2.1

¹¹⁴ Así, BILLECART (*op. cit.*, pág. 184): *...est a remarquer que le donateur se peut réserver la disposition d'une partie de ce qu'il donne, par exemple, s'il donne une terre ou seigneurie à la réserve du bois de haute fustaye, desquels il veut qu'il n'en appartienne au donataire que ce qui se trouvera au iour de son decez, ce qui n'empesche pas la validité de la donation pour le reste...*

No debe confundir en este autor la formulación positivo del problema: si la donación sólo vale en aquellos que el donante no se ha reservado la disposición, significa que la donación del bosque, en aquello que sobre al momento de su muerte es nula, precisamente porque el donante puede disponer del objeto que se debe entender no donado.

En el mismo sentido se pronuncia FERRIERE (*op. cit.*, págs. 308 y 309) tras afirmar, no la validez de tal donación, sino que ha sido juzgada como válida, *-Donation des meubles que le donateur aura au jour de son deceds; ou de certaine espece de biens ou partie, à prendre après sa mort, jugée valable-* aportando que el Tribunal ha juzgado en este sentido en varias ocasiones. Después de argumentar la existencia de reserva de disponer tácita que debería anular la donación, y sin admitir la existencia de disposición irrevocable; concluye: *La raison de douter est beaucoup plus forte que la raison de decider, & il faut dire à mon avis que telle doantion est nulle dans son principe à la rigueur, mais la Cour a jugé le contraire ex aequitate.*

¹¹⁵ Claramente lo expone COCHIN (*op. cit.*, pág. 492): *Les donations ne peuvent estre valables qu'autant que le donateur se dépouille dans l'instant de tout droit de*

determinaran la conversión de este tipo de donación en mortis causa ya que no vincula al donante, ni le despoja de sus bienes sino en el momento de la muerte¹¹⁶, de modo que tales donaciones pueden valer como mortis causa si cumplen sus requisitos formales. Tal conclusión significa el triunfo de la noción de reserva tácita de disponer, pues es su nulidad como donación inter vivos por falta de efecto dispositivo pleno -es decir, por implicar retención de la propiedad de la cosa, aunque sea de forma tácita- lo que permite convertirla en mortis causa.

4.2.1.2 Reserva tácita y efecto propio de la donación.

En realidad, este nuevo concepto de reserva tácita de disponer lleva implícita la consideración de la posición del donatario: ya no se atiende sólo al efecto dispositivo, sino también al adquisitivo del título de donación.

disposer, soit entre-vifs, soit par testament, au préjudice des donataires: or, toutes les fois qu'on ne donne qu 'a prendre en effets de la succession, et sur des biens de la succession, on se réserve la liberté de disposer entre-vifs, et par conséquent la donation est radicalement nulle. Y LAMOIGNON, Guillaume de, (Recueil des arrêts de M. le Premier Président de Lamoignon, Nouvelle édition, revue & corrigée, Paris, 1777) en su obra que intenta ser una síntesis del derecho consuetudinario, afirma escuetamente: C'est donner & retenir, quand le donateur donne les biens qu'il aura au jour de son décès...

¹¹⁶ Cfr. LAURIÈRE, Eusèbe de (*Textes des Coutumes de la Prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1777, pág. 329-330) combate duramente la idea de BRODEAU sobre la inaplicabilidad de la máxima a las donaciones universales, señalando que sólo puede valer como mortis causa. De manera similar LEU (*op. cit.*, pág. 312). Con la misma argumentación pero en sentido contrario, LE BRUN (*Traité des successions divisé en quatre livres, Avec de nouvelles décisions & des remarques critiques par M. François-Bernard Espiard de Saux*, Paris, 1775, lib. IV, ch. II, sect. II, núm. 30) admite la donación universal de los bienes que queden al momento de la muerte, pero no la de los bienes futuros, argumentando que la donación condicionada a los bienes que queden no conlleva reserva tácita de disponer porque no sólo del donante depende que efectivamente haya bienes, sino que comporta un factor aleatorio que el donatario conoce y acepta.

En la reserva expresa los bienes no se entienden donados si existe reserva de la facultad de disponer, por ello podemos afirmar que no existe efecto dispositivo, o que este no es pleno. En la reserva tácita, la nulidad de la disposición es a posteriori, una vez que los bienes se han donado y cuando se constata que la inclusión de la cláusula, al permitir que el donante disponga de los bienes, puede atacar al efecto adquisitivo del donatario. En este caso, se produce un efecto dispositivo, pero la reserva tácita afecta directamente a la adquisición del derecho por parte del donatario que puede verse disminuído con posterioridad, luego el efecto adquisitivo no es cierto.

La aplicación del *donner & retenir* a este tipo de donación significa un primer paso en la formación del concepto de la facultad de disponer tácita que ya no se mueve en la estricta identidad disposición-enajenación, como el caso de la reserva expresa, sino que se refiere a cualquier acto que signifique disminución o modificación del derecho que se tenía sobre la cosa: Cochin¹¹⁷ menciona la posibilidad de gravar la cosa ya donada, y Delalande¹¹⁸ apunta a la posibilidad de ejercer el poder de disposición material destruyendo los bienes muebles, cuya constancia es incierta.

Disposición se utiliza aquí en un sentido más amplio, acogiendo cualquiera de sus manifestaciones, lo cual, de otra parte, va en consonancia con el carácter de implícita que tal facultad tiene en estos casos en los que, por no estar delimitada, logra mayor amplitud. Pero, por el momento, el efecto adquisitivo que se tiene en cuenta al hablar de reserva tácita viene limitado exclusivamente por actos dispositivos.

4.2.2.-Donación modal y reserva tácita de la facultad de disponer.

La reserva tácita acaba traspasando los límites de los actos dispositivos para alcanzar los obligacionales: el donante puede afectar los bienes ya donados con el pago de deudas hasta incluso hacerlos desaparecer, y también esta posibilidad

¹¹⁷ COCHIN, *ibidem*. ...le donateur est...libre de vendre, d'engager, d'hypothéquer, pendant sa vie...

¹¹⁸ DELALANDE, *ibidem*.

queda integrada en la reserva de la libre disposición de la cosa donada¹¹⁹. Más que confundir el alcance de ambos tipos de actos, ha evolucionado la propia noción de disposición de la cosa en base al estudio de las donaciones modales, es decir, donaciones con carga indeterminada.

4.2.2.1.-Donación de bienes presentes y futuros y donación modal.

La donación de bienes presentes y futuros plantea graves problemas de validez en relación con el significado propuesto de la máxima *donner & retenir*. Sin embargo, este problema suele ser evitado por los autores que excluyen tal donación de la aplicación de la máxima¹²⁰. En contra, la postura a favor de la nulidad de Ricard, pese a ser en su momento minoritaria¹²¹, es imprescindible

¹¹⁹ BASNAGE (*op. cit.*, pág. 295) ... *il [el donante] peut librement disposer des choses données, qu'il peut les diminuer ou augmenter, & meme rendre la donation entierement inutile & illusoire par les dettes qu'il peut contracter...*; FERRIERE (*op. cit.*, pág. 309) ...*le donateur en peut disposer au profit de tout autre, les vendre & aliener, ou laisser des dettes qui les absorbent, en sorte que telle donation ne saisit point le donateur...*

¹²⁰ Así, LOUET, (*op. cit.*, litt. D, som. 10, núms. 1 y 2) y BRODEAU en sus anotaciones al texto de LOUET; PROHET, (*op. cit.*, pág. 113). LE BRUN (*op. cit.*, lib. IV, ch.II, sect.II, núm. 34), por su parte, las convalida acudiendo a la idea que sólo son válidas por los bienes que tenga el donante en el momento de su muerte, obviando el problema que plantea la inclusión de bienes futuros, y se defiende de la falta de efecto adquisitivo pleno, por la existencia de reserva tácita de disponer, indicando que la cuantía y entidad de los bienes en el momento de la muerte no depende sólo del donante, sino de circunstancias externas que el no puede prever y que eliminan el riesgo de que el donante defraude las esperanzas del donatario.

¹²¹ RICARD, *op. cit.*, núm. 1013: *Quoi qu'il en soit, encore que j'estime que l'opinion que je viens de défendre, ne soit pas susceptible de difficulté dans les principes, & que ceux qui prendront la peine de l'examiner sans préocupation, n'en prouveront non plus que moy: néanmoins je suis obligé d'avertir pour l'usage present, que comme le nombre de ceux qui ne se donnent pas la peine de penetrer les questions jusques dans leurs sources, est infiniment plus grand que celui des autres; on ne peut pas s'assurer que l'opinion contraire ne prevale dans les contestations particulieres qui*

para entender la evolución del concepto de reserva tácita de la facultad de disponer y, en general, del análisis de la máxima a partir de este autor.

En efecto, según Ricard¹²², tales donaciones no son válidas porque no cumplen ni el requisito de la *tradition de fait* ni el de la *tradition de droit*: Así, es imposible disponer de bienes que aún no están en el patrimonio del donante, lo que impide el desplazamiento posesorio. Por otra parte, tampoco se produce el necesario desposeimiento definitivo de la propiedad por parte del donante, pues, respecto de los bienes futuros, tal tipo de donaciones comportan reserva tácita de disponer de los bienes donandos hasta el momento de su muerte.

El argumento parte de considerar el carácter de futuros de los bienes que impide que pueda determinarse el objeto de la donación hasta el momento de la muerte del donante¹²³. Esta falta de concreción conlleva reserva tácita de disponer por parte del donante que tiene en su mano adquirirlos o no, o una vez en su patrimonio disponer de ellos según estime conveniente¹²⁴.

La noción de facultad de disponer tácita es aquí muy clara, pues el donante mantiene el poder de disposición respecto de la cosa, y aún se amplía a la noción de "poder de adquisición", con lo que el *ius disponendi* conferido al donante se acerca mucho a la idea de dominio: Disponer a título de donación de los bienes presentes y futuros impide una ulterior disposición a título universal

s'en presenteront, jusqu'à ce que els veritables raisons ayant esté relévées avec plus de force que je ne puis faire.

¹²² RICARD, *op. cit.*, núm. 1000 y ss.

¹²³ Este tipo de donación acabaría convirtiéndose en donación de los bienes que se encontrasen en el momento de la muerte, que Ricard trata conjuntamente con la donación de bienes futuros y le aplica el régimen de nulidad.

¹²⁴ Cfr. RICARD, *op. cit.*, núm. 1001. En el mismo sentido se había pronunciado ya HENRYS (*op. cit.*, II, pág. 499): *...le donataire...de biens presens & à venir...qu'il a par consequent acceptée, seroit obligé de paier les dettes depuis contractées, ce qui pourroit rendre la donation inutile. C'est qui semble un peu rude; car par ce moien il est au pouvoir du donateur de fire indirectement, ce qu'il ne peut pas directement faire, c'est-à-dire, revoquer la donation & en détruire l'effet.*

de dichos bienes, pero no limita la facultad de disponer de ellos a título particular, pues el donante mantiene la administración de los bienes futuros y puede contratar deudas¹²⁵, de forma que no se convierte al donatario en propietario inmutable de los bienes, y se burla el requisito de la *tradition de droit*. Por este motivo, Ricard propone la reducción de la eficacia de tales donaciones a los bienes presentes que no plantea cuestión alguna y es por ello que se utiliza como tipo especialmente válido¹²⁶.

En la argumentación de Ricard se destaca claramente la confusión de los dos tipos de tradiciones: la inadmisibilidad de la donación de bienes futuros proviene de la imposibilidad de disponer de tal tipo de bienes por esta característica, y afecta únicamente al acto de disposición y al desplazamiento

¹²⁵ Cfr. RICARD, *op. cit.*, núms. 1002 y 1003.

¹²⁶ Así, DUMOULIN (*Commentaria in consuetudinem Borboniensem, op. cit.*, I, comentario al art. 211 de la costumbre de Bourbonnois) reduce a este tipo la donación *...de tous biens...*, interpretación que debería extenderse al artículo 19 de la costumbre de Auvergne que emplea la misma expresión. También a favor de su validez de pronuncia LEU (*op. cit.*, pág. 312)

DUPLESSIS (*op. cit.*, pág. 557), a pesar de la argumentación en contra derivada de la presencia de una reserva tácita de la facultad de disponer, acaba admitiéndola recurriendo al argumento literal de art. 334 de la costumbre de París que impone a los *donataires universels* la obligación de pagar las deudas del donante, de forma que las reconoce implícitamente. Pero ello significa reducir a una sola fórmula este tipo de donaciones ya que también es donación universal la de todos los bienes presentes.

La idea de reducir las donaciones universales a los bienes presentes proviene de la tradición romanista aunque por un motivo distinto: las donaciones de todos los bienes presentes y futuros son inmensas y quitan al donante la facultad de testar, por ello deben ser reducidas. Esta es la posición de algunos comentaristas de costumbres, pero con sólida formación en derecho común: Cfr. CHASSENEUS, *Repertorium consiliorum*, Lugduni, 1531, Consilia, 50, núm. 2; D'ARGENTRE, *Commentarii in patrias Britonnum leges seu consuetudines generalis antriquissimi ducatus Britanniae*, Paris, 1615, art. 218, glosa 5; BACQUET (*Premier Traicté des droicts du domaine de la courone de France*, Paris, 1630, contenant le droit d'aubenie, ch. 21, n.1).

posesorio, más allá, los problemas acerca de la *tradition de droit* son supérfluos¹²⁷. Pero su tratamiento del tema es especialmente importante por cuanto reconduce la donación universal, y especialmente la de bienes presentes y futuros, al campo de aplicación de la máxima *donner & retenir ne vaut* que determina su nulidad y que será recogida por la Ordenanza de 1731; y, a la vez, la nulidad de tal tipo de donación permite contemplar de forma autónoma ciertas cláusulas que, bajo la forma de cargas, suelen acompañarla y que, no pudiendo ser admitidas por la validez de la donación en la que se insertan, serán analizadas de forma independiente y reconducidas a la noción de reserva de la facultad de disponer tácita. Es así que la solución al problema de la donación de bienes futuros, aparentemente descontextualizado, influye en el tratamiento de la donación modal.

4.2.2.2.-La reserva tácita que se induce de las cargas indeterminadas.

En efecto, la opinión de Ricard sobre la imposibilidad de admitir la donación universal que no sea de los bienes presentes lleva a analizar autónomamente la validez o nulidad cláusulas añadidas a una donación y que comportan cargas que normalmente se entienden sólo en el contexto de una donación universal. La individualización de tales cláusulas viene, además, propiciada por las previsiones que sobre este extremo contienen las costumbres de Auvergne, Nivernois y Bourbonnois, en directa relación con la máxima ya tan citada y cuya literalidad es un serio obstáculo para quienes sostienen la validez de las donaciones de bienes futuros¹²⁸.

¹²⁷ El propio autor, por este argumento, y siguiendo la exigencia de desposeimiento inmediato del donante, llega a plantearse la creación de un régimen de bienes de forma que pasarían al donatario una vez adquiridos, cosa que califica como absurda y aún, comportaría prohibición de disponer de sus bienes al donante *...ce que personne n'a osé prétendre jusqu'à présent. Ceux qui soutiennent les...opinions contraires, demeurans unanimement d'accord en ce point, que le donateur a la faculté de disposer à titre particulier, des biens qu'il acquiert postérieurement à la donation...* (RICARD, *op. cit.*, núm. 1010).

¹²⁸ Así, PROHET, comentarista de la costumbre de Auvergne que, por el tenor literal del artículo 19 se ve obligado a limitar su aplicación a las donaciones particulares cuando ello no se prevé en el citado artículo (*op. cit.*, pág. 113) y BRODEAU, en las anotaciones

Con todo, el examen de tales cláusulas sólo lleva a resultados diferentes, según el criterio adoptado acerca de las donaciones universales, en el caso de la carga de pagar deudas futuras, porque en las restantes cláusulas la carga se configura como cierta, con lo que el donatario la conoce y acepta. En tal caso la donación modal es válida y escapa al campo de aplicación del *donner & retenir ne vaut* en la línea marcada por las costumbres de Auvergne¹²⁹ y Nivernois¹³⁰.

En base a este principio general se van singularizando una serie de supuestos en los que la posibilidad de concretar la carga impuesta a la donación evita su nulidad. Así, se admite la donación con carga de ejecutar el testamento ordenado el donante, porque su valor se determina a través de parámetros objetivos como la calidad o dignidad de la persona¹³¹, o según el *arbitri boni*

a LOUET, da la solución propuesta determinando la nulidad de tales artículos (*op. cit.*, pág. 318).

¹²⁹ Coutume d'Auvergne, Ch. 14, art. 19: *Donation entre vifs de tous biens, à la charge de payer toutes debtes que le donant doit & devra à l'heure de son trespas, est nulle: Car c'est donner & retenir taisiblement.*

Art. 20: *Mais donation entre vifs, à la charge de payer les debtes que le donateur doit au temps de ladite donation, ou ses legats & funerailles, est bonne & valable, & n'est invalidée par la dite coutume.* (NCG, III, pág. 1170).

¹³⁰ Coutume de Nivernois: ch. 27, art. 3 *...donner à la charge de payer les debtes que le donant doit & devra à l'heure de son trespas ne vaut riens, de mesme si telle donation se fait à la charge de payer les fraiz funeraux & accomplir le testament du donateur, si ls dits fraiz ou disposition ne sont limitéz par la dite donation. Autre chose est si c'est à la charge de payer les debtes que le donateur devoit lors de la donation.* (*Ibidem*, pág. 1151).

¹³¹ Así lo había expresado Dumoulin (*op. cit.*) Aunque en el núm. 1 del comentario al art. 160 de la costumbre de Paris, se pronuncia en contra de esta cláusula: *Donner à la charge du testament, est donner & retenir*, en el núm 3 la admite en donaciones netre cónyuges porque *...intelligitur testandum de modico & secundum personae qualitatem...* En el mismo sentido RICARD (*op. cit.*, núm. 1034).

vir¹³² con lo que, aunque no se determine en el acto de donación, comporta un límite cierto que no induce reserva de la facultad de disponer¹³³. Estos mismos criterios se aplican a la carga de pagar los gastos funerarios¹³⁴, como preven expresamente las costumbres de Auvergne y Nivernois¹³⁵, y la de pagar los legados ordenados por el donante en su testamento, porque se entiende reducida a los dispuestos a favor de pías causas o a los módicos¹³⁶.

¹³² Vide CHOPPINUS, Renatus, (*De privilegiis rusticorum*, lib. III, Parisiis, 1621, 33, 4, núms. 2 y 3): *Ita, quae viva donavit, si eodem instrumento ultimae suae voluntati reservabit universim, ut extrema mandata sua perficeret donatarius...omnimodo inefficax sit donatio ist haec, quasi datum fuerit pariter a donatrice retentum...Atque, idéo, verbum illud..implendique testamenti onus non infinitam pecuniam continet, sed modicam...* En el mismo sentido, FERRIERE (*op. cit.* pág. 307. LE MAISTRE admite esta carga sin especificar un criterio para su determinación (*op. cit.*, pág. 358)

¹³³ Así, COQUILLE, G. (*La coutume de Nivernois*, en *Oeuvres de...*, Paris, 1746, comentario al art. III, tit. *Des Donations*, pág. 295): *...la cahrge des frais funeraux considerée à part soy, a la mesure certaine, et emporte tout d'autant que cela est subiet à l'arbitrage d'un prud'homme, selon la dignité du defunct, selon la famille dont il est, et coutume du pays...*

¹³⁴ Cfr. DUMOULIN, *op. cit.*, comentario a la Costumbre de Auvergne, art. 20; PROHET, *op. cit.*, pág. 114 y LA VILLETTE, *op. cit.*, pág. 90.

¹³⁵ Costumbre de Auvergne cap. 14, art. 20, y Costumbre de Nivernois, cap. 27, art. 3.

¹³⁶ Así, DUMOULIN: *Etiam si non sit certa summa ea intelligitur secundum qualitatem personae & bonorum.* (comentario a la costumbre de Auvergne, art. 20, nota c, NCG, III, pág. 1170). Sobre la limitación a los legados a favor de pías causas cfr. sus *Consilia...*, cons. 60, núm. 7, CHOPPIN, (*De privilegium rusticorum...*, *op. cit.*, liv.3, par.3, chap.4, n.2), PROHET (*op. cit.*, pág. 114) y RICARD (*op. cit.* núm. 1035) También se pronuncia sobre la posibilidad de imponer la carga de pagar legados la costumbre de Auvergne en el citado cap. 27, art. 20. En contra COQUILLE, (*op. cit.*, comt. art. III, tit *Des donations*, pág. 295) considera que sólo los gastos funerarios tienen criterios objetivos para su determinación, mientras los legados dependen únicamente de la voluntad del donante.

En cambio, en el caso de pagar deudas futuras se enfrentan dos enfoques distintos:

- La idea que este tipo de cláusula suele relacionarse con donaciones universales en las que la doctrina mayoritaria suele estar de acuerdo en que comportan, para el donatario, la obligación de pagar todas las deudas¹³⁷, como así lo recoge expresamente el artículo 334 de la nueva costumbre de París¹³⁸. Tal solución significa admitir la donación universal aún en las modalidades que comportan reserva tácita de disponer, y conduce necesariamente, a negar que las deudas que en el título de donación puedan imponerse al donatario anulen el efecto adquisitivo¹³⁹.

¹³⁷ Así, MORNACIUS (*op. cit.*, en D. 15, 1, 8) con el ejemplo del Arrest de 24 de enero de 1613 *...confirmata est donatio P. Auferii, & sororis ejus mutua cum onere solvendi a superstite integri aeris alieni in quo alter obtuisse...*; DUPLESSIS, (*op. cit.*, pág. 557) *...les donations universelles des biens presens & à venir...quoiqu'entre vifs, sont sujettes à toutes les dettes du donateur, soit hypothecaires, soit chyrographaires, qui se trouvent au jour de son décès, quique faites long-temps avant la donation, à l'exemple des héritiers & légataires universels...*; BRODEAU (en las anotaciones a la obra de LOUET, lettre D, sommaire 10, n.3, pág. 318): *...car cette charge de payer toutes les dettes... n'induit point donner retenir, encore que le contraire soit décidé par quelques coutumes Auvergne, art. 19 & 20, Bourbonnois, 212, Nivernois, ch. 27 des donations, art.3, veu même que le donataire universel est tenu ipso iure, du payement des dettes...*

¹³⁸ Costumbre de París, art. 334: *Et quand ils [los herederos del difunto] succedent le suns aux meubles, acquests conquests, les autres aux propes, ou ils sont donataires, ou legataires universels, ils sont tenus entre eux contribuer au payement des debtes chacun pour telle part & portion qu'ils en amendent.* (NCG, III, pág. 53).

¹³⁹ Cfr. BRODEAU (*op. cit.*, liit. D, somm, 10, pág. 318), tras afirmar que el *donner & retenir* no se aplica a las donaciones universales, pone el ejemplo del Arrest de 24 de enero de 1614, del Parlamento de Verdun por la que se declara válida una donación universal con la carga de pagar todas las deudas y ejecutar testamento: *... car cette charge de payer toutes les dettes, & d'accomplir le testament, n'induit point une faculté de disposer des choses donneés, ni l'obligation d'entretenir par le donataire les contrats du donant; bref, que ce n'est point donner & retenir encore que el contraire soit décidé par quelques Coûtumes Auvergne, ch. 14, des donats. art. 19 &*

- Desde otro punto de vista, y una vez reducidas las donaciones universales a la modalidad de todos los bienes presentes, la carga de pagar deudas futuras -o las que el donante deba en el momento de la muerte, que plantea la misma cualidad- es indeterminada y su amplitud potencial comporta un efecto idéntico a la reserva expresa de la facultad de disponer: la falta de determinación en la carga permite al donante la posibilidad de comprometer bienes ajenos como si fuese el verdadero titular, luego dona y retiene porque la carga de que el donatario pague las deudas futuras induce reserva de la facultad de disponer. Esa es la explicación que se da a los artículos de las costumbres de Auvergne¹⁴⁰, Bourbonnois y Nivernois que relacionan la carga indeterminada con la reserva de la facultad de disponer¹⁴¹. En cambio, nada se opone a la carga de deudas presentes, precisamente por su determinabilidad.

20; Bourbonnois, 212, Nivernois, ch. 27... De manera similar, DELALANDE, *op. cit.*, pág. 603.

¹⁴⁰ Con todo, en el caso de la costumbre de Auvergne, el límite de las cargas presentes deducido de la interpretación de los artículos 19 y 20 no es pacífica. En el *procès verbal* que permite su redacción, el abogado VIALAR apunta que la costumbre que no permite al donante imponer la carga de pagar deudas futuras *...doit estre...rejetée du livre coustumier como faulse & non véritable, quoyque soit non usitée ne pratiquée & contraire à la disposition de droit, & à l'observance et usance inveterée du pays & duché d'Auvergne; &...doit estre lise & redigée, censée & réputée coustume de nouvel introduite...* Continúa diciendo que se introduce en la costumbre por deseo del Duc d'Auvergne, Presidente de la Comisión de redacción de la costumbre, que está en pleito con los clientes del citado Vialar por razón de una donación con carga de pagar todas las deudas que el Duc d'Auvergne impugna como nula a la luz de la citada fausse coustume. Ello da pié a PROHET, citando este mismo pleito, a determinar que la prohibición sobre deudas futuras sólo se aplica en donaciones particulares (*op. cit.*, pág. 113).

¹⁴¹ Así, BASMAISON (*op. cit.*, pág. 137): *...quand le donataire est chargé de payer tous debtes presents & advenir, pour estre en la puissance du donateur anéantir & rendre du tout infructueuse la donation(...) mais quand le donataire est chargé seulement de payer les debtes presens...ce n'est toutesfois donner & retenir, car la disposition en est laissé facte & les debtes contractez, sans qu'il soit retenu droict aucun de disposer des*

De manera similar a la solución propuesta en materia de donaciones de bienes presentes y futuros, la idea de limitar las deudas a aquellas existentes en el momento de la donación acaba triunfando en la Ordenanza de 1731¹⁴², lo que demuestra que la noción de reserva de la facultad de disponer tácita, base del presente razonamiento, se consolida como principio general aún cuando la carga ni implica la presencia de actos dispositivos.

En efecto, la donación con carga se debe calificar como donación modal¹⁴³ en la que el donante no dispone de bienes ajenos, sino que impone una cierta obligación al donatario que, si no cumple, puede entrañar la revocación del acto dispositivo y que incide directamente en la amplitud adquisitiva del acto. Sin embargo, los autores entienden que se trata de un subterfugio para esconder que el donante continua pudiendo disponer tácitamente de la cosa¹⁴⁴,

dicts biens à l'advenir, estant charge & condition presente & certaine; RICARD, (op. cit., núm. 1017) ...il n'y a rien de plus contraire à l'irrevocabilité & à la certitude nécessairement requises, pour rendre valable une donation entre-vifs, que la liberté d'en pouvoir dsposer par le donateur & la reduire à neant par la création d'autant de dettes qu'il luy plaira, & que le donataire est tenu d'acquitter, suivant la stipulation du contrat. De manera similar, FERRIERE, (op. cit., pág. 307).

¹⁴² Es importante destacar que este mismo criterio había sido acogido por los autores que pretendían reunir en tratados las reglas del droit commun coutumier: LAMOIGNON, *Arrêtés...*, op. cit., tit. XXVII, art. XIII, y POCQUET, *Régles...*, op. cit., pág. 254.

¹⁴³ Así, explícitamente, LE CARON, op. cit., pág. 41.

¹⁴⁴ La idea de vincular la donación modal a la máxima consuetudinaria mediante el concepto de reserva de disponer tácita es muy clara en DUMOULIN (op. cit., Comentario al art. 160 de la Costumbre de París, núm. 9): *Dominus Delabardeste dat nepoti...omnia mobilia quae habebit tempore mortis, ad onus dandi sorori verae haeredis six mille livres, ecce sit donner & retenir, pro mobilibus & etiam pro rata summae de six mille livres dont il pouvait disposer...* La donación es nula en cuanto a los bienes muebles, en tanto que la ejecución retrasada al momento de la muerte induce reserva de la facultad de disponer, a su vez, la nulidad de la donación en cuanto a al carga ompuesta se desprende del hecho que el donante pueda disponer de la cantidad que supone el límite al enriquecimiento del donatario.

y, en consecuencia, es el verdadero propietario, y queda anulado el efecto dispositivo.

Ciertamente, como apunta Basmaison¹⁴⁵, existe diferencia entre reserva de bienes de los cuales se puede disponer e imposición de una carga sobre los bienes ya donados. En el primer caso los bienes no se donan porque la reserva de la facultad de disponer impide el efecto dispositivo. En el caso de la donación con carga no se afecta a la existencia y realidad del efecto dispositivo porque hay donación, pero se limita el enriquecimiento del donatario. Así, el *donner & retenir*, por la idea de la reserva de disponer tácita especialmente referida a las donaciones modales, pasa a relacionarse directamente con el efecto adquisitivo en relación al donatario.

Es en este punto que la doctrina da un salto al vacío reconduciendo al principio general que identifica donación nula con reserva de la facultad de disponer, los ejemplos de donación modal con carga indeterminada¹⁴⁶. En estos casos, la noción de reserva de la facultad de disponer tácita incorpora dos novedades, ya apuntadas en relación a la donación de los bienes existentes en el momento de la muerte del donante, pero que en este caso se llevan a sus máximas consecuencias:

- introduce la idea de efecto adquisitivo cierto para el donatario que modaliza la de efecto dispositivo de la mano de la noción de facultad de disponer, por ello

Véase, en el mismo sentido: PROHET, *op. cit.*, pàg. 113 y 114; DUPLESSIS, *op. cit.*, pág. 556, DELALANDE, *op. cit.*, pág. 604; BASNAGE, *op. cit.*, pág. 296; y FERRIÈRE, *op. cit.*, pág. 107.

¹⁴⁵ BASMAISON, *op. cit.*, pág. 137.

¹⁴⁶ La evolución culmina en la inversión del planteamiento, cuando TRONCHET, DAUTREMONT y AUBRY, en un dictamen acerca de una donación con reserva expresa de la facultad de disponer consideran que es nula porque está hecha *...à la charge de pouvoir vendre ou hypothéquer...* con lo que se convierte en una donación modal. Citado por MERLIN, *op. cit.*, VIII, pàgs. 503 y 504.

- rompe definitivamente la identidad disposición/actos modificativos del derecho, que los autores habían apuntado ya en relación a la donación de bienes al momento de la muerte, tomando la idea de disposición en cuanto a decisión sobre la cosa.

4.3.-El efecto adquisitivo cierto.

La reserva de la facultad de disponer tácita implica ausencia de efecto dispositivo porque el donante, pudiendo disponer de la cosa, anula el efecto inicialmente previsto y se pone de manifiesto que tal reserva produce el fin del efecto adquisitivo para el donatario. En este sentido, la innovación de Ricard y de su doble consideración de la *tradition de droit* es que tiene en cuenta un nuevo punto de vista: el del donatario, que deriva del desarrollo del concepto de reserva tácita de disponer y lleva a considerar la pérdida del derecho por parte de aquél.

El interés por el efecto adquisitivo del donatario lleva a calificarlo como cierto: la certeza implica ausencia de cláusulas que impliquen reserva tácita de disponer. Así, se limita la posibilidad del donante de configurar el título de donación pues se exige un título con efecto dispositivo pleno¹⁴⁷ que comporte un efecto adquisitivo cierto y se impide que el donante intervenga de nuevo en la donación¹⁴⁸. Si ello sucede, existe reserva tácita de disponer.

¹⁴⁷ Cfr. BASNAGE (*op. cit.*, pág. 294): *ce serait donner imaginaiement que de retenir la libre disposition de la chose donnée; on rendroit ce contrat fort commun si l'on pouvait donner & en même temps faire dépendre de sa pure volonté l'effet de la donation...* En el mismo sentido THAUMASIERE, (*op. cit.* pág. 581).

¹⁴⁸ Así, DUMOULIN (*op. cit.*, II, Consilia...,) siempre en relación a la facultad de disponer, señala en su cons. 60, núm 6 que la posibilidad que el donante disponga de la cosa significa tener una *facultas revocandi* que deroga el título de donación por la subsiguiente cláusula de revocabilidad. De manera similar ARGOU, Gabriel, *Institution au droit français*, 3^a ed., Paris, 1710, pág. 247.

Sin embargo, el análisis dogmático de este efecto se lleva a cabo a través de la comparación con la donación mortis causa, señalando como carácter distintivo la irrevocabilidad.

La idea de calificar a la donación inter vivos como irrevocable¹⁴⁹ se basa en la vinculación del donante por la aceptación del donatario de forma que la donación produce plenamente sus efectos a partir del mutuo acuerdo sobre la atribución patrimonial; antes de este momento, el donante puede retirar su declaración de voluntad de contenido dispositivo libremente. En cambio, tras el acuerdo acerca de la donación no puede el donante destruir el efecto creado, luego la irrevocabilidad se predica del efecto dispositivo. Tal carácter, en cambio, no se predica de las mortis causa en las que el donante no queda nunca vinculado, pudiendo variar el curso de la atribución hasta el momento de la muerte que es el momento de su eficacia¹⁵⁰.

¹⁴⁹ La noción de efecto dispositivo irrevocable comporta calificar como tal a la donación, de ahí la confusión.

Emplea literalmente la expresión *donation irrevocable* LEBRUN (*op. cit.*, II, pág. 312) para señalar, precisamente, que la donación de los bienes que el donante tenga en el momento de la muerte no es irrevocable porque es *rei incertae*.

¹⁵⁰ Así, CUJACIUS (*Notæ ad libros IV Institutionum Dn. Justiniani & in eadem notæ Caroli Annibali Fobroti, lib. 2, Insit. De donationibus, cap. VII, § 2, en Opera...*, *op. cit.*): *Aliae autem donatione sunt, quae sine ulla mortis cogitatione fiunt, quae inter vivos appellamus, quae non omnino compatantur legatis: quae si fuerint perfectae, temere revocari non possunt; HOTOMANUS, op. cit., ad l. quisques, XXVIII: sed ubi donatio traditione consumata erat, revocari non poterat, post traditionem fere poenitentia erat: quia donatio...erat alienatio, itaque res donatae dominium in donatarium transferat...Nemo potest mutare consilium in alterius iniuriam.*

Siguiendo este mismo razonamiento pero en análisis concreto de la máxima consuetudinaria, afirma D'ARGENTRE (*op. cit.*, comentario al art. 226, costumbre de Bretagne, núm.2), en contra de DUMOULIN (*op. cit.*, II, *Consilia...*, cons. 60): *Nam ea [la donación] acceptata negandum est ab alterius factam pendere, si quidem possessio traslata sit, quae ipsa translatio quandoque in vita donataris fieri potest, ut & insinuatio.*

En principio, en el ámbito del derecho de costumbres la irrevocabilidad de la donación no se relaciona con la vinculación del donante, sino que, centrada después del desplazamiento posesorio¹⁵¹ que produce la transmisión de la propiedad, se refiere a la imposibilidad que se introduzcan cláusulas en la donación que impliquen facultad de disponer de la cosa donada, destruyendo el efecto adquisitivo, por ello se limita la configuración del título dispositivo. Pero el hecho de que la reserva de la facultad de disponer sea tácita permite un tratamiento distinto a la reserva expresa que determina la nulidad.

En la reserva tácita existe la posibilidad de disponer de la cosa hasta el momento de la muerte del donante -en tanto que límite temporal máximo de ejercicio de la facultad de disponer sobre la cosa-, con lo que la merma del efecto inicialmente previsto sólo es eventual. En otras palabras, la vinculación del donante -y, por ello, la eficacia del acto- se traslada a la muerte del donante y se asimila, pues, a una donación mortis causa. Esta es la razón que se permita convertir una donación inter vivos con reserva tácita de la facultad de disponer en mortis causa si reúne sus requisitos de forma¹⁵².

¹⁵¹ BEGAT, de formación romanista pero comentarista de la costumbre de Borgoña, al definir lo que se entiende por *donner & retenir ne vaut* transporta la noción de irrevocabilidad al momento anterior a la tradición y afirma que la reserva de la facultad de disponer anula la necesidad de tradición y hace que el efecto dispositivo dependa de la voluntad del donante, lo que anula la donación por que no llega a formarse el mutuo acuerdo sobre la transmisión (*op. cit.*, pág. 569).

¹⁵² Así, CHOPPINUS (*op. cit.*, lib. III, p. III, cap. IV, núm. 2) determina que una donación textualmente calificada mortis causa y irrevocable se considere inter vivos porque *causa donandi magis est quam mortis causa donatio*. Pero luego, la carga de ejecutar testamento de todo lo donado comporta *à duobus alterus, ut aut species haec donationis vivorum transeat in genus donationes causa mortis, libereque revocatione obnoxiae, aut omnimodo inefficax sit donatio ist haec quasi datum fuerit pariter a donatrice retentum*. Así, la primera solución, de acuerdo con la tradición de derecho común, no tiene en cuenta el momento de la irrevocabilidad, mientras la segunda apela directamente al *donner & retenir ne vaut*.

4.4 *El disponere ad exercitium.*

La noción de facultad de disponer se utiliza en relación a las donaciones modales de forma poco rigurosa porque, desde la óptica del donante, no implica disponer de bienes ajenos, sino obligar bienes ajenos. Aquello que induce a pensar en la reserva de la facultad de disponer tácita es que las cargas no tienen límite y pueden llegar a anular el efecto dispositivo inicialmente previsto de igual modo que la reserva expresa de vender.

En este sentido, el concepto de *ius disponendi* evoluciona de la mera idea de transmisión del derecho a terceros, lo que sería disposición de la sustancia de la cosa objeto de propiedad, a la noción de disponer del ejercicio del dominio que permite decidir no sólo sobre su eventual enajenación, sino también sobre la transformación de este o la manera cómo deben percibirse las utilidades que proporciona¹⁵³.

La evolución apunta hacia una noción de *ius disponendi* más lata que lo identifica como poder de decisión del titular sobre su derecho que abarca cualquier manifestación jurídica respecto del objeto de derecho¹⁵⁴,

¹⁵³ ALCIATUS (*op. cit.*, IV, comantario in ff. tit. de verbor. sign. l. CXCIV) habla simplemente de *praesentia* sobre la cosa, para definir luego el dominio con las palabras de BARTOLUS. Pero CONNANUS (*op. cit.*, *ibidem*) expone que todo derecho consiste ...*in acquirendo, in conservando, aut in minuendo.*

¹⁵⁴ Así, GALVANUS, Marcus Aurelius (*De usufructu dissertationes variae*. Genevæ, 1676, cap. II, págs. 11 y 12) critica la definición de Bartolus, en lo que a nosotros nos interesa, afirmando que ...*nec simpliciter ad ius re quoniam disponendi dominium referre debuit, quoniam ius disponendi pertinet magis ad naturam exercitiumque domini, quam de ejus intrinsecam substantiam...* Con lo que distingue la facultad de disponer como transmisión a transformación de la cosa que es un elemento natural pero no esencial del dominio, porque hay dueños que no pueden disponer, por ejemplo; y facultad de disponer como poder de decisión relacionada con el ejercicio del derecho. corpora la noción de *disponere ad exercitium*. En la misma línea, RUBEUS A. BUXETO, Carolus (*Tractatus de confusione et distinctione jurium Defuncti & haereditis*. Parmæ, 1697, cap. 5, núms. 20 y ss) recogiendo el mismo concepto de disponer del ejercicio: *Verum quia proprium dominium est, pose uti re sua, ut ex*

abandonando la noción más estricta de *ius disponendi*. Por ello, no es extraño que la noción de libre disposición de la cosa quedase notablemente ampliada, y con ella, la exigencia de transmitir la propiedad que implica el *donner & retenir*¹⁵⁵.

Con todo, considerar que la amplitud con la que pueden imponerse las cargas hace pensar que el donante conserva implícitamente el poder de disponer de la cosa donada, es una idea que maneja un concepto de disposición muy lato que sobrepasa no sólo la noción de enajenación, sino también la más amplia de *ius abutendi* que incluye los actos de transformación y destrucción de la cosa. Se trata de la noción de disponibilidad que empieza a contemplar el dominio como señoría sobre la cosa¹⁵⁶, con lo que no importa tanto si el acto atenta a no la sustancia de la cosa, como el poder de decisión que un sujeto tiene respecto de la cosa que lo individualiza como propietario. Es el inicio de la consideración del derecho de propiedad como algo más que la suma de facultades que utiliza la noción de "disponer" en sentido omnicompreensivo y, en cuanto continua permitiendo que el donante decida sobre la cosa, anula el efecto dispositivo inicialmente previsto.

Bart... aliquibus visa est definitio Bartoli relata potius ad naturam et exercitium dominii, quam ad ejus intrinsecam substantiam...

¹⁵⁵ Así, DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, en *Oeuvres de...*, T.II, 1ª ed., Paris, 1823, pág. 295: *...celui qui donne entre-vifs se dépouille lui-même de ce qu'il donne, et le transfère au donataire qui en devient le maître... avec le droit...d'en disposer comme il lui plaira*. De manera similar COCHIN, (*op. cit.*, pág. 486): *...cette maxime de notre Droit François, que donner & retenir ne vaut, c'est-à-dire, que le donateur ne peut retenir aucun droit sur la propriété des biens jusqu'à concurrence de la somme donnée, il ne peut plus les aliéner, les hypothquer, les substituer d'autres, il faut que dans l'instant même le donataire devienne propriétaire incommutable*.

¹⁵⁶ Así, RUBEUS A BUXETO (*ibidem*) llega a formular la siguiente definición de dominio: *Dominum est jus illud, quo rem facimus nostram, nobisque propriam*. Y GALVANUS (pág. 296 y 297): *Dominium est ius quo res propria est... plenitude effectus, ac utilitatis*.

5.—*Mecanismo de síntesis: la voluntad de donar.*

La plasmación del doble efecto dispositivo/adquisitivo inherente a toda donación inter vivos da a la máxima consuetudinaria *donner & retenir ne vaut* un contenido invariable y prefijado en relación a la necesidad de transmitir la propiedad del donante al donatario y este efecto es el resultado de tener en cuenta los dos requisitos de validez antes determinados. En palabras de Domat¹⁵⁷, es nula la donación si el donante puede disponer de la cosa, pero también si el donatario ve limitado el efecto adquisitivo, sin ambos requisitos, no se consigue el efecto propio de toda donación que es convertir al donatario en propietario de la cosa.

De esta premisa se llega al resultado de considerar que la *puissance de disposer* de la chose donée del artículo 274 de la costumbre de París conduce a la nulidad de todas las cláusulas que determinen la falta de intención de donar. Así, Delalande apunta que *donner & retenir ne vaut* se asimila a la presencia de ciertas cláusulas -las que hemos calificado como reserva expresa o tácita de la facultad de disponer- que destruyen la sustancia de la donación porque denotan falta de intención de donar¹⁵⁸, poniendo las bases para que Ferriere determine que tales cláusulas encierran presunción de que el donante no ha querido donar¹⁵⁹.

Esta nueva perspectiva introduce un cambio cualitativo ya que conduce a la nulidad cláusulas que no se conectan con la noción de facultad de disponer, ni aún en su acepción amplia de poder de decisión sobre la cosa como la prohibición de dar bajo condición potestativa por parte del donante. En este caso, el donante hace que el efecto de la donación dependa enteramente de su voluntad y manifiesta su intención de no donar¹⁶⁰.

¹⁵⁷ DOMAT, Jean. *Les lois civiles...*, *op. cit.*, pág. 296.

¹⁵⁸ DELALANDE, *op. cit.*, pág. 602.

¹⁵⁹ FERRIERE, *op. cit.*, pág. 297.

¹⁶⁰ Así, muy claramente la parte recurrente en el Arrest de 14 de enero de 1638 (BARDET, II, pág. 277): *...le donateur s'étant réservé le pouvoir et la faculté de disposer d'une partie de la terre, c'est la donner en apparence et la retenir en effet,*

Es esta evolución de los conceptos lo que permite el paso a una regulación uniforme en materia de donaciones que vendrá de la mano de la Ordenanza de 1731 que sintetizará los resultados doctrinales centrandó la máxima consuetudinaria en el requisito de una donación irrevocable.

ce qui est absolument interdit par nos coutumes. Cfr. BASMAISON, *op. cit.*, comentario al art. 18, costumbre de Auvergne, pág. 136; LE BRUN, *op. cit.*, lib. IV, chap. II, sect. II, núm. 34; RICARD, *op. cit.*, núms. 1038 a 1042 y FERRIERE, *op. cit.*, pág. 298.

—Capítulo 2—

*LA RESERVA
DE LA FACULTAD DE DISPONER
EN EL CONTEXTO
DE UNA DONACIÓN IRREVOCABLE*

1.—*La eficacia del título: disposición real y efectiva: las "formalidades" de la donación*

La Ordenanza de 1731¹ da a la materia de la donación inter vivos su regulación definitiva en los temas que trata que pasará luego al Code Napoleon prácticamente sin variaciones². Respecto del donner et retenir ne vaut destaca su formulación en torno al concepto de desposeimiento porque sólo la transmisión de la propiedad de una cosa a título gratuito puede calificarse como donación³. Tal efecto se consigue mediante la tradición de la cosa donada,

¹ Su título completo es: "Ordonnance pour fixer la jurisprudence sur la nature, la forme, les charges ou conditions des donations, donnée à Versailles au mois de février de 1731". Cfr. REGNAULT, Henri, *Les Ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau. Les donations et l'Ordonnance de 1731*, Paris, 1929, pág. 82.

² Basta observar la correspondencia entre los artículos del citado texto y del Code especialmente en la materia que nos ocupa: el artículo 1 prácticamente se reproduce en el 931 del Code, el 15 pasa a ser el 943 y el 948 del Code y 16 origina los artículos 944, 945 y 946.

³ Cfr. DAVOT, Gabriel (*Traité sur diverses matières de droit françois à l'usage du Duché de Bourgogne d'autres Pays qui ressortissent au Parlement de Dijon*, Dijon, 1752, IV, pág. 498):

Donation entre-vifs, est une libéralité actuelle, autrement, une disposition à titre gratuit, qui transmet dans le moment et irrévocablement un bien ou un droit, à quelque personne acceptante.

que es el instrumento del necesario desposeimiento⁴. La admisión en el Code de la transmisión consensual de la propiedad elimina este requisito como se encarga de destacar el artículo 938. Hasta aquí, se recoge lo que ya había puesto de manifiesto la doctrina, pero a partir de la redacción de este texto legal se advierte que el desposeimiento se caracteriza por ser real y efectivo, es decir, "irrevocable".

La cualidad de "real" viene a superar los problemas sobre la existencia de la donación una vez mermada la publicidad posesoria por la admisión de la tradición fingida, se relaciona. La cualidad de "irrevocable" pasa a ser el carácter esencial de la donación que la define como tal exigiendo un transmisión definitiva de la propiedad —o *tradition de droit*—. Es en este significado donde se cobija el sentido del *donner et retenir*, con lo que la oposición donación/facultad de disponer, aunque se mantiene, pierde el carácter de principio general y pasa a ser una de las causas de que la donación sea nula por falta de irrevocabilidad.

Siguiendo a Bourjon⁵, la constatación del acto dispositivo —de su "realidad"— se realiza a través de lo que se denomina como *formalités*

PRÉVOST DE LA JANNES (*Les principes de la jurisprudence*, T. II, Paris, 1780, pág. 168: ...*le donateur transfere irrévocablement par el motif de la libéralité, la propriété d'une chose qui lui appartient, à une personne qui l'accepte.*

4 Cfr. BOURJON, François, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, II, Paris, 1770, comentario al art. 274, pág. 109.

5 A BOURJON (*op. cit.*, II, págs. 108 y 109) corresponde haber distinguido entre forma intrínseca y forma esencial del acto, correspondiendo, respectivamente a la realidad y efectividad del *dépouillement*. Del mismo modo POTHIER, Robert Joseph, *Traité des successions. Des donations testamentaires. Des donations entre vifs. Des substitutions. Des propes*, en *Oeuvres*, T.VII, Paris, 1827, pág. 445.

En cambio FURGOLE, Jean-Baptiste (*Ordonnance de Louis XV Roy de France et Navaree pour fixer la jurisprudence sur la nature, la forma, les charges & les conditions des Donations. Donnée à Versailles au mois de février 1731*, Toulouse, 1733, págs. 5 a 7) distingue entre formalidades sustanciales del acto, que son aquellas que se presentan unidas a él -escritura pública, inventario de bienes muebles-, de

extrinsèques de la donación —escritura pública, inventario en caso de donación de bienes muebles e insinuación⁶—, siendo las *intrinsèques* aquellas que garantizan la efectividad de la disposición a favor del donatario —tradición y efectivo desposeimiento⁷—. A pesar de la denominación, los requisitos impuestos respecto del desposeimiento no son siempre requisitos de forma, especialmente los que se califican como intrínsecos ya que, en realidad, dibujan la esencia del acto dispositivo⁸. Sin embargo su vinculación a los elementos

aquellas separadas que simplemente le acompañan como la insinuación, así, las sustanciales continúan siendo requisitos de forma, mientras la efectividad del desposeimiento escapa de la calificación como forma de la donación.

La distinción entre formalidad intrínseca y extrínseca es utilizada también por el tribuno FAVARD al presentar el texto a la asamblea: *Il est de l'essence de la donation entre-vifs qu'elle soit irrévocable: donner et retenir ne vaut. Les tiers doivent être mis à l'abri de toute surprise. Voilà les grands principes qui servent de type à tout ce développement des formalités intrinsèques et extrinsèques.* (Cfr. FENET, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Osnabrück, 1968, reimpresión de la edición de 1827, XII, pág. 595).

- 6 La donación precisa, además, la aceptación expresa del donatario que da a la donación la irrevocabilidad en cuanto acto dispositivo, no pudiendo el donante retirar su proyecto de atribución. Los artículos 5 y 6 se dirigen a impedir la aceptación tácita, pero este requisito no tiene nada que ver con la máxima en estudio que se refiere a la irrevocabilidad del efecto dispositivo.

Sobre las solemnidades extrínsecas y la irrevocabilidad esencial de la donación ver POTHIER, *Coutumes d'Orléans. Coutumes des Duché, Bailliage et Prévoté d'Orléans*, en *Oeuvres...*, T. X, Paris, 1827, pág. 472, donde destaca la forma del acto, el inventario de bienes muebles y la insinuación.

- 7 Las formalidades intrínsecas reúnen, en realidad, los dos elementos vinculados a la donación por la máxima *donner et retenir ne vaut*.

- 8 Así lo establece DENISART, J.B., *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives a la jurisprudence actuelle*, Sixième édition, Paris, 1768; pág. 521 ss. En contra de la inclusión bajo la denominación de formalités se pronuncia también LAURENT, F., (*Principes de Droit civil français*, T. XII, Paris-Bruxelles, 1874,

formales y la división en formalidades intrínsecas y extrínsecas, aunque sólo sea a efectos de ordenación de la materia se mantiene claramente en el Code9 y es

pág. 530), que identifica forma con solemnidades exteriores. De manera similar TASSARD, Paul, *Droit français: De la règle donner & retenir ne vaut*, Tesis doctoral leída en la Universidad de Nancy, 1872, pág. 66: *Ce caractère d'irrévocabilité...il est une qualité intrinsèque de la donation, qu'il ne faut pas confondre avec les vices de formes, lesquels peuvent, dans certains cas, faire annuler la donation.* De manera similar BONNECASE, Julien (*Elementos de derecho civil*, traducción por... Jose M. Cajica, T. III, Puebla, 1946, pág. 391) establece que la irrevocabilidad e la donación es una de los elementos de fondo de la donación.

- 9 En la discusión del Proyecto del código ante el Consejo de Estado, en el Capítulo IV (*Des donations entre vifs*) del Título II (*Des donations entre vifs et des testaments*) se distinguía una primera sección titulada *De la forme des donations entre-vifs*, y una segunda titulada *De l'irrévocabilité des donations*. En la *Communication officieuse à la section de Législation du Tribunat (séances du 10 germinal an XI (31 mars 1803))* se propone suprimir tal división para encajar todos los artículos en la primera: *Le motif de cette supresion est que les articles qui composent cette section (II) ne sont point relatifs à son intitulé, qui est de l'Irrévocabilité des donations entre-vifs; et ils peuvent convenir à l'intitulé de la Iere section.* (FENET, *op. cit.*, XII, pág. 453). Esta reflexión viene a institucionalizar la noción de "forma intrínseca" para el carácter de irrevocable de la donación, y así queda en el texto definitivo, una única sección se refiere a la vez a las formalidades extrínsecas y a la que serían las intrínsecas a la imposibilidad que la donación sea revocable (arts. 931 a 952). La noción de formalidad deviene pues, usual. Vide, GRÉNIER, *Traité des donations*, 3ª ed., Clermont-Ferrand, 1826, I, pág. 156; TOULLIER, G.B.M., *Il dritto francese secondo l'ordine del Codice*, 3ª edición, Napoli, 1839, V, pág. 117 y 118; BOILEUX, J. M., *Commentaire sur le Code civil, Revu et précédé d'un précis de l'histoire du droit civil par M. F.F. Poncelet*, 4ª ed., T. II, Paris, 1838, pág. 429; MARCADE, V., *Explication théorique et pratique du Code de Napoléon*, T. III, 5ième édition, Paris 1852, pág. 510; TROPLONG, *Delle donazioni fra vivi e dei testamenti*, Traducción italiana de Giacinto Mosca, T. I, Napoli, 1855, I, pág. 48, nota 2; DEMANTE, A. M., *Cours analytique de Code Napoléon*, Continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, T. IV, Paris, 1858, pág. 201; DEMOLOMBE, C., *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, VI, *Cours de Napoléon*, T. XX, Paris, 1868, pág. 347, n. 367.

cláusula de estilo en el derecho francés, ello justifica nuestro empleo aún especificando su contenido dogmático.

1.1.-La realidad del efecto dispositivo se vincula a la forma extrínseca de la donación.

La pérdida de importancia de la tradición como medio de publicidad posesoria lleva a la determinación de otros medios que suplan el estado de apariencia que aquella creaba. Se pasa a estructurar un sistema de requisitos formales —cuya calificación como formalidades no presenta problemas— que sirvan para constatar la realidad de la transmisión efectuada. Así, se convierte a la escritura pública en forma esencial de la donación que comporta la nulidad de la donación consignada en escritura privada, según el tenor literal del artículo 1¹⁰ —y de su concordante en el Code, el art. 931—. De la misma manera el inventario de bienes muebles identifica los bienes donados en caso que

Modernamente, HERAIL DE BRISSIS, Martine d', (*L'adage "donner et retenir ne vaut". Sa valeur actuelle*, Thèse pour el doctorat lise à l'Université de Bordeaux-1, 1982, pág. 107, y especialmente, págs. 110 y 111) utiliza para este concepto la expresión *condition de fonds* que se acerca más a la idea de requisito de validez de la donación.

La segunda sección, sobre excepciones a la irrevocabilidad de la donación se refiere a una serie de causas tasadas en las que prima un interés superior al de mantener la inicial atribución y se permite la revocación. La diferencia fundamental es que aquí la revocación es a posteriori si se dan ciertas circunstancias y porque la ley autoriza a la revocación; mientras la irrevocabilidad predicada de la donación en el artículo 894 del Code —la que se considera como formalidad intrínseca— se refiere a la imposibilidad de configurar un título como revocable, dando al donante la posibilidad de alterar el efecto previsto. Vide infra Epígrafe 2.

¹⁰ Art. 1: Tous actes portant donations entre vifs seront passés par-devant notaires, et en restera minute, à peine de nullité. Cfr. REGNAULT, *op. cit.*, pág. 577.

no exista tradición real¹¹, para evitar la aplicación de la fórmula en fait de meubles la possession vaut titre¹², la tradición real obvia los problemas derivados de la apariencia posesoria y cumple suficientemente con el requisito del *dépouillement réel* sin necesidad de acto público¹³.

Tales formalidades extrínsecas se dirigen a evitar la simulación de donaciones que la insinuación, como requisito de publicidad, no es capaz de establecer por sí sola. En efecto, la insinuación permite que los terceros

¹¹ El inventario de bienes muebles era exigido ya por LAMOIGNON, Guillaume de, *Recueil des arrêts de M. le Premier Président de Lamoignon*, Nouvelle édition, revue & corrigée, Paris, 1777, arrêté núm. XIX -obra doctrinal privada con pretensiones de unificar la normativa consuetudinaria- pero limitado al caso de donación de todos los bienes presentes y futuros y como requisito de validez: la donación sólo valía respecto de los inmuebles presentes y de los muebles inventariados, lo que suponía una doble exigencia para este segundo tipo de bienes, pues el inventario precisaba que los bienes fueran presentes. La razón de esta previsión es la facilidad con que tales bienes pueden distraerse si no constan de forma fehaciente.

En la Ordenanza, el requisito se expresa en la segunda proposición del artículo 15 después de haber limitado el contenido de la donación a los bienes presentes, con lo que se sigue la sistemática presentada por Lamoignon. Sin embargo, la tajante nulidad de la donación de bienes futuros convierte al inventario de bienes muebles en un requisito de forma de toda donación como así indica el artículo 948 del Code que recoge la misma previsión: *Tout acte de donation d'effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont l'estat estimatif, signé du donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la donation.*

¹² BOURJON, *op. cit.*, pág. 111: ...en cessant cet état [inventario] il n'y auroit pas de vrai dépouillement de la part du donateur, puisqu'il seroit maître d'affoiblir le droit résultant d'une telle donation, ce qui la vicieroit par la règle, donner et retenir ne vaut; règle qui reçoit ici d'autant plus d'application, qu'en matière de meubles, la seule possession vaut titre de la propriété d'iceux; en ce cas, il seroit donc constant que el donateur auroit conservé la propriété. En el mismo sentido DENISART, *op. cit.*, pág. 523.

¹³ Así, los autores expresan que el inventario equivale a tradición: FURGOLE, *op. cit.*, pág. 62; DENISART, *op. cit.*, pág. 523, BOURJON, *op. cit.*, pág. 111.

conozcan la existencia de la transmisión patrimonial realizada¹⁴, la escritura o el inventario de bienes muebles evitan el *consilium fraudis* entre donante y donatario porque la existencia de la transmisión patrimonial consta de modo cierto¹⁵.

Tal requisito de certeza, en el caso del inventario de los bienes muebles, tiene como consecuencia indirecta favorecer la irrevocabilidad de la transmisión patrimonial, ya que la individualización de los bienes donados impide que el donante pueda alterar su composición. Si los bienes no se determinasen, el efecto del acto dispositivo dependería del donante y, como veremos, esta posibilidad impide que la donación sea irrevocable.

¹⁴ DENISART, *op. cit.*, 526; POTHIER, *op. cit.*, *Traité des donations...*, VII, pág. 459 y 469.

¹⁵ Así lo expresan BOUTARIC, François de, (*Explication de l'Ordonnance de Louis XV. Roi de France & de Navarre. Du mois de février 1731, concernant les donations*, Avignon, 1744, págs. 5 y 6): *...dans les Pays Coûtumiers...la liberté de disposer à cause de mort, étant restreinte par les Coûtumes, en faveur des Héritiers du sang, il falloit que la Donation qualifiée entre-vifs fût constatée par un Acte public pour savoir en quel tems, & dans quelles circonstances elle avoit été faite...*; y DAMOURS, M. (*Conference de l'Ordonnance concernant les donations, avec le droit romain, les anciennes ordonnances, la jurisprudence des Parlemens, et le sentiment des auteurs*, Paris, 1753,

(pág. 15): *...comme sont un des Actes les plus importants de la société, le Législateur ne pouvoit prendre trop soin d'en rendre l'existence certaine, la solemnité parfaite & l'exécution infaillible. En admettant les Donations sous signature privée comme on le faisoit autresfois, c'étoit ouvrir la porte à toutes les fraudes que la cupidité peut suggérer. L'acte sous seign privé n'ayant point de date certaine il ne restoit que el moyen de l'insinuation pour donner à la Donation une époque sûre...et l'insinuation elle-même n'empêchoit pas que le donateur ou le donataire ne pussent supprimer ou changer l'original de las Donation... Aín más claramente POTHIER, (*Traité des donations...*, *op. cit.*, VII, pág. 475): *L'insinuation ne concerne que la publicité de la donation, qui a toute sa force san cela. L'acte pardevant Notaire est requis pour la force même de cet acte; c'est pourquoi on ne peut guère se dispenser de regarder la donation comme entièrement nulle sans cela.**

A su vez, se exige una nueva formalidad¹⁶ tras la escritura pública que es la necesidad de custodia del original por parte del Notario a fin de evitar que, si éste queda en poder del donante, destruya la prueba de la existencia de la donación. Este requisito normalmente se relaciona directamente con la irrevocabilidad necesaria en toda donación¹⁷, pero tal afirmación debe matizarse:

El peligro de dejar el original en manos del donante es, en primer lugar, que a pesar de existir un acto público sea difícil probar la realidad del acto, y por tanto, del desposeimiento. Sólo porque no puede constar de modo fehaciente la existencia del acto podremos afirmar que su efecto depende del donante que tiene en su poder la prueba de su existencia y puede negarse a enseñarla o hacerla desaparecer. Con todo, esta formalidad se relaciona más con el valor probatorio que se atribuya a las copias del documento. Como éste se

¹⁶ DAGUESSEAU -canciller del rey Luis XV y encargado de la obra legislativa por temas que pretendía unificar el mosaico consuetudinario en la primera mitad del siglo XVIII y que dirige el proceso de redacción de la Ordenanza sobre donaciones- plantea la posibilidad de introducir esta previsión en las apostillas que realiza al artículo 8 del primer Proyecto basándose en el arrêté XII de Lamoignon : *C'est donner et retenir, quand le donateur...demeure saisi & maître des pièces justificatives de la donation jusqu'à son décès*. Se sigue, pues, la línea expuesta por la doctrina anterior a la Ordenanza, vide infra, cap. 1. En aquel contexto, tal previsión resultaba más fundada toda vez que el acto no tenía requisito de forma esencial. En cualquier caso, el Canciller propone no impedir que el donante se reserve la documentación que prueba la realidad del acto, sino que el original esté en poder del Notario. Joly de Fleury -Primer Presidente del Parlamento de París que recibe las apostillas del Canciller- no juzga acertado incluir ninguna previsión al respecto. Cfr. REGNAULT, *op. cit.*, pág. 557.

¹⁷ THAUMASIÈRE, Gaspard Thomas de la, *Les anciennes coutumes locales de Berry, et celles de Lorris commentées par...*, nouvelle édition, Bourges, 1779, pág. 581; DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, Guy, *Commentaire sur les nouvelles ordonnances concernant les Donations, les Testaments, le Faux principal, Faux accident, & la Reconnaissance des écritures & signatures privées en matière criminelle, & sur la Déclaration concernant les Cas Prévôtaux ou Présidiaux*, Paris, 1753, pág. 46; POTHIER, *Traité des donations...*, *op. cit.*, VII, pág. 474-5; DENIZART, *op. cit.*, II, págs. 141 y 142; PREVOST, *op. cit.*, pág. 177-178; DAMOURS, *op. cit.*, pág. 15.

considera nulo¹⁸, se requiere con insistencia que el original no quede en posesión de ninguna de las partes, especialmente del donante porque podría destruir la prueba de la realidad del acto dispositivo. Mediante esta precaución se evita también la nulidad de la donación por falta de irrevocabilidad ya que el donante puede alterar el efecto de la donación si destruye la escritura en la que consta. Así, la destrucción de la documentación que acredita la donación impide que se cumpla el segundo requisito exigido al desposeimiento: la efectividad o irrevocabilidad.

1.2.-La imposibilidad de donar bienes futuros

Alterar el efecto de la donación impide que el desposeimiento sea efectivo, pero antes de pasar a averiguar qué significa la transmisión definitiva de la propiedad que exige la donación se plantea una cuestión previa: la determinación de su objeto a la luz del precepto contenido en el artículo 15 de la Ordenanza que lo limita de la donación a todos los bienes presentes sin que quepa donar los bienes futuros.

El artículo 15 y la prohibición de donar bienes futuros no es producto de la casualidad: su validez o nulidad —enmarcada en la más amplia de si es posible dar los bienes presentes y futuros— fue una de las más conflictivas del proceso de redacción de la Ordenanza de 1731.

En principio, la elección de las donaciones como primera materia para iniciar la tarea unificadora del Derecho Privado fue premeditada pues según Daguesseau era una de las que ofrecía menos diferencias entre las zonas de derecho escrito y de derecho de costumbres¹⁹. Así, se inició el proceso de

¹⁸ DAMOURS, *op. cit.*, pág. 17. En cambio FURGOLE considera que el requisito establecido en la ley se cumple aunque se entregue el original al donante si el donatario tiene copia, ya que esta hace prueba para él de la transmisión realizada (*op. cit.*, pág. 8).

¹⁹ Este motivo, junto con la simplicidad de la materia hacen que se escoja como primera en la tarea legislativa del Canciller. Así se afirma en el preámbulo de la ley (Cfr. REGNAULT, *op. cit.*, pág. 578).

elaboración del texto con una consulta a todos los Parlamentos —Tribunales Regionales de Justicia— a los que se envió un cuestionario sobre la materia siguiendo las cuestiones que Bretonnier apuntaba en su obra como juzgadas de forma diversa en los diferentes tribunales²⁰. En ellas no se hacía ninguna mención al carácter irrevocable de la donación ni a la máxima consuetudinaria *donner et retenir ne vaut*, pero precisamente este tema fue abordado con ocasión de discutir la tercera cuestión referida al tema que ahora nos ocupa donde los Parlamentos de derecho de costumbres y de derecho escrito se muestran divergentes.

La cuestión presenta tres interrogantes:

- si las donaciones de bienes presentes y futuros son válidas
- en caso de respuesta afirmativa si pueden dividirse y valer sólo en cuanto a los bienes presentes
- si puede imponerse al donatario el pago de las deudas posteriores a la donación.

²⁰ Cfr. BRETONNIER, *Recueil par ordre alphabetique des principales questions de droit qui se jugent diversement dans les différens Tribunaux du Royaume, avec des réflexions pour concilier la diversité de la jurisprudence et la rendre uniforme dans tous les Tribunaux*, Paris, 1742, págs. 106 a 129. Acerca de la donación el autor se interroga sobre la validez de la donaciones de bienes presentes y futuros y su divisibilidad; las deudas y legítimas que, en su caso, debe pagar dicho donatario; la forma cómo debe realizarse la reducción de donaciones por inoficiosidad legitimaria; si la dote de las hijas queda afectada por la reducción; la insinuación de la donación y el lugar dónde debe llevarse a cabo; cómo debe procederse a la revocación de donaciones por supervivencia de hijos. A estas preguntas se añaden dos en el cuestionario enviado a los Parlamentos: la conveniencia de dar a la donación una forma esencial requiriendo escritura pública para su validez, y la conveniencia de mantener la conversión de una donación inter vivos en mortis causa si cumple sus requisitos (cuestiones primera y cuarta, respectivamente) Cfr. REGNAULT, *op. cit.*, pág. 820).

En los Parlamentos de derecho escrito²¹ la respuesta es claramente a favor de la validez condicionada a alguna reserva que asegure al donante la posibilidad de testar. Además, y siguiendo fielmente la exposición de Bretonnier se afirma que tales donaciones son divisibles, pudiendo el donatario bien aceptar todos los bienes y ser responsable de todas las deudas anteriores y posteriores a la donación, o bien limitarse a los bienes existentes en el momento de la donación y liberarse de las deudas posteriores²². En este sentido, el pago de las deudas posteriores se relaciona con la responsabilidad del donatario gracias a su título universal.

Las cuestiones formuladas tienen, pues, una lógica desde el prisma del derecho escrito, pero en la zona de derecho consuetudinario la cuestión es más controvertida y las respuestas son diversas:

A favor de la nulidad se pronuncian las zonas donde rige la máxima *donner & retenir* — Parlamentos de París y Metz—, ya que son juzgadas contrarias a tal principio. Al contrario, el Parlamento de Besançon explica que en su territorio nunca se ha aplicado tal regla y sigue en este punto el derecho escrito, de manera similar al de Dijon que exige reserva de una porción de los bienes. Por su parte, los Parlamentos de Flandes y Rennes se limitan a dar la respuesta en caso de donaciones universales, obviando el problema de que existan bienes futuros²³.

Así, mientras en la zona de derecho escrito las donaciones de bienes presentes y futuros no plantean otro problema que el de ser inmensas y despojar al donante de todo lo que tiene —problema que se soluciona a través de las reservas, especialmente la de testar—, en la zona de derecho de costumbres el problema de una donación inmensa no se plantea con tanta intensidad, mientras

²¹ Parlamentos de Toulouse, Provence, Pau, Grenoble, Alsace, Bordeaux y Conseil Général du Roussillon. (Cfr. CHENON, Emile, *Histoire générale du droit français public et privé des origines a 1815*, Tome II, Premier Fascicle, *Période Féodale et Coutumière (du Xe au XVIIe siècle) Période Monarchique*, Paris, 1929, pág. 325).

²² Cfr. BRETONNIER, *op. cit.*, pág. 106.

²³ Cfr. REGNAULT, *op. cit.*, págs. 424 y ss. Sobre la diferencia entre donación de bienes presentes y futuros y donación universal de todos los bienes presentes vide BOURJON, *op. cit.*, pág. 114.

que se centra en la calidad de futuros de los bienes que impide el desposeimiento, y aún sólo donde rige el *donner & retenir*.

Ante este mosaico de opiniones, la solución final del artículo 14 deriva de la interpretación de la Comisión legisladora para llegar a la necesaria unificación:

- Por una parte, se produce un cambio de perspectiva entre la respuesta de los Parlamentos de derecho escrito y la intervención de Joly de Fleury en el Parlamento de París al presentarlas para su discusión²⁴. En efecto, el Canciller General afirma que los Parlamentos se pronuncian a favor de la nulidad de la donación de bienes futuros, desconociendo la incidencia práctica que tienen los mecanismos convalidatorios señalados como la reserva de testar²⁵, con lo que la pretendida unidad de los Parlamentos acerca de la nulidad es ilusoria y así de demuestra en las protestas —remontrances— que se presentaron al texto del artículo 15²⁶.

²⁴ Tras el cuestionario enviado a los Parlamentos, Daguesseau encarga a dos abogados del Parquet de Paris el resumen de las respuestas recibidas, siendo Mathieu quien se encarga de los Parlamentos de derecho escrito y Parinelle de los de derecho de costumbres. Con la base de tales trabajos, Daguesseau presenta su memoria al Parlamento de París donde se forma la comisión que ha de proceder a la redacción. (Cfr. REGNAULT, *op. cit.*, págs. 407 y ss.). Joly de Fleury es el presidente del Parlamento de Paris que dirige la Comisión.

²⁵ Así, se tiene poco en cuenta el resumen que de la respuestas de los Parlamentos de derecho Escrito hizo el Abogado Mathieu para los trabajos que luego se realizarían en el Parlamento de París, pues él proponía admitir la donación de todos los bienes presentes y futuros acompañada de una reserva (REGNAULT, *op. cit.*, pág. 506). La exposición de Joly de Fleury ante el Parlamento de París -que tiene una intervención destacada ya que se le dan a conocer el resultado de los cuestionarios-, se basa en criterios puramente numéricos, llegando a afirmar que 10 de los catorce Parlamentos -donde se incluyen los de derecho escrito- deciden que tal donación debe ser nula, pero olvidando que los correctivos arbitrados en contra de tal solución hacen imprescindible una lectura contraria de las respuestas formuladas (cfr. *ibidem*, pág. 529).

²⁶ FURGOLE pone de manifiesto que el artículo 15 representa el triunfo de las tesis de derecho consuetudinario, ante los principios de derecho romano que intentan

- Por otra, en la órbita consuetudinaria, el resumen de respuestas de los Parlamentos hecho por Perrinelle se decanta a favor de la nulidad de tales donaciones siguiendo la última jurisprudencia del Parlamento de París que sigue la doctrina de Ricard²⁷.

Esta solución abre la vía a la aplicación del principio del *donner et retenir* que se confirma parcialmente en la intervención especial de la Comisión

salvaguardar la libertad de testar. Y aún reconoce que la práctica convalidatoria de la reserva para testar es una vaine formalité. Este argumento es el utilizado por Daguesseau en la respuesta a las remontrances de los Parlamentos de Bordeaux y Toulouse afirma que *ce dernier point ayant été discuté plus exactement qu'aucun autre, on considère que cette réserve se réduisant presque à rien dans l'usage, et ne faisant point cesser réellement le véritable inconvenient des donations de tous biens présents et à venir, elle ne doit être regardée que comme une vaine formalité, qui tomboit sur les mots plutôt que sur les choses.* (DAGUESSEAU, *Oeuvres*, XII, pág. 314 y 328).

- ²⁷ La cuestión de la validez de las donaciones de bienes presentes y futuros genera una jurisprudencia vacilante en el Parlamento de París, siguiendo la polémica acerca si *donner et retenir ne vaut* se aplica sólo a las donaciones particulares, o si es de aplicación general luego las donaciones de bienes presentes y futuros implican reserva tácita de la facultad de disponer -vide infra cap. 1, epígrafe 4-.

Finalmente triunfa este último planteamiento hecho por Ricard que marca la línea de la jurisprudencia del Parlamento de París en este tema. Así lo afirma GRENIER, *op. cit.*, I, pág. 13: *L'opinion de Ricard... fit une espèce de revolution dans la jurisprudence. Les arrêts qui suivirent furent rendus conformément à son opinion tandis qu'il y en avait auparavant un grand nombre qui étaient contraires.* Por ejemplo, *Arrêt de la 5^{ème} chambre d'Enquêtes* de 11 de enero de 1585 (Cfr. LOUET, Georges, *Recueil de plusieurs notables arrêts du Parlement de Paris, pris des memoires de ... Avec un grand nombre d'Arrests & de Notables décisions, recüeillis par seu Maistre Julien BRODEAU...* T.I. Paris, 1700, letra D, núm. 10, y las anotaciones de Brodeau en el núm. 3); *Arrêt* de 20 de marzo de 1608 (Cfr. RICARD, Jean M., *Traité des donations entre-vifs et testamentaires*, I, Paris, 1713 núm. 987); y *Arrêt* de la Grand Chambre de 2 de julio de 1659 (Cfr. RICARD, *ibidem*, núm. 993).

del Parlamento de París sobre las soluciones propuestas a las cuestiones planteadas por los restantes Parlamentos que adopta la nulidad en todo caso, aún en cuanto a los bienes presentes quedando a opción del donatario las deudas que seran a su cargo²⁸.

Finalmente, en los trabajos de redacción de la Ordenanza, la solución adoptada en el artículo 8 que pasará a ser el 15 del texto definitivo es la nulidad de la donación de bienes futuros. A través de ella, aflora el principio del *donner & retenir ne vaut*, marginado de las cuestiones planteadas a los Parlamentos, pero se modifica el enfoque dado por Ricard:

El problema de los bienes futuros es que no cabe disponer de lo que todavía no está en el patrimonio del donante ya que no cabe el desposeimiento, luego —como afirman los autores²⁹— impide la tradición, signo del necesario desposeimiento que comporta la donación como acto dispositivo, pero también se afirma claramente que el donante no puede disponer de lo que todavía no está en su patrimonio³⁰, reconduciendo lógicamente el problema de dar bienes futuros al tema de su objeto posible en cuanto acto dispositivo.

²⁸ Joly de Fleury presenta dos soluciones pero ambas basadas en la nulidad de la donación de bienes futuros. La que se adopta finalmente y la que fue rechazada por el Parlamento que limitaba las donaciones a todos los bienes presentes. Se pone de manifiesto que el problema planteado por tal tipo de disposiciones no es su carácter de inmensas sino las imposibilidad de donar aquello que aún no se tiene. REGNAULT, *op. cit.*, pág. 530.

²⁹ Así, muy claramente DAMOURS, *op. cit.*, pág. 134: *Le vice qui résulte du défaut de tradition, et de l'impossibilité de donner ce qu'on n'a pas (les biens à venir) infecte la donation dans son espèce, et l'empêche d'être donation jusqu'il fait que l'acte manque d'une partie de la matière qui en devoit faire l'objet.* Ver también pág. 139. En el mismo sentido FURGOLE, *op. cit.*, pág. 59; BOUTARIC, *op. cit.*, pág. 66; DU ROUSSEAUD, *op. cit.*, pág. 61; DAVOT, *op. cit.*, pág. 504 y 505; POTHIER, *Traité des donations...*, *op. cit.*, VII, pág. 456 y 457, BOURJON, *op. cit.*, pág. 113.

³⁰ GUILHON C.G. (*Traité des donations entre-vifs*, Toulouse, 1818, I, pág. 2): *...il est impossible se dépouiller de ce qu'on n'a point. Les biens à venir n'existant pas lors de la donation, ils sont, par rapport au donateur, comme le néant, ou une chimère; il lui est donc impossible de disposer.*

Sin embargo, no se olvida la idea de Ricard que la donación de bienes futuros deja en manos del donante su adquisición o disposición de lo que se desprende que la nulidad es tanto más evidente toda vez que nunca pueden conferir al donatario un derecho irrevocable. Este argumento de autoridad contribuye a explicar la rígida solución del artículo 15.³¹

La imposibilidad de donar bienes futuros plantea el problema de la posible divisibilidad del acto, permitiendo su validez en cuanto a los bienes presentes. También aquí la opinión expresada por Ricard³² triunfa pues se

De manera similar CHABOT DE L'ALIER, (*Questions transitoires sur le Code Napoléon*, Paris, 1809, I, pág. 170); DURANTON, M. (*Corso di diritto civile secondo il codice francese*, 4ª edizione, Napoli, 1854, IV, pág. 365 y ss.); MICHAUX, Alexandre (*Traité pratique des donations*, Paris, 1866, pág. 26); DEMOLOMBE, *op. cit.*, III, pág. 356 y 374.

³¹ Con todo, las explicaciones de los autores son poco precisas. POTHIER, en el tratado dedicado a las donaciones se limita a enunciar ambas causas de nulidad de la donación de bienes futuros (*Traité des donations...*, *op. cit.*, VII, pág. 456), y de manera similar en el dedicado a la costumbre de Orléans (*Coutume d'Orléans...*, *op. cit.*, X, pág. 468 y 469). PREVOST (*op. cit.*, págs. 134 y 137) determina la imposibilidad de donar bienes futuros como consecuencia del carácter de irrevocable de la donación, pero desarrolla en concepto explicando que la tradición debe ser posible en el momento de la donación.

³² Cfr. RICARD (*op. cit.*, núm. 1026) en contra se expresaba BRODEAU en sus anotaciones a LOUET, *op. cit.*, litt D. somm. 10, núm. 3.

Esta opinión es contraria también a la propuesta por LAMOIGNON en sus arrêts (*Les arrêtes de...*, *op. cit.*) que sirvieron de modelo a la Comisión redactora del texto legal. Esta obra, que acabó publicándose como estudio doctrinal, pretendía ser el primer código general consuetudinario que acabase la obra de uniformización iniciada por la redacción de las costumbres. Así, recogía estrictamente el principio de *donner et retenir ne vaut* y enunciaba sus consecuencias (arrêts X a XIII). Respecto a la posibilidad de donar bienes futuros se pronuncia en contra, pero admite la validez parcial respecto de los bienes susceptibles de tradición: arrête XIX: *La donation des biens présents et à venir n'est valable que pour les immeubles présents et pour les meubles dont inventaire aura été fait lors de la donation...* Sobre la necesidad del inventario vide infra., epígrafe 1, en realidad tal requisito asegura el desposeimiento real

considera que no se puede dividir lo que fue concebido originariamente como único, y además es imposible querer investigar si realmente fue esa la voluntad de los sujetos intervinientes, pues se caería en la injusticia derivada de las conjeturas de voluntad³³. El criterio adoptado varía en el Code que se pronuncia a favor de la divisibilidad toda vez que *utile per inutilem non vitatur*³⁴.

La recepción de la máxima *donner et retenir ne vaut* se percibe claramente en el tratamiento de la responsabilidad por deudas del donatario ya que deja de plantearse este tema. Ahora, la imposibilidad de dar bienes futuros y la no divisibilidad el acto obvian la necesidad de una regla específica sobre aquel tema³⁵.

de los bienes muebles, requisito que se superpone a la calidad de presentes de los bienes muebles pues la necesidad de inventario exige su presencia en el patrimonio del donante y excluye los futuros.

33 Así, FURGOLE (*op. cit.*, pág. 60); BOUTARIC, (*op. cit.*, pág. 67); DAMOURS (*op. cit.*, pág. 146).

34 DEMANTE, A. M., *Cours analytique de Code Napoléon*, Continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, Paris, 1858, V, pág. 205.

35 Así, se vuelve a la idea originaria: en las preguntas a los parlamentos el tema se plantea como condición impuesta al donatario, aunque de las respuesta se deduzca que estamos en sede de responsabilidad y se olvida que la donación no deja de ser universal si es de todos los bienes presentes. En este caso, se hace necesario acudir a los textos de las respectivas costumbres, por ejemplo al artículo 334 de la costumbre de París para determinar su responsabilidad. Parece conveniente recordar que la Ordenanza no pretende ser una regulación sistemática y completa de las donaciones, sino sólo de aquellos aspectos que comporten dificultades o sean tratados de forma diferente: en lo no previsto por el texto se acudirá a la normativa anterior (Cfr. preámbulo de la ley, REGNAULT, *op. cit.*, pág. 578).

Sobre la distinción entre responsabilidad del donatario y donación con carga de pagar deudas futuras vide MARCADE (*op. cit.*, II, pág. 560- 561. DEMANTE (*op. cit.*, IV, pág. 210) envía el problema de la responsabilidad del donatario a los principios generales -art. 1167 Code-, con el argumento que el artículo 945 del mismo texto legal -que

Sin embargo, la cuestión de la posibilidad de imponer el pago de deudas como carga de la donación toma gran importancia, especialmente si ello es posible respecto de las deudas posteriores al acto dispositivo. La respuesta a este problema escapa del tema del objeto de la donación para entrar de lleno en si las deudas futuras permiten la transmisión de un derecho irrevocable, luego el tema ha pasado a ser una de las consecuencias del carácter irrevocable de la donación, y como tal será tratado³⁶.

1.3.-Efectividad de la disposición: la donación irrevocable

Hemos afirmado al principio de este capítulo que el desposeimiento del donante debe ser real, para cuya consecución se arbitran una serie de formalidades extrínsecas. Pero, en segundo lugar, el desposeimiento debe ser efectivo, calidad a la que se dirigen las mal llamadas formalidades intrínsecas.

El efecto propio de la donación como acto dispositivo es la transmisión definitiva de la propiedad al donatario, concepto que destaca no sólo la exigencia de que se convierta al donatario en titular —y, por lo tanto, excluyendo toda reserva contraria al efecto dispositivo propio de la donación—, sino también que se transmita la propiedad de forma definitiva, es decir, que se

reproduce la norma de la Ordenanza en este tema- sólo se aplica al caso de donación con carga de pagar deudas futuras.

³⁶ LAMOIGNON, en sus arrêts distingue ambos temas: en el arrété XII impide que al donatario se le imponga la carga de pagar deudas que pueden anular el efecto dispositivo. En el arrété XIX afirma que el donatario universal -de los bienes presentes conforme a su idea que la disposición de bienes futuros no comporta la nulidad de los presentes- *est tenu des dettes contractées par le donateur depuis la donation.*

La relación del pago de las deudas con el *donner et retenir* se realiza ya con Ricard que la convierte en cláusula autónoma de la que debe deducirse su validez en relación a al *tradition de droit* y al margen de la responsabilidad del donatario...

conceda al donatario un derecho irrevocable³⁷. La irrevocabilidad se liga a la efectividad el desposeimiento. Ahora, sin embargo, el carácter irrevocable de la donación ya no depende exclusivamente de la noción de facultad de disponer.

1.4-Configuración del título y alteración del efecto dispositivo.

Qué deba entenderse por tal, es decir, qué implica calificar la transmisión de la propiedad como definitiva, o sea, dar a la donación la característica de "irrevocable" en su nuevo sentido se debe a Pothier³⁸ que aporta dos datos decisivos:

- se trata de un requisito que se predica del acto dispositivo proyectado por el donante
- se concreta en la imposibilidad que altere o modifique el efecto de la donación³⁹.

37 BOURJON (*op. cit.*, pág. 109); MERLIN, M. (*Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Cinquième édition, T.VIII, Bruxelles, 1826, VII, pág. 446); o, como explica DAMOURS (*op. cit.*, pág. 139), que la disposición sea irrevocable.

38 Cfr. POTHIER, (*Traité des donations...*, *op. cit.*, VII, pág. 456: Ce que nous disons ne doit pas être entendu de toute irrévocabilité, mais relativement au donateur, de celle qui consiste en ce qu'il ne soit pas laissé en sa liberté de détruire ni même d'altérer le moins du monde l'effet de la donation.

39 Son especialmente significativos los textos de DAVOT (*op. cit.*, IV, pág. 506): *Il y a nullité dans la donation de biens actuels et présents, lorsqu'il depend du donateur d'en éluder l'effet, de le diminuer, de l'affoiblir; en un mot, de rendre la don moins utile par l'abus de quelques clauses qu'il y auroit inserées...*, y de BAUDRY-LACANTINERIE, G.-COLIN, Maurice (*Traité théorique et pratique de Droit civil*, X, *Des donations entre vifs et des testaments*, 3a ed. Paris, 1905, X, págs. 8 y 9) analizando el artículo 894 que sintetiza el requisito de la transmisión definitiva: *...il exige aussi un dépouillement irrevocable, en d'autres termes, une fois la donation*

La irrevocabilidad se predica del acto de disposición que debe operar un traspaso definitivo de la propiedad de la cosa, no del efecto dispositivo irrevocable como elemento de diferenciación entre donaciones inter vivos y mortis causa según la vinculación del donante por el mutuo acuerdo sobre la atribución patrimonial. Este criterio no puede sostenerse después de la ordenanza de 1731 que, en su artículo 3 determina que serán nulas las donaciones mortis causa si no revisten las formalidades de los testamentos⁴⁰. Si tal disposición abroga este modo de disponer o sólo le atribuye nuevos requisitos de forma, es a estos efectos irrelevante porque en cualquier caso, la distinción entre ambos tipos pierde vigor⁴¹.

parfaite, le donateur ne peut plus, par un acte dépendant de sa volonté, en retirer le bénéfice au donataire: il ne peut lus reprendre ce qu'il a donné. Ce principe est tellement essentiel que, si le donateur s'était réservé par une clause particulière la droit de revoquer la donation d'une manière directe ou indirecte, la donation serait nulle.

La idea es seguida por todos los autores: DENIZART, (*op. cit.*, pág. 528); PREVOST (*op. cit.*, pág. 183); GUILHON, *op. cit.*, I, pág. 7; TOULLIER, G.B.M., *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice*, 3a edición italiana sobre la última de París, al cuidado de Francescopaolo del Re, Napoli, 1839, V, pág. 54; MARCADE, *op. cit.*, II, págs. 559 y 560; DELSOL, J.J., *Explication élémentaire du Code civil mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, 3a ed., II, Paris, 1878, pág. 269; MERLIN, *op. cit.*, VIII, pág. 446; TROPLONG, *op. cit.*, I, pág. 50.

*40 Art. 3: Toutes donations à cause de mort, à esception de celles qui se feront par contrat de mariage, ne pourront dorénavant avoir aucun effet, dans les pays même où elles sont expressement autorisées par les lois ou par les coutumes, que lorsqu'elles auront été faites dans la même forme que eles testaments ou les codiciles; en sorte qu'il n'y ait à l'avénir dans nos Etats que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont une sera celle des donations entre-vifs, et l'autre celle des testaments ou codiciles. Cfr. REGNAULT, *op. cit.*, pág. 379.*

⁴¹ La discusión fue suscitada especialmente por la reticencia de los Parlamentos de derecho Escrito (Besançon, Bordeaux y Toulouse) al artículo 3 de la Ordenanza, plasmado en los escritos de Remonstrances expresadas antes de registrar en su jurisdicción

Por otra parte, lo definitivo en la nueva regulación es la imposibilidad de convertir las donaciones inter vivos en mortis causa si falta alguno de los requisitos indispensables de este modo de disponer tal como establece el artículo 44² del texto normativo⁴³. Así, una donación inter vivos con alguna cláusula

la nueva normativa. En este sentido, DAGUESSEAU, en la constestación a sus escritos defiende el texto de la Ordenanza, diferenciando la capacidad del donante y el donatario y el fondo de tales disposiciones, que no han sufrido variación; y la "forma extrínseca" del acto que viene a ser regulada por el citado artículo 3. Cfr. REGNAULT, *op. cit.*, pág. 612-13. En el mismo sentido DAVOT, *op. cit.*, pág. 499; FURGOLE, *op. cit.*, págs. 12-13; BOUTARIC, *op. cit.*, pág. 13.

Sin embargo, acaba triunfando la tesis de suponer que el hecho de requerirse la forma testamentaria para la donación mortis causa en realidad, significa suprimir este modo de disponer. Así DU ROUSSEAUD, *op. cit.*, pág. 47; DAMOURS, *op. cit.*, pág. 38; POTHIER, *Traité des donations...*, *op. cit.*, VII, 446; BOURJON, *op. cit.*, pág. 78; PREVOST, *op. cit.*, pág. 170.

La dualidad de tipos de disposición a título gratuito -donación/testamento- se plasma en el artículo 893 del Code, aunque el tenor literal del texto tampoco ha conseguido una interpretación unánime sobre la supresión de la donación mortis causa. Así, mientras BAUDRY-LACANTINERIE (*op. cit.*, X, pág.3) se pronuncian a favor siguiendo la postura de JAUBERT, rapport au Tribunat (FENET, *op. cit.*, XII, pág. 730). TOULLIER (*op. cit.*, V, pág. 6 y 7) considera que simplemente se trata de someter tal modo de disponer a la forma de los testamentos.

42 Art. 4: *Toute donation entre vifs, qui ne seroit valable en cette qualité, ne pourra valoir comme donation ou disposition à cause de mort ou testamentaire, de quelque formalité qu'elle soit revêtue.* Cfr. REGNAULT, *op. cit.*, pág. 579.

43 Así, y siguiendo a DAMOURS (*op. cit.*, pág. 46 a 48), la finalidad del art. 4 sería establecer una regla general de no convertibilidad de las nulas por falta de alguno de los requisitos que presiden el tipo negocial, y cualquiera que sea su causa de nulidad. Esta idea se opone a la sostenida por DU ROUSSEAUD (*op. cit.*, pág. 47 y 48), FURGOLE (*op. cit.*, pág. 16 y 17) y BOUTARIC (*op. cit.*, pág. 15 a 19) que explican este artículo en base al artículo 277 de la costumbre de París que convertía en donación mortis causa la hecha por el enfermo en su lecho de muerte en base a la idea que la capacidad de un

que atente a la exigencia de transmitir la propiedad definitivamente al donatario debe ser considerada necesariamente como nula sin que quepa posponer su eficacia al momento de la muerte del donante dejando que este no quede vinculado por la disposición. La irrevocabilidad del acto dispositivo pasa a ser una característica esencial de la donación como tipo negocial, es por ello que Pothier afirma que *en détruit la cause*⁴⁴.

Así, "irrevocable" se predica del acto dispositivo del donante que debe desposeer definitivamente a éste del derecho que tenía sobre la cosa, con lo que se limita su libertad a la hora de configurar el título de donación. El título es siempre la medida de la transmisión patrimonial efectuada y ni un sistema que no acogiese la regla de la irrevocabilidad del efecto adquisitivo admitiría que el donante limitase el efecto adquisitivo más allá de lo que permite el título⁴⁵,

moribundo no le permite disponer inter vivos porque no se despoja él mismo sino que despoja a sus herederos (cfr. BOURJON, *op. cit.*, pág. 78).

Se caía así en la corruptela que suponía una donación inter vivos en estas circunstancias ya que los bienes disponibles por este concepto era superior a la cantidad permitida mortis causa y de esta forma se burlaba el límite. En este contexto, el artículo 4 de la Ordenanza vendría a solucionar un problema puntual y se aplicaría sólo a las donaciones mortis causa hechas al final de la vida del donante a las que antes se convertía en donaciones inter vivos que deberían someterse a los límites previstos sobre las cantidades disponibles, única forma de evitar el fraude a la ley.

44 POTHIER, *Traité des donations...*, *op. cit.*, VII, pág. 446. Sigue aquí la idea esbozada por FERRIERE cuando afirma que la donación revocable implica presunción de no querer donar, es decir, falta el animus donandi. vide infra, cap. 1, epígrafe 5.

45 Así, es claro el siguiente fragmento de TAPIA en *Febrero Novísimo, ó librería de jueces, Abogados, esribanos y médicos legistas*, Valencia, 1837, pág. 461: *La donación propia una vez hecha y aceptada...es irrevocable [se refiere a la irrevocabilidad del efecto dispositivo -por esto se vincula a la aceptación- y no del acto dispositivo como estamos analizando aquí], aún cuando [el donante] mude de parecer, á menos que intervenga alguna de las cláusulas legales. Por lo mismo no tiene arbitrio para sujetarla áningún gravaven ni condición, pues ya transfirió su dominio en el donatario, y de cosa ajena nadie puede disponer en manera alguna sin anuencia de su dueño.*

pues supondría actuar sobre bienes ajenos. La irrevocabilidad prohíbe, pues, la inclusión de cláusulas que dejen el efecto de la donación dependiente de la voluntad del donante⁴⁶.

Más correcto que hablar de "donación irrevocable", es —siguiendo a Bonnacasse⁴⁷— señalar que el donante debe disponer de forma irrevocable a favor del donatario que, en consecuencia, adquiere un derecho definitivo⁴⁸. Así, revocar se relaciona pues con la pérdida del derecho por parte del donatario que implica una transmisión no definitiva de la propiedad, pero no se identifica con la pérdida del derecho por cualquier causa sino sólo con aquellas en las que tal resultado depende de la voluntad del donante y como consecuencia de haber configurado el título más allá de lo que la ley permite.

En cambio, si que se permite incluir en la donación cualquier pacto o condición siempre que sea lícita (pág. 462) que clarifica la no admisión del *donner et retenir ne vaut* en la doctrina española anterior al Código civil.

⁴⁶ Así lo expone claramente DELVIN COURT (*Istituzioni di diritto civile secondo le disposizioni del Codice Napoleone*, traducción italiana de la segunda edición francesa, Milano, 1812, II, pág. 165): *L'irrevocabilità è una di principali caratteri della donazione tra vivi propriamente dette, nel senso che il donante non può col solo di lui fatto distruggere né alterarne l'effetto. Indi ne segue, che qualunque donazione la quale può dipendere dipendere dalla sola volontà del donante, è assolutamente nulla.*

⁴⁷ BONNECASSE (*op. cit.*, III, pág. 391) se refiere a l "carácter irrevocable del empobrecimiento del donante".

⁴⁸ Este es el proceso evolutivo que se destaca de BOURJON a POTHIER: el primero se limita a exigir un desposeimiento del donante que conceda al donatario un derecho irrevocable, luego esta característica se predica del acto dispositivo: *...il suffit que le donateur se soit dépouillé irrévocablement, et que le donataire ait acquis par la donation un droit irrévocable...* (*op. cit.*, pág. 112). Al contrario, POTHIER se refiere a la irrevocabilité de la donation, término que se generaliza: *L'irrevocabilité étant le caractère essentiel de la donation entre vifs...tout ce qui blesse cette irrévocabilité, en laissant au donateur le pouvoir de détruire ou altérer l'effet de la donation, la rend nulle.* (*Coutume d'Orléans...*, *op. cit.*, X, pág. 468, en términos muy parecidos *Traité des donations...*, *op. cit.*, VII, pág. 456).

La revocación es un acto a iniciativa del donante y enteramente libre en cuanto a sus efectos cuya consecuencia es la alteración del efecto dispositivo. Ello explica que no se conteste la validez de donaciones sometidas a condición casual⁴⁹ o a término porque la pérdida del derecho no depende de la voluntad del donante⁵⁰. En el primer caso destaca la regulación permisiva que el Code realiza del *droit de retour* (art. 951) y en el segundo la validez de la donación de una cantidad de dinero a entregar en el momento de la muerte que constituye un término que sólo suspende pero no impide la ejecución y transmite un derecho irrevocable⁵¹.

49 Vide, entre otros, DURANTON, *op. cit.*, IV, pág. 380; DEMOLOMBE, *op. cit.*, III, pág. 419 y BAUDRY-LACANTINERIE, COLIN, *op. cit.*, X, pág. 649.

50 Así distingue POTHIER (*Traité des donations...*, *op. cit.*, VII, pág. 454): *C'est donner & retenir lorsque le donateur retient la chose donnée contre la teneur de la donation, et non pas lorsqu'il la retient en exécution de la loi même apposée à la donation.*

51 Cfr. GRENIER, *op. cit.*, I, n.7; MOURLON, Frédéric, *Répétitions écrites sur el Code civil*, 12 a edición, al cuidado de Ch. Demangeat, Paris, 1885, II, pág. 274; TROPLONG, *op. cit.*, I, núm. 1208; DEMANTE, V, págs. 203 y 205; ; BAUDRY-LACANTINERIE, COLIN, *op. cit.*, X, págs. 640 y 641; HERAIL DE BRISSIS, *op. cit.*, págs. 129 y ss. El caso es distinto si se da una suma a tomar sobre los bienes que el donante deje en el momento de morir porque ello significa no aponer un término, sino condicionar la donación a que realmente existan, estando en poder del donante que tal acontecimiento suceda: es decir, pudiendo alterar el efecto propio de la donación. Vide los autores citados que distinguen ambas hipótesis.

Además, "alterar"⁵² significa a la vez modificar el efecto dispositivo creado por la donación o impedir que se forme en un acto que, inicialmente, se destina a ello⁵³, como ocurriría en el caso de reserva de la facultad de disponer. Así, que la donación no dependa de la voluntad del donante, es decir que éste no pueda alterar su eficacia, implica:

⁵² Los autores emplean para este concepto varias expresiones: "anéantir": DENISART (op. cit., pág. 523): *L'art. 1 de l'O. 1731 dit qu'il doit y avoir minute à peine de nullité... l'irrévocabilité étant un caractere essentiel à al donation entre-vifs, il ne doit pas dépendre de la volonté des Parties de l'anéantir...*; y MERLIN, (op. cit., VIII, pág. 446): *...il n'y a donc des veritables Donations que les Donations entre-vifs, qui dépouillent le donateur de la chose donnée, et que la trasferent irrévocablement au donataire; toute disposition qui manque de ce caractère et qui laisse au prétendu donateur la liberté de l'anéantir, n'est pas une donation entre-vifs.*

De manera similar, DAVOT (op. cit., I, pág. 506) habla de "éluder" el efecto de la donación (pág. 506); mientras que PREVOST (op. cit., pág. 183) habla directamente de "revocar". Nosotros preferimos la noción de alterar por ser la utilizada por Pothier que fija el concepto de irrevocabilidad de la donación y ser este término el que aparece en el artículo 894 del Code.

⁵³ Así, DOMAT, de forma muy clara sobre el contenido de la máxima *donner & retenir*: *Cette maxime a cette étendue, qu'elle annule non-seulement les donations où les donateurs se réservaient la liberté de disposer des choses données, mais toutes celles où il se rencontrerait des circonstances qui marquassent que le donateur ne se serait pas dépouillé, et que le donataire n'eût pas été rendu irrévocablement le maître de ce qui lui était donné.* De manera similar DU ROUSSEAUD (op. cit., pág. 138); BOUTARIC, (op. cit., págs. 72 a 75); DAMOURS (op. cit., pág. 157).

POTHIER (*Traité des donations...*, op. cit., VII, pág. 456) continua la misma idea, pero la creación del concepto general de irrevocabilidad le hace perder claridad en este punto: así, identifica alterar el efecto de la donación -es decir, retener- con la reserva de la *liberté de disposer*, según el artículo 274 de la Costumbre de París y sus concordantes que implica que la donación pierda su carácter; pero también con la presencia de condiciones que dependan de la voluntad del donante.

- que no esté en poder del donante la posibilidad de disminuir o modificar el efecto de la donación
- que el efecto dispositivo propio del título no quede tampoco al arbitrio del donante, como sería el caso de reserva de la libre disposición de la cosa⁵⁴.

1.4.1.-Pérdida del efecto adquisitivo y donación irrevocable.

En el primer caso señalado, la denominación de donación irrevocable tiene su razón de ser porque se refiere a aquellos casos en los que una vez transmitida la propiedad de la cosa al donatario, el donante tiene en sus manos la posibilidad de destruir el efecto creado. Es así cuando impone al donatario una carga indeterminada o cuando somete la donación a una condición potestativa que depende únicamente de su voluntad. En estos casos, sin impedir el efecto dispositivo inicial, tales modalidades en el título de donación, modifican el efecto dispositivo con posterioridad.

Modificar el efecto inicialmente previsto es la superación del concepto de reserva tácita de la facultad de disponer en tanto que denominación genérica para un conjunto de cláusulas que producían el mismo efecto que la reserva expresa de disponer, de lo que se deduce la presencia de una facultad de disponer implícita. Por ello, la negación del efecto dispositivo debe hacerse a posteriori, como consecuencia de tal posibilidad.

Ya antes de la Ordenanza de 1731 se destacaba que la reserva de la facultad de disponer tácita da al donante la posibilidad de anular el efecto dispositivo inicialmente previsto, con lo que la donación pasaba a depender exclusivamente de su voluntad. Sin embargo, "revocar" dependía siempre de la

54 CHABOT DE L'ALIER (I, 230) expone claramente esta distinción: *-Hace falta- que la propriété soit transmise d'une manière irrévocable, c'est-à-dire, que el donateur sen fût déssaisi entièrement et définitivement, en faveur du donataire, sans pouvoir ni la reprendre ni en disposer à aucun titre, ni la grever d'aucunes charges ou conditions dont l'exécution dépendit de sa volonté. Delà vint cette maxime des pays coutumiers, donner et retenir ne vaut.*

noción de facultad de disponer —aunque en este caso fuera tácita— cuya presencia en la donación anulaba el efecto dispositivo del acto y, en consecuencia, conlleva la pérdida de la cosa donada por parte del donatario⁵⁵.

La *irrévocabilité essentielle* creada por Pothier contribuye a dar un tratamiento más coherente a estas cláusulas, evita su conexión con la facultad de disponer que impide la eficacia de la disposición y admite la transmisión inicial del derecho y su pérdida posterior por voluntad del donante. En el contexto de una donación esencialmente calificada como "irrevocable", la pérdida del derecho por el donatario no es consecuencia sino causa principal de nulidad porque no se cumple uno de los requisitos del tipo negocial, luego revocar significa modificar el efecto dispositivo inicialmente previsto por cualquier medio que dependa de la voluntad del donante, a lo que corresponde exactamente la noción de desposeimiento irrevocable⁵⁶.

Siguiendo el texto de la Ordenanza, en su artículo 16, las cláusulas que impiden la formación de un derecho irrevocable son la carga de pagar deudas futuras indeterminadas y la donación bajo condición potestativa, pero serán también nulas por falta de efectividad en el desposeimiento todas las que no concedan al donatario un derecho irrevocable.

55 Así, RICARD (*op. cit.*, núm. 232) que plantea por primera vez el problema de si es posible condicionar la donación a un acontecimiento cuya realización dependa de la voluntad del donante -condición potestativa-, decide que tal cláusula significa reserva indirecta de la facultad de disponer: *Personne ne doute que si la condition est potestative, c'est-à-dire, qu'il dépende de la volonté du donateur d'y donner effet ... que la donation ne soit nulle, d'autant qu'elle renferme sous des termes déguisez, un moyen par lequel il est en la liberté du donateur de revoquer la donation; et il ne luy est pas moins facile d'y donner atteinte par cette voye, que s'il s'etoit réservé directement la faculté de disposer de la chose donnée.*

56 Cfr. THAUMASIERE, Gaspard Thomas de la, *Les anciennes coutumes locales de Berry, et celles de Lorrain commentées par...*, Bourges, 1779, pág. 581: *C'est... donner et retenir quand le donant veut que la donation dépende de sa volonté.* En el mismo sentido COLMET DE SANTERRE ("Observations sur la révocabilité des testaments et l'irrévocabilité des donations entre-vifs", *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales*, núm. 138 (1892) julio-diciembre, pág. 148); DEMANTE (*op. cit.*, pág. 201-2) y TROPLONG (*op. cit.*, I, pág. 51).

1.4.2.-Libre disposición de la cosa y retención de la propiedad.

En el segundo caso, se crea simplemente una apariencia de donación porque no existe efecto dispositivo. Retomamos así la oposición donación/facultad de disponer porque, como se observa en el artículo 16 final de la Ordenanza, los bienes sobre los que el donante se reserva la libertad de disponer no se entienden donados, es decir, en cuanto a ellos no se produce la transmisión de la propiedad. La noción de "irrevocabilidad" se utiliza aquí de manera forzada para indicar que si el donante sigue siendo dueño de la cosa podrá destruir en cualquier momento la apariencia creada a favor del donatario. En realidad debería reservarse tal noción al primer caso indicado, pues conviene más al segundo la idea de "retener" en el sentido de no donar.

De este planteamiento emana un tratamiento dual sobre la noción de "alterar el efecto de la donación" que comporta:

- que la reserva de la facultad de disponer deja de ser el principio general que resume el aforismo *donner et retenir ne vaut* y pasa a ser una cláusula especial que permite al donante alterar el efecto de la donación
- que la noción de modificar el efecto de la donación se asimila lentamente a la existencia de una condición potestativa hasta que este concepto pasa a ser la medida exacta de la irrevocabilidad exigida a la donación.

2.—La reserva de la facultad de disponer en la Ordenanza de 1731: de principio general a cláusula especial.

Retenir se identifica, pues, con la reserva de la libertad de disponer de la cosa según el tenor literal del artículo 16 final que retoma la expresión de la costumbre de París en su artículo 274 y los demás textos concordates—. Reaparece la oposición donación *ius disponendi*: el acto dispositivo carece del efecto que le es inherente —transmitir la propiedad si el donante mantiene la libertad de disponer de la cosa.

Esta clausula aparece en el segundo proyecto de la Ordenanza, pero su inclusión en el texto legal no se razona⁵⁷, ni tampoco la obra de Lamoignon, de la que se toma la idea del artículo 16 en cuanto transmisión definitiva de la propiedad, sugiere nada al respecto. A pesar de ello, el problema que presenta no era ajeno a la doctrina anterior a este texto que lo contemplaba como el supuesto de reserva expresa de la facultad de disponer, pero su expresión literal acusa la influencia de un figura típica de los países de derecho escrito: la reserva para testar como requisito convalidatorio de las donaciones universales.

2.1.-Donación universal y reserva parcial de la facultad de disponer.

La costumbre de Auvergne establece en su artículo 22, del capítulo 14 dedicado a las donaciones:

*Donations entre vifs de tous biens presens & advenir, ou de partie, retenuë certaine somme de deniers ou partie des dits biens, pour en disposer à son plaisir & volonté, est bonne valable quant ès biens desquels le donnant n'en retient la disposition*⁵⁸.

Esta disposición de derecho de costumbres francés es especialmente importante porque representa la fusión de dos corrientes doctrinales de orígenes y bases dogmáticas muy distintas:

- por una parte, la institución de la reserva para testar, utilizada en los países de derecho escrito como mecanismo convalidatorio de la donación universal

⁵⁷ En las apostillas de Daguesseau y Joly de Fleury sobre el texto del artículo 8 del primer proyecto no aparece mencionada, pero el artículo 15 del segundo proyecto, equivalente del anterior, contiene ya esta clausula. Cfr. REGNAULT, *op. cit.*, págs. 556 y 557.

⁵⁸ Cfr., NCG, III, pág. 1170.

- por otra, la influencia de la máxima consuetudinaria *donner & retenir ne vaut* que identifica retención con reserva de la facultad de disponer y, faltando el pleno efecto dispositivo, anula la donación.

Así, el supuesto de hecho del artículo transcrito, se estudia como un caso de reserva expresa de la facultad de disponer, que conlleva nulidad, pero no puede analizarse fuera de la solución propuesta en caso de donación de bienes presentes y futuros y su oposición frontal a la *tradition de droit*.

2.1.1.-La reserva para testar.

El citado artículo contiene, en su primera parte, una norma de derecho escrito: la validez de la donación de bienes presentes y futuros si contiene reserva para testar.

En efecto, en las zonas que se rigen por el derecho común, las donaciones de bienes presentes y futuros no se consideran válidas por tres razones, que sintetiza Bacquet⁵⁹: porque quitan al donante la libertad de testar, siendo la *testamenti factio* de orden público; porque son contra las buenas costumbres ya que inducen al donatario a querer la muerte del donante⁶⁰; y, por último, porque contienen un pacto sobre sucesión futura. Sin embargo, las dos últimas razones parecen no ser decisivas, toda vez que los autores acaban admitiendo tal tipo de donación siempre que el donante se reserve algo de lo que pueda testar⁶¹.

⁵⁹ BACQUET, *Premier Traicté des droicts du domaine de la Courone de France, contenant le droict d'Aubenie, en, Oeuvres...*, Paris, 1630, ch. 21, núm 1 y ss.

⁶⁰ Estas dos razones son también las alegadas por todos los Parlamentos de Derecho escrito -Toulouse, Aix, Bordeaux, Grenoble, Pau- y los Conseils Généraux de Alsace y Rosselló, regidos por las mismas leyes, para declarar la nulidad de las donaciones de todos los bienes presentes y futuros, al contestar el cuestionario sobre donaciones previo a la redacción de la Ordenanza de 1731. Cfr. REGNAULT, *op. cit.*, pág. 423-424.

⁶¹ Así, expresamente FONTANELLA, *De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus*, Barcinonae, 1612, T.I, cl.4, gl. 22, n.1: *Quod valeat donatio, quae fit omnium bonorum presentium futurorum, cum certa reservatione ad testandum, apud omnes concessum est, nemo dubitat...* De manera similar en autores

En este planteamiento, a veces calificado como subterfugio por los propios autores⁶³, los bienes reservados se separan del patrimonio que constituye el objeto de la donación y permanecen en el del donante⁶⁴, con lo que este puede libremente disponer de ellos⁶⁵. Así, la única duda que plantea esta reserva es

franceses: BOERIUS, Nicolaus (*Decisiones Burdegalenses*, Lugduni, 1566, dec. 204, n.37); GULIELMUS, Joannis, *Questiones latines*, en *La Coutume du Duché de Bourgogne... par Jean Bouhier*, Dijon, 1717, pág. 250; BOUTARIC (*op. cit.*, pág. 65) y DAMOURS (*op. cit.*, págs. 133 y 134).

⁶² También se admiten como cláusulas convalidatorias por todos los Parlamentos antes citados, la reserva de usufructo, porque el donante puede testar de los frutos percibidos, y la exclusión de las acciones, es decir, su falta de mención específica, porque no se entienden comprendidas bajo al denominación "bienes presentes y futuros. Cfr. REGNAULT..., pág. 424.

⁶³ FURGOLE, *op. cit.*, pág. 71. En cambio, DOMAT (*Les lois civiles...*, *op. cit.*, II, pág. 312) admite la validez de una donación de todos los bienes: *si ...il y ait une réserve ou d'usufruit, ou d'autre chose qui suffisse pour la subsistance et l'entretien du donateur; car il serait contre les bonnes moeurs, que le donataire pût dépouiller le donateur de tout son bien...* La reserva de usufructo no pretende mantener intacta la libertad de testar sino que se dirige a garantizar la subsistencia del donante, único límite a la donación universal.

⁶⁴ MAINARDUS, Ierardus? (*Notabilium et singularium questionum iuris scripti decisarum aut praeiudicatam per arresta memorabilia Parlamenti Tholosani*, Toulouse, 1610) lib. II, dec. 94, núm. 2: *..vidua quedam...universa & sigula bona sua, eorundem usufructum facultatem disponendi tam inter vivos quam mortis causa de quadrante illorum sibi reservans, donarat, y núm. 4: ..ut cum donatrix omnia bona sua excepto quadrante donarit, quadrans ille haud donatus, sed semper à dispositione illa donationis exemptus censeatur.*

En sentido similar BOERIUS (*ibidem*): *...nam libera disponendi de rebus suis facultas censeatur concessa...*, ya que si dispone de sus propios bienes significa que no los ha incluido en la donación.

⁶⁵ FONTANELLA, *op. cit.*, 4, 22, núms. 8 y ss.: Este autor distingue, sin embargo, dos tipos de reserva: *reservare centum ad testandum*, caso del que hemos hablado y

determinar el destinatario de los bienes si no se efectúa ninguna disposición antes de la muerte del donante. En este caso, se decide que, a falta de disposición, los bienes se entienden presuntamente dispuestos a favor de los herederos abintestato, con el argumento que, siendo los parientes más cercanos, el donante ha querido disponer a su favor. Es decir, ya que puede mediante testamento, apartar la sucesión de ellos, si no lo hace, son ellos los preferidos⁶⁶.

2.1.2.-De requisito de validez a causa de nulidad.

La costumbre de Auvergne rige en el Norte de esta región, al límite de la zona de influencia del derecho de costumbres, toda vez que el sur de este territorio sigue, al contrario, las reglas del derecho escrito. Esta situación determina la presencia de influencias recíprocas intensas entre ambas zonas, una muestra de las cuales es la primera parte del artículo 22 del capítulo 14 —de las donaciones— que recoge, de forma íntegra, la tradición de los países del *droit savant*, como así se demuestra en el comentario de Basmaison a este artículo de

significa que los bienes nunca han salido del patrimonio del donante, y *reservare facultas testandi de centum*, caso en el que los bienes se entienden comprendidos en la donación y son donados bajo condición de no disponer.

⁶⁶ MAYNARD (*ibidem*) *...in praesente hypothesis reservatio disponendi de quadrante referri debet favorem commodum eorum, quorum gratiam donatrix disposuit aut expresse aut tacite, tacito prostermo iudicio ad proximiores naturae successores delato...* Aquí, se califica como expresa o tácita la disposición efectiva de aquello reservado, es decir, en el caso de la disposición tácita, se deduce el destino que para los bienes ha escogido el donante a falta de disposición efectiva; no se discute, en cambio, si la posibilidad de disponer es tácita, pues siempre consta expresamente, en contra de lo que hemos expuesto para los países de derecho consuetudinario.

CAMBOLAS, (*Décisions notables sur diverses questions du droit jugées par plusieurs arrêts de la Cour du Parlement de Toulouse*, Toulouse, 1681, liv.5, chap.43, n.3) respecto del pacto que por costumbre se practica en Toulouse, sobre la reserva de disponer de una parte de dote de la mujer, si esta no lo hace se entiende a favor de sus sucesores abintestato y no a favor del cónyuge, por la misma razón. Aporta el ejemplo de la sentencia de 11 de mayo de 1623.

la costumbre⁶⁷, acerca de la donación de bienes presentes y futuros. Y explica también, de forma recíproca, que la segunda parte del artículo, recogiendo la más pura tradición consuetudinaria acerca del *donner & retenir ne vaut*, determina que la validez de la donación se limita a los bienes *desquels le donnant n'en retient la disposition*.

Se produce así, una asimilación por parte de los países de derecho de costumbres, de la figura de la reserva de testar pero adaptada a sus propias normas en esta materia, de forma que de requisito convalidatorio de una donación nula pasa a causa de nulidad parcial por falta de efecto dispositivo en aquello reservado, según el principio consuetudinario.

2.2.-La reserva de disponer: un caso especial.

La reserva de disponer recibe la consagración definitiva con la prohibición de donar bienes futuros del artículo 15 de la Ordenanza que permite considerarla como causa autónoma de nulidad por falta de efecto dispositivo es decir, por significar retención de aquello donado. Conserva, sin embargo, algunos vestigios de su tratamiento como requisito de validez para las donaciones universales: Así, la formulación positiva del supuesto de hecho a pesar de ser un caso claro de *donner & retenir* y la determinación del destinatario de los bienes de la que debe deducirse la nulidad parcial de la cláusula en estudio, por ser contraria a los principios de derecho consuetudinario.

⁶⁷ BASMAISON POGNET, Jean de (*Paraphrase sur les coutumes du bas et haut pays d'Auvergne*, avec des annotations de Charles du Moulin, Clermont, 1696, comentario al art. 22, pág. 139) muestra la influencia del derecho común en este punto: *Posé ores que la donation universelle de tous biens presens & advenir ne contienne reservation d'usufruit, ne sera pourtant moins valable de droict & de coutume si par icelle le donnant a reservé somme de deniers sur les biens donnez ou retenus partie des dicts biens, pourvu que la reservation de somme de deniers aye quelque iuste proportion aux biens donnez...*

2.2.1.-Formulación positiva y nulidad parcial.

A excepción de la costumbre de Auvergne, que, por los motivos señalados, admite expresamente la donación de bienes presentes y futuros, la doctrina consuetudinaria limita tales donaciones a todos los bienes presentes⁶⁸. En el primer caso, la formulación positiva del supuesto de hecho tiene una verdadera función, toda vez que guarda la finalidad inicial de la cláusula: ser requisito de validez de la donación universal⁶⁹, pero ni en este caso, ni el segundo expuesto se entiende porque la cláusula se plantea, en principio como admisible, para resolver luego que se trata de un supuesto de nulidad parcial.

En efecto, Dumoulin, en el comentario al artículo 160 de la antigua costumbre de París, que no se refiere expresamente a la reserva de la facultad de disponer, considera que la retención de bienes o cantidad para testar en una donación de todos los bienes presentes es un caso claro de *donner & retenir ne vaut*⁷⁰; resultado conteste al que las costumbre de Auvergne⁷¹ y Bourbonnois⁷² deciden para esta misma cláusula.

68 Así, por lo que se refiere a la costumbre de Bourbonnois, de texto similar a la de Auvergne, DUMOULIN (*Notae ad consuetudinem gallicas*, en *Oeuvres*, II, Paris, 1681, comentario al art. 211 de la costumbre de Bourbonnois) interpreta la expresión *de tous biens* como sólo de los presentes.

69 Esta idea era ya mantenida en la práctica forense de Masuerius, en la traducción al francés que declaraba nulas las donaciones de todos los bienes presentes y futuros si no iban acompañadas de la reserva para testar, (*op. cit.*, fol. VLIII).

70 DUMOULIN (*Commentarius Posthumus in reliquos titulos ejusdem antiquae consuetudinis parisiensis*, en *Oeuvres...*, *op. cit.*, I, comentario al art. 160, núm. 9): *Plus esset enim quis donat omnia bona praesentia, reservatis 300 livres ad testandum, si non est testatus, remanet 300 livres haereditis, nec cedunt lucro donatarii: quia eatenus bona retenta, sic donatio nulla eatenus.*

71 Art. 23 C. de Auvergne: *Et quant ès biens retenus, ladite donation est nulle.* (Cfr. NCG, III, pág. 1170).

72 Art. 211 de la Costumbre de Bourbonnois, situada en la misma zona: *Donation entre-vifs de tous biens, retenuë certaine somme de deniers, ou partie des dits biens pour en*

La idea es que los bienes objeto de la reserva no se entienden nunca donados ya que se retiene la facultad de disponer sobre ellos: la donación es nula en la parte de la reserva⁷³, luego tal cláusula, pese a su formulación positiva es un supuesto de nulidad parcial⁷⁴ por faltar el efecto dispositivo pleno que se exige a la donación.

disposer à son plaisir volonté, est bonne quant aux biens desquels le donant ne retient la disposition... (Cfr. NCG, III, pág. 1247)

73 HENRYS, Claude, (*Oeuvres de...*, contenant son *Recueil d'Arrets ses plaidoieres et harangues...* Paris, 1708, II, pág. 334): respecto de la reserva de la facultad de disponer en una donación de todos los bienes presentes y futuros en el territorio de la costumbre de Auvergne afirma: *...ce pouvoir d'en disposer qu'on se reserve y fait obstacle, & qu'il empêche que ce qui est retenu, & dont on peut disposer, soit donné, parce que c'est donner & retenir. Ainsi le donateur ne peut pas contravenir à cette maxime commune; ni assembler les choses contraires, sçavoir de donner une chose & de la retenir pour en disposer, ni faire qu'en défaut de l'avoir disposée, elle soit donnée, ne pouvant faire qu'il peut disposer, & l'avoir donnée; PAPON, Jehan (Recueil des Arrêts Notables des Cours souveraines de France, Paris, 1601, pág. 487 a), en un caso de donación de todos los bienes, la demandada alega que se trata de una donación nula *Or par la donation il apparisoit le defunct avoir disposé de vray en leur faveur de tout ce qu'il pouvait faire, mais par mesme contexte il s'est reservé de pouvoir tester des choses données...Que cette clause, qui estoit contre la nature & substance de l'acte, vitiabat actum, & faisoit qu'il n'y falloit avoir esgard en façon du monde...**

74 La idea de nulidad parcial se observa claramente en el artículo 23 de la costumbre de Auvergne: *Et quant ès biens retenus, ladite donation est nulle...* En este sentido: BASMAISON, *op. cit.*, comt. arts. 22- 23: *...ce que sera expressement retenu n'entre plus en la donation, nonobstant la clause de donation des biens advenir, car chose retenuë n'est donnée ains reservé au donnant pour en disposer à son plaisir & ne l'ayant faict est affectée a son héritier comme eximée & tirée hors la donation des biens presens & advenir pour luy son héritier, de tant que donner & retenir ne vault...* En este párrafo se observa también la influencia de la vinculación *ius disponendi*-propiedad.

2.2.2.-Nulidad y destino de los bienes

En esta línea, el artículo 16 decide que el objeto de la reserva —bienes o cantidad— *ne puissent pas être censés compris dans la donation*, es decir, la reserva impide el efecto dispositivo: tales bienes no han sido nunca donados, luego la facultad de disponer de los bienes se opone a la donación en la línea de la costumbre de París⁷⁵. A pesar de que se haya convertido en cláusula especial, al lado de otras que como el pago de deudas futuras o la condición potestativa no permitan una donación irrevocable, se mantiene aún el significado originario del *donner et retenir*.

Sin embargo, la solución dada por los autores está influenciada por la reserva de testar típica de los países de derecho escrito y de su preocupación por determinar el destinatario de los bienes. Esta idea viene confirmada por la previsión de que los bienes reservados pertencieran a los herederos del donante que, como propietario que nunca ha dejado de ser, si no dispone de los bienes

75 Son especialmente significativas las citas de : ARGOU, Gabriel, (*Institution au droit français*, 3^a ed., Paris, 1710, págs. 275 y 276): *...lorsqu'on homme a donné ses biens...à exception d'une somme dont il s'est réservée la faculté de disposer de cette somme, elle n'appartiendra pas au donataire, mais à l'héritier du donateur... parce que le donateur ne peut pas donner entre-vifs, & se réserver en même temps la faculté de disposer de la chose donnée, ce que la coutume de Paris explique en ces termes: donner & retenir ne vaut;* y MAISTRE, Pierre le (*La coutume de la prevosté et vicomté de Paris*, Paris, 1700, pág. 358): *Lorsque dans une donation universelle le donateur se reserve une somme pour en disposer, elle appartient à l'héritier présomptif...cette décision est fondée sur ce que par l'article 274 de la coutume [de Paris] c'est donner & retenir que de se réserver la libre disposition de ce qu'on donne.*

En el mismo sentido: DU ROUSSEAUD (*op. cit.*, pág. 63); FURGOLE (*op. cit.*, pág. 70); BOUTARIC (*op. cit.*, pág. 75); DAMOURS (*op. cit.*, pág. 157); BERGIER, M. (Anotaciones al *Traité des donations entre-vifs et testamentaires*, par J.M. RICARD, Riom-Clermont-Ferrand, 1783, I, pág. 620); MERLIN (*op. cit.*, VII, pág. 446-447) y TROPONG, (*op. cit.*, I, pág. 50).

reservados —luego no donados—seguirán en su patrimonio en el momento de la apertura de la sucesión y serán para sus herederos⁷⁶.

La solución aportada al destino de los bienes, pese a ser la misma que determinan los autores de derecho común obedece a un razonamiento muy distinto que deriva directamente de la nulidad que conlleva la reserva de testar, en cuanto que testar es disponer⁷⁷.

⁷⁶ Así, la costumbre de Bourbonnois -art. 211- dispone: *...les biens retenus, en cas que le donateur n'en auroit autrement disposé, ne sont compris dans ladite donation: ainsi appartiennent à l'héritier ab intestat, si d'iceux le donateur n'en a autrement disposé.* (NCG, III, 1247). De manera similar la de Sédan (art. 112): *...quant à ladite somme de deniers. ou partie des dits biens retenuz, ils appartiendront aux héritiers du donateur, s'il n'en a disposé de son vivant, non au donataire* (NCG, IV, pág. 800).

La doctrina sigue esta línea en general. Es especialmente revelador el siguiente texto de FERRIERE, Claude de, (*Nouvelle institution coutumière qui contient les regles de tout droit coutumier...de France*, Paris, 1692, pág. 310): *Donation avec faculté de disposer d'une certaine somme ou de partie des choses données & qu'en ayant disposé, elle demeurerait au donataire, c'est donner & retenir quant à la chose dont le donateur s'est réservée la libre disposition...il semble que la faculté de pouvoir disposer, est donner & retenir qui détruit la substance de la donation entre-vifs, en sorte que la clause, que si le donateur n'en a pas disposé au jour de son décès, elle demeurera au donataire, semble inutile & sans effet.* De manera similar, HENRYS (*op. cit.*, II, pág. 533): *...la Coûtume -de Auvergne- ne veut pas que la donation soit valable pour la somme de laquelle l'on se reserve la pouvoir de disposer, & elle affecte cette somme retenuë aux heritier ab intestat; il repugne...qu'elle soit comprise dans la donation, elle y soit pourtant comprise, & qu'elle se trouve donnée & non donnée.* En el mismo sentido, LEBRUN (*Traité des successions divisé en quatre livres, Avec de nouvelles decisions & des remarques critiques par M. François-Bernard Espiard de Saux*, Paris, 1775, pág. 583); FURGOLE (*op. cit.*, pág. 70); MERLIN (*op. cit.*, VII, 446); TROP LONG, (*op. cit.*, I, pág. 52); DEMOLOMBE (*op. cit.*), III, págs. 418 y 424; BONNECASSE (*op. cit.*), III, pág. 395; COLIN-CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil*, Madrid, 1927, VII, pág. 616).

⁷⁷ Ciertamente, los autores recogen tal estipulación como la que normalmente acompaña a una donación universal pero se obvia su función al respecto. Así, RICARD, pese a

Así, el artículo 946 del Code se limita a establecer el destino de los bienes sin mencionar que no se entienden donados, pero esta noción aparece implícita. En este momento, la reserva que estamos tratando aparece totalmente desvinculada de la noción de mecanismo convalidatorio de la donación universal y, siguiendo la lógica consuetudinaria hasta sus últimas consecuencias, su examen se polariza hacia la reserva expresa de la libre disposición de la cosa⁷⁸.

La novedad del artículo 16 de la Ordenanza citada es, pues, que el silencio del legislador sobre la oposición donación/facultad de disponer en cuanto principio general hacen que el inciso final de este artículo sea el precepto clave para cualquier donación que conceda al donatario la facultad de disponer de los bienes. Es decir, pese a las concesiones de redacción que contiene el precepto a la típica cláusula propia de las donaciones de todos los bienes, se trata de la norma que recoge la idea inicial del artículo 274 de la costumbre de París. Aunque de la oposición *ius disponendi*/ donación se haya pasado a la noción de donación irrevocable, la reserva de la facultad de disponer impide el efecto dispositivo.

Así, es nula la donación si el donante se reserva genéricamente la facultad de disponer de aquello que ha donado. Este es el supuesto que se desprende de la literalidad del precepto y que se concreta en la facultad de enajenar⁷⁹ en la línea de la reserva expresa de disponer. Además se plantea también la hipótesis

reconocer que se trata de una *question subordinnée* (*op. cit.*, núm. 1014) a tal tipo de donación, engloba en un mismo supuesto al reserva de testar o disponer de otra forma.

⁷⁸ Así, BACQUET (*op. cit.*, pág. 368) tras enunciar los tres argumentos que en la órbita del derecho romano anulan la donación de bienes presentes y futuros, añade que comporta *donner & retenir* porque no es posible la tradición de *droit*. De manera similar RICARD (*Traité des donations...*, *op. cit.*, núm. 1016): *...cette reservation est ouvertement contraire à ce qui est désiré par ces Coutumes, pour la perfection des donations entre vifs, que le donateur se soit dessaisi, tant de droit que de fait, de la chose donnée.*

⁷⁹ Cfr. LAURENT, F., *Principes de Droit civil français*, T. XII, Paris-Bruxelles, 1874, pág. 532; AUBRY, C. - RAU, C., *Cours de droit civil français d'après le méthode Zachariae*, VII, Paris, 1878, pág. 663.

de reserva de la facultad de enajenar⁸⁰ —o vender⁸¹— la cosa donada cuando el donante decida. En este supuesto, la relación con el redactado del artículo 16 es muy relativa: lo que se quiere poner de manifiesto es que tal reserva altera el efecto dispositivo, luego es indiferente el destino de los bienes, sólo importa que la donación sea nula en la parte reservada por falta de efecto dispositivo.

En cuanto a la reserva para testar, se interpreta que e sencillamente un caso de reserva de la facultad de disponer mortis causa y anula la donación por los motivos ya expuestos⁸².

En realidad, en tales casos importa la oposición donación/ius disponendi que lleva a la invalidez del acto dispositivo realizado. En estos casos, la nulidad de la donación permite al donante retener los objetos de la reserva —ya que no han sido donados— o reclamarlos del donante si se ha efectuado la tradición para que se reintegren en el patrimonio del donante⁸³.

⁸⁰ Cfr. POTHIER, *Coutume d'Orléans...*, op. cit., X, pág. 468; y DENISART, op. cit., pág. 525.

⁸¹ Cfr., BOURJON op. cit., pág. 100.

⁸² Cfr. BOURJON, op. cit., pág. 113 y POTHIER, *Traité des donations...* op. cit., VII, pág. 446.

⁸³ Cfr. POMMIER, Alexandre, *De la règle donner & retenir ne vaut. Son origine historique, ses consequences, ses exceptions en droit français*, Paris, 1876, pág. 219; AUBRY-RAU, op. cit., X, pág. 653; COLIN-CAPITANT, op. cit., VII, pág. 616.

En contra BOILEUX, J. M. (*Commentaire sur le Code civil*, Revu et précédé d'un précis de l'histoire du droit civil par M. F.F. Poncelet, 4a ed., Paris, 1838, II, pág. 272) y DURANTON, M. (*Corso di diritto civile secondo il codice francese*, 4a edizione, Napoli, 1854, IV, pág. 369) opinan que en este caso se trata de una donación de usufructo durante la vida del donatario y que, al extinguirse, los bienes pasaran a los herederos del donante según preceptua el artículo 946 Code. Sin embargo esta conclusión significa interpretar la voluntad del donante cuando ha manifestado su intención de donar la propiedad y más contra una norma imperativa que prohíbe este supuesto y que lleva a la nulidad de la disposición, luego no puede enterderse una donación de otro derecho subjetivo convirtiendo la donación en una de otro tipo.

2.3.-La disponibilidad de la cosa.

A pesar de ser el artículo 16 final el centro del análisis de la oposición donación/*ius disponendi*, "disponer de la cosa" no tiene ahora un sentido unívoco y la noción de "liberté de disposer" anula también aquellas cláusulas en las que el donante mantiene la "disponibilidad" de la cosa.

La disponibilidad del objeto arranca del concepto ya presentado de "disponere ad exercitium" del derecho y significa poder de decisión total sobre él equivaliendo a la propia noción de propiedad⁸⁴. La noción de disponer supera el ámbito de los actos que transforman la esencia del derecho —enajenación, gravamen, destrucción o transformación— para comprender toda la esfera de actuación con trascendencia jurídica que el sujeto tiene respecto de las cosas de su propiedad y en tanto que son suyas⁸⁵. Se trata,

DEMANTE (*op. cit.*, IV, págs. 212 y 213) admite la solución inicial para el caso de reserva de disponer entre vivos, pero añade que si se reserva la facultad de disponer por testamento la donación pasa a serlo de usufructo durante la vida del donante, siendo luego los bienes para sus herederos. Tampoco esta solución porque la reserva de la facultad de disponer anula el efecto dispositivo en cualquier desde el inicio de la donación aunque la eficacia del acto que el donante pueda realizar merced a la reserva no llegue hasta un momento posterior. Otra conclusión desconoce el alcance del *donner et retenir ne vaut*.

⁸⁴ La diferencia entre disponibilidad y facultad de disponer es claramente determinada por VAREILLES-SOMMIERES ("La definition et la notion juridique de la Propriété", *Revue trimestrielle de droit civil*, IV, 1905, págs. 449 y 450): *Partout ailleurs disposer a ou bien un sens large et vague qui dépasse les limites du jus abutendi et dans lequel il veut dire agir en maître, ou bien un sens spécial et précis qui reste en deça de ses limites et dans lequel il veut dire seulement aliener.*

⁸⁵ GROTIUS, Hugo (*De iure belli ac pacis*. Libri III, Lausanae, 1758, l. II, ch. 6, § 1) es el primero que define la propiedad con la idea de disponibilidad de la cosa: *Dominium natura sua consistit in libera facultate de re disponendi*. De forma similar VINNIUS, Arnoldi (*In quatuor libros Institutionum imperialis commentarius*, Venetiis, 1747, Instit, II, 1, 11) y PUFFENDORF, Samuel (*De Iure Naturale et*

siguiendo a Wolffius de la disponibilidad de la cosa que de forma necesaria tiene el propietario en tanto que titular del derecho de dominio que se relaciona directamente con el objeto de derecho y que incluye la disponibilidad de su substancia y también la del uso y del disfrute de la misma en cuanto contenidos del dominio⁸⁶.

En palabras de Pothier el dominio se define como el *Jus de re libere disponendi ou jus utendi et abutendi*⁸⁷: la disponibilidad encierra la noción de poder sobre la cosa representada por al posibilidad de disponer libremente de

gentium Libri octo cum integris commentariis virorum clarissimorum Io. Nic. Hertii atque Io. Barbeyraci... Ed facsímil de la de Francofurti et Lipsiæ, 1759, Frankfurt am Main, 1967, IV, 1, 2): ...*ea est vis dominii, ut de rebus, quae tanquam propriae ad nos pertinet, pro arbitrio nostro disponere.* Más claramente aún se pronuncia HEINECIO (*Elementos del derecho natural y de gentes*, traducidos al castellano por J.A. Ojea, I, Madrid, 1837, cap. XII, par. CCCVI): ...*primum oritur dominii effectum, libera de re sua dispositio, id est, rem quibuslibet usibus adhibendi, illam consumendi, suoque libitu alienandi facultas...*

Se marca aquí, claramente, la diferencia entre los conceptos de disposición y enajenación, o entre disponibilidad y facultad de disponer, como ya hemos puesto de manifiesto y prepara la conocida definición de Pothier que identifica la libre disposición de la cosa con el *ius utendi y fruendi*. Sobre la influencia de Heinecio en Pothier cfr. BRUGGI, Biagio, *Della proprietà*, en *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e giurisprudenza*, Napoli-Torino, 1911, pág. 34 y ss.

- ⁸⁶ WOLFFIUS realiza el planteamiento definitivo: Siguiendo a sus predecesores afirma que *Dominium est jus proprium disponendi de re pro arbitrio suo...* (*Ius naturæ methodo scientifica pertractatum, cum C.L. de Vattel animadversionibus, Francofurti et Lipsiae, 1765, pars 3, § 118*). Pero va más allá: el propietario decide libremente -dispone- de toda la esfera de actuación que le concede el derecho. Este es el sentido que conserva la definición del dominio en el Código Civil austriaco § 354 y el Proyecto de Código Civil español de 1836 que en su artículo 621 la define como: *Derecho que uno tiene para disponer de ellas [las cosas] a su arbitrio.*
- ⁸⁷ POTHIER, R.J., *Traité du droit de domaine de propriété*, en *Oeuvres*, VIII, Paris, 1835, pág. 114. El autor reitera esta definición en la Introduction a la Coutume d'Orléans, *op. cit.*, T. X, ch. VII, s. II, § 1, n. 100, pág. 140.

ella⁸⁸. A su vez comprende las facultades uso y disfrute de las cosas y el "ius abutendi"⁸⁹ que permite la enajenación, el gravamen y la destrucción o abandono de la cosa⁹⁰. La aposición de ambas frases marca dos concepciones distintas: el concepto de propiedad como suma de facultades, y por tanto, definida por su contenido cuya individualización la aporta el ius abutendi; y la noción de propiedad como poder unitario del sujeto que se corresponde con "señoría"⁹¹ respecto del objeto al que somete enteramente a la voluntad de su titular que, poco a poco se irá imponiendo⁹².

88 Esta misma expresión es utilizada por el Tribuno FAVARD (FENET, *op. cit.*, XII, pág. 595) hablando de la necesaria aceptación de la donación: *Tant que l'acceptation n'a pas lieu, le donateur demeure plein propriétaire et libre de disposer de la chose à son gré...* La disponibilidad de la cosa marca la señoría -el dominio-sobre ella.

89 POTHIER, (*ibidem*) se contenta con la enumeración de las facultades que integran el dominio sin voluntad de clasificación: derecho de percibir los frutos, derecho de usar la cosa conformemente a su destino, derecho de alterar la forma, derecho de abandonarla, derecho de excluir a los demás del uso y derecho de enajenarla, de conceder derechos reales limitados a terceros o de acordarles un uso que estime conveniente.

90 Sobre la noción de *ius abutendi* y la inexactitud que representa referirse a él como *droit de disposer*, VAREILLES-SOMMIERES (*op. loc. cit.*, pág. 449 y 450). En contra MALEVILLE, Jacques de, *Analyse raisonné de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, II, Paris, 1805 (An XIII), *passim* y especialmente págs. 337 a 340.

91 Cfr. ARNAUD, André-Jean (*Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris, 1969, pág. 179 y ss.) En este sentido la aportación de WOLFFIUS (*ibidem*, § 135) es definitiva porque de la misma manera que la propiedad decide sobre todas las facultades que ostenta sobre al cosa, el derecho de usar es el *Jus disponendi de quolibet rei usu pro arbitrio suo*, y el de disfrutar es el *Jus autem disponendi de quolibet usu fructu pro arbitrio suo*.

Este concepto será destacada por los pandectistas en la creación de un concepto de propiedad que supere la mera yuxtaposición de facultades. Cfr. BONFANTE, *Corso di diritto romano*; vol. II, *La proprietà*, 1, Milano, 1966, pág. 234 y 235.

92 La idea de definir a la propiedad por esta noción de disponibilidad ha sido retomada por algunos autores italianos como CARNELUTTI para quien disposición equivale a

A los fines de este estudio, importa sólo destacar al plurivocidad que la fórmula comprendida en la costumbre de París en el artículo 274 adquiere, cuya literalidad es un obstáculo para el concepto de donación irrevocable, pero que aparece también en el último inciso del artículo 16 de la Ordenanza. Así, la libertad de disponer se identifica también con la noción de disponibilidad que tiene en relación al *donner et retenir ne vaut* dos consecuencias:

A modo de principio general se advierte que es esencia de la donación que el donante se prive del derecho de disponer ulteriormente de la cosa, sin lo cual no puede existir donación⁹³ porque falta el necesario efecto dispositivo.

"comandare", en tanto que esencia del derecho subjetivo que el titular puede ordenar a terceros en torno al goce de la cosa.

Por su parte, BARBERO, Domenico ("Proprietà ed usufrutto. (Determinazione del concetto di "mio")", *Giurisprudenza italiana*, Volumen XC (1938), cols. 229 y 230) utiliza el concepto de mínima disponibilidad originaria para definir la noción de propiedad: *L'essenza del concetto giuridico di "mio" collima, secondo me, con la nozione di "minima disponibilità originaria"... disponibilità...non vuol significare, dopo quello che ho detto, potere o facoltà di alienare o concedere comunque ad altri un diritto sulla cosa. E questa l'accezione comine di ciò che si chiama "potere de disporre"...parlando di disponibilità..intento dire invece: "dipendenza dalla volontà d'un soggetto di un comportamento (dentro i limiti legali, che sono i confini normali della proprietà) sopra una cosa"... minima significa che per l'esistenza del diritto di proprietà non è richiesta, essenzialmente la disponibilità piena...mentre non è richiesta la disponibilità piena, non è neppure da ritenersi richiesta una disponibilità maggiore di quella comportata da qualunque altro diritto concorrente. Quantitativamente basta un minimo. Qualitativamente (questo è decisivo) deve essere originaria... (és) il paradigma astratto di questo diritto; doppio di che esprime: che la disponibilità minima cui sia ridotto, eventualmente, un diritto sopra una cosa, rappresenta la proprietà di questa cosa, se essa, disponibilità minima è un residuo di quella disponibilità, che originariamente con riferimento al paradigma astratto di questo diritto, è piena.*

93 POTHIER, *Traité des donations...*, op. cit., VII, 452; *las costumbres ont ordonné qu'aucun ne put valablement donner qu'il ne se déssaisit des le temps de la donation de la chose donnée et qu'il s'en privât par toujours de la faculté d'en disposer...; y*

Como previsión más concreta se anulan aquellas estipulaciones en las que se impide el efecto dispositivo propio de la donación porque se retiene lo que se da en llamar *libre disposition de la chose* y que se refiere a este poder de decisión que hemos calificado como disponibilidad. Así, Bourjon juzga nula una donación en la que el donatario no sería libre de actuar sobre la cosa donada ni aún para tomar medidas conservativas, pues la disponibilidad es del donante⁹⁴; Prevot⁹⁵ declara nula una donación en la que el donante se reserva la *libre disposition de l'acte de la donation* siendo libre de imponer las condiciones o cargas que estime conveniente. De la misma forma Laurent declara nula una donación en la que el donante se reserva la propiedad y el usufructo de los bienes donados, porque ello implica que puede disponer libremente de la cosa, luego que no da sino que retiene⁹⁶. Así, lo que importa no es que la suma de

(pág. 456) ...*les Coutumes en expliquant la maxime donner et retenir ne vauts disent que c'est donner et retenir quand le donateur s'est réservée la puissance de disposer sur la chose donné, car cette faculté, qu'il se réserve de disposer...détruit sa nature et la rend nulle.*

Que tal facultad no se asimila a la mera enajenación se comprueba en el siguiente pasaje (pág. 457): ...*on ne peut donner à la charge de payer les dettes que el donateur contractera par la suite: cette donation pêche par défaut d'irrévocabilité; car le donateur, ayant la liberté d'en contracter tant qu'il lui plaira, conserve la liberté de disposer des biens qu'il a données, et de détruire l'effet de la donation....* También DENISART (op. cit., pág. 523): ...*il faut que le donateur se déssaisisse et se désiste en faveur du donataire de la propriété de la chose donnée en sorte qu'il ne soit plus maître de disposer de la chose par la suite...;* y TROPLONG (op. cit., I, pag. 48 y ss.), donde expresa la imposibilidad de disponer de aquello que se ha donado y se refiere exactamente a la reserva: *La vera significazione di cotesta massima si è non potersi il donante riservare la facoltà di disporre a suo talento della cosa donata... (ibidem, pág. 51).*

94 Cfr. BOURJON, *op. cit.*, P'AG. 109.

95 Cfr. PREVOST, *op. cit.*, pág. 178.

96 LAURENT, *op. cit.*, XII, pág. 498: *la clause par laquelle le donateur se réserve jusqu'à son décès la propriété et l'usufruit des biens données. Le donateur reste propriétaire en vertu de cette clause, donc il a le droit de disposer de la chose; on peut*

propiedad y usufructo impidan la transmisión del derecho al donatario, sino que gracias a esta cláusula el donante conserve intacto su poder de decisión respecto de la cosa.

2.4.-*Facultad de disponer e irrevocabilidad*

La reserva de la facultad de disponer significa un acto libre del donante que decide disponer o no, por ello se califica como *liberté*. Otras denominaciones como *pouvoir de disposer*⁹⁷ o *droit de disposer*⁹⁸ vienen a ser términos técnicos para dar un contenido preciso a la reserva, pero en todos ellos se aprecia la idea de libre albedrío. Sobre esta constatación, y en el contexto de una donación calificada esencialmente como irrevocable, se deja atrás la oposición donación/facultad de disponer que impide el efecto dispositivo para determinar que tal reserva comporta la posibilidad de disminuir en una parte de aquello que se ha donado inicialmente, luego disminuye —altera— la donación inicial. La reserva de la facultad de disponer pasa a ser un supuesto de falta de revocación de la donación que hace cesar enteramente sus efectos⁹⁹. Esta consideración se verá reforzada por la importancia concedida a la condición potestativa como enunciación del principio de la irrevocabilidad, de forma que

dire qu'il donne et qu'il retient; or, donner et retenir ne vaut. En el mismo sentido, VAN ARENBERG, E., *Traité de l'usufruit*, Bruxelles, 1936, núm. 205, pág. 98.

97 Este es el término utilizado por LAMOIGNON, *op. cit.*, arrété XI y COCHIN, *Oeuvres*, Contenant le recueil de ses Mémoires et Consultations. Dernière édition, Paris, 1788, IV, pág. 489. PREVOST (*op. cit.*, II, 172) y DAVOT (*op. cit.*, IV, pág. 595) utilizan este mismo término para indicar el requisito de capacidad de disponer.

98 Así, POUILLAIN DU PARC, pág..., MERLIN, págs. 486 y 492-493, COCHIN, IV, pág. 489.

99 Así, TOULLIER (*op. cit.*, V, pág. 154) identifica *donner et retenir ne vaut* con facultad de revocar al donación, sin especificar con que medios.

el significado originario de la máxima *donner et retenir ne vaut* se verá totalmente tergiversado.

3.—*Irrevocabilidad y condición potestativa*

La necesidad de transmitir definitivamente la propiedad de la cosa exige —desde el punto de vista del donante— que no pueda alterar el efecto de la donación en ejecución de cláusulas que modalizan la atribución patrimonial ya sea impidiendo el efecto dispositivo —caso de la reserva de la facultad de disponer que hemos analizado—, ya ocasionando la pérdida de la atribución patrimonial acaecida. En este segundo caso, la idea que el efecto de la donación no puede depender de la voluntad del donante va progresivamente asimilándose a la imposibilidad que la donación se someta a una condición potestativa, es decir, aquella sometida a un acontecimiento futuro pero no incierto para el donante pues él es quien decide que se produzca o no¹⁰⁰. Así, es cierto que la condición potestativa implica que el efecto de la donación dependa de su voluntad —tal como se recoge en el art. 16 2a prop. O. 1731—, pero no lo es que toda donación que dependa de la voluntad del donante esté sometida a una condición potestativa.

3.1.—*La condición potestativa como hipótesis de donación nula*

En efecto, la inclusión de la prohibición de donaciones potestativas en la Ordenanza de 1731 es ciertamente accidental y aparece tras la reforma del Primer Proyecto.

El texto del primer Proyecto fue presentado al canciller Daguesseau que, tras anotar algunas apostillas, lo remitió a Joly de Fleury para saber su opinión sobre los cambios o adiciones formulados. En lo que se refiere al artículo 8 del

¹⁰⁰ 22 Cfr. FURGOLE *op. cit.*, pág. 69.

proyecto —relativo a la prohibición de dar bienes futuros— el canciller plantea la posibilidad de añadir la nulidad de la donación bajo condición potestativa que Lamoignon introduce en sus arrêts siguiendo el mismo principio que impide las donaciones de bienes futuros, es decir, el *donner et retenir ne vaut*¹⁰¹.

Lamoignon presenta en su arrête X la definición de la máxima según la fórmula del artículo 274 de la costumbre de París con lo que identifica retenir con la reserva de la facultad de disponer. Más adelante, en el arrête XII, enumera las cláusulas contrarias al principio porque contienen reserva tácita de la facultad de disponer y que son: la donación de los bienes que el donante tendrá en el momento de la muerte, la carga de pagar deudas pasadas o futuras si no aparecen determinadas¹⁰², o la donación bajo condición que dependa de la voluntad del donante. Esta posibilidad es una más de las que impiden la irrevocabilidad de la donación según el principio que dibuja la Ordenanza y como tal es aceptada por Joly de Fleury que la añade al artículo en cuestión¹⁰³. Ello permite a Daguesseau interrogarse sobre la conveniencia de encontrar una fórmula que encierre todos los casos previstos por Lamoignon, lo que no significa que el caso propuesto sea la enunciación del principio general que finalmente no se introduce en el texto de la Ordenanza¹⁰⁴ y que, además,

¹⁰¹ Cfr. REGNAULT, *op. cit.*, pág. 556, apostilla de Daguesseau a Joly de Fleury: *L'arrête de M. de Lamoignon ajoute des cas où la donation est nulle sur le même principe, comme dans l'hypothèse où il y a des conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur. En fera-t-on mention ou mettra-t-on une expression générale renfermant tous ces cas?*

¹⁰² Esta precisión se encuentra contenida en el arrête XIII: *Ce n'est donner et retenir quand la donation est faite à la charge d'acquitter les dettes du donateur, présentes ou à venir...pourvu qu'en l'un et l'autre cas la somme soit limitée...* Cfr. LAMOIGNON, *op. cit.*

¹⁰³ Ello explica porque Daguesseau la califica como "hipótesis" (cfr. nota anterior), y Joly de Fleury redacta su apostilla diciendo: *Ce cas pourrait encore être ajouté.* Cfr. REGNAULT (*op. cit.*, pág. 557).

¹⁰⁴ Así, si bien la posibilidad de imponer la carga de pagar deudas futuras se incluye en el artículo 15 como ya hemos visto, queda aún el caso de donación de los bienes en el momento de la muerte que los autores discuten a falta de un precepto legal. Suele

evoluciona de la noción de facultad de disponer a la de concesión de un derecho irrevocable.

Su elección es tanto más aleatoria teniendo en cuenta que su vinculación de la condición potestativa a la máxima de derecho consuetudinario es aún más accidental:

Ricard plantea el problema de la donación sometida a condición con carácter general para determinar que una condición suspensiva o resolutoria no impide la *tradition de droit*, es decir, la plenitud del efecto dispositivo exigido a la donación. En el primer caso porque no se suspende el efecto adquisitivo, y en el segundo porque tal suspensión queda superada por la retroacción de los efectos al momento de la disposición según regla general en materia de condiciones¹⁰⁵. La única limitación que se impone es que la condición no sea potestativa porque significa reservarse indirectamente la facultad de disponer¹⁰⁶. En el contexto de la donación irrevocable, Bourjon¹⁰⁷ recoge el mismo planteamiento: la suspensión condicionada de los efectos no es obstáculo,

considerar que tal donación es nula por no conferir al donante un derecho irrevocable. Cfr. MOURLON, Frédéric, *Répetitions écrites sur el Code civil*, 12 a edición, al cuidado de Ch. Demangeat, T. II, Paris, 1885, pág. 275; DEMANTE, *op. cit.* V, pág. 204; BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, X, pág. 640.

TROPLONG (*op. cit.*, I, núm. 1025) es más sutil y hace depender la nulidad no de la falta de irrevocabilidad, sino de la posibilidad que tiene el donante de continuar disponiendo de los bienes.

¹⁰⁵ RICARD (*Traité des donations....*, *op. cit.*, núms. 1038 a 1045) demuestra claramente la posibilidad de realizar donaciones suspensivamente condicionadas. El tema es pues, la condición y la donación en el marco del *donner et retenir*, sin embargo a partir de este texto LAMOIGNON (*op. cit.*, arrété XIII), POCQUET DE LIVONNIERES, Claude, (*Règles du droit français*, Paris, 1768, pág. 470) y FERRIERE (*op. cit.*, pág. 309) en sus respectivos tratados generales sobre derecho consuetudinario con vocación de síntesis incluyen la condición potestativa como cláusula contraria a la esencia de la donación.

¹⁰⁶ Cfr. RICARD, *Traité des donations...* núm. 1038.

¹⁰⁷ Cfr. BOURJON *op. cit.*, pág. 106 y 107.

pero sí lo es la condición potestativa que impide la formación de un derecho irrevocable para el donatario en el momento de la disposición, y esto significa donar y retener¹⁰⁸. Así, la condición potestativa es simplemente un caso más en el que la donación no produce la transmisión definitiva de la propiedad al donatario.

3.2.-Condición potestativa y donación modal

Con todo, la idea de vincular el efecto irrevocable a la condición potestativa tiene como primera manifestación la pérdida de autonomía de la donación sometida al pago de las deudas del donante porque una vez apartada tal cláusula de la responsabilidad del donatario, pasa a ser una donación modal, sometida a la carga de pagar deudas para el donatario. Sin embargo, el pago de las deudas futuras que comporta la nulidad de la donación¹⁰⁹, pasa a considerarse como una condición potestativa pues el donante es dueño de aumentarlas hasta la cifra que crea conveniente con lo que se reduce, e incluso puede llegar a desaparecer, el derecho adquirido por el donatario¹¹⁰. Este

¹⁰⁸ Vide PREVOT, *op. cit.*, pág. 183-4 y FURGOLE, *op. cit.*, pág. 68-69.

¹⁰⁹ El artículo 15 distingue entre el pago de las deudas y cargas de la sucesión por su calidad de futuras, las deudas futuras en general y las legítimas de los hijos del donante. Este último caso se escapa del tema que aquí tratamos pues se relaciona con el artículo 34 de la Ordenanza y la reducción de donaciones por inoficiosidad.

¹¹⁰ Así, BOUTARIC (p. cit., págs. 71 y 72): *Si l'Ordonnance declare nulles les Donations des biens présens & à venir, à condition de payer des dettes ou charges, autres que celles qui existoient lors de la donation, & si elle déclare également nulles les Donations faites sous des conditions, dont l'exécution dépend de la volonté du Donateur...c'est...parce qu'il est de l'essence de la Donation entre-vifs d'être irrevocable, & que l'équité naturelle ne permet pas d'autoriser un Donateur à revoquer par des voyes indirectes, ce qu'il ne pourroit revoquer directement. On comprend, en effet, combien il seroit aisé à un Donateur d'anéantir la Donation, en tout ou en partie, par des dispositions qui ne dépendroient que de sa volonté, & on comprend aussi qu'il n'est rien de plus opposé à l'irrévocabilité de la Donation. Ce que*

enfoque pasa a considerar "condición" lo que es en realidad carga¹¹¹. Con ello quiere destacarse que el efecto irrevocable de la donación está condicionado a que el donante libremente contraiga deudas que debe satisfacer el donatario y, por tanto, dependen de la voluntad de aquél.

El razonamiento se ve reforzado por la doctrina que admite la presencia de deudas futuras si son determinables porque vienen configuradas por el uso como los gastos de entierro del donante¹¹², de forma que la inadmisibilidad de

nous venons de dire de la condition d'acquitter les dettes & charges, autres que celles existantes ou créés lors de la donation, s'applique à naturellement à toutes conditions, dont l'exécution dépend de la seule volonté du Donateur... parce que l'effet des unes & des autres, est celui de laisser la Donation comme en suspens, & ne la faire subsister qu'autant qu'il palît au Doanteur qu'elle subsiste... que je ne puis avoir retenu le pouvoir d'anéantir la Donation, sans avoir indirectement retenu les choses données, donner & retenir ne vaut. DU ROUSSEAUD (op. cit., pag. 63) y DAMOURS (op. cit., págs. 157-158): La première partie de cet article -15- a pour objet général d'abroger toutes les donations dont l'effet dépendra de la volonté du Donateur. Ainsi toutes les conditions qu'on appelle potestatives & qui porroient laisser au donateur la liberté de déroger indirectement à la donation qu'il ne pourroit attaquer directement la rendent nulle parce qu'on les regarde comme ayant empêche qu'il y ait de Donation, & c'est (p.157)le cas d'appliquer la maxime donner & reteni ne vaut. De forma similar MERLIN (op. cit., VIII, pág. 446-7: De ce que les Donations entre-vifs sont des conventions irrévocables qui dépouillent le donateur, il faut en conclure que toute donation qui manque intrinsequement de ce caractere, et qui laisse au donateur la liberté de la rendre nulle, ne peut produire aucun effet comme Donation entre vifs. De là l'axiome donner et retenir ne vaut. Ainsi une donation serait vicieuse et sujette à peine de nullité, si elle était faite à condition que le donataire serait tenu de payer les dettes de la succession du donateur, ou astreint à d'autres charges que celles qui existaient au temps de la Donation...

¹¹¹ Favorece tal interpretación el propio redactado del artículo 15: *seront pareillement nulles lorsqu'elles seront faites à condition de payer les dettes...* Cfr. REGNAULT, *op. cit.*, pág. 581. Sobre la inconveniencia de denominar condición a la carga de pagar deudas futuras, MARCADE, *op. cit.*, III, pág. 560.

¹¹² Cfr. DAVOT *op. cit.*, pág. 507 y 8. este autor, sin embargo, también admite la posibilidad de imponer el pago de deudas futuras pero fijas como el pago de una limosna

esta carga de la donación deriva de la imposibilidad de determinar su existencia a priori siendo el donante libre de imponerlas a su antojo¹¹³. La tendencia se ve favorecida por el artículo 945 del Code Napoléon que distingue entre deudas presentes y futuras:

La carga de pagar deudas presentes se juzga válida porque ningún perjuicio reporta a la irrevocabilidad esencial de la donación ya que el donatario queda personalmente obligado a su pago cuya existencia conoce y acepta¹¹⁴.

Al contrario, la carga de pagar de deudas futuras se declara válida sólo si estas constan en el documento de la donación o en un inventario que debe acompañar necesariamente a la donación¹¹⁵. Ello es así porque entonces son fijas y conocidas por el donatario, de forma que el efecto de la donación permanecerá inalterado a pesar de la cualidad de futuras de las deudas¹¹⁶; y en

o de una determinada suma a tercero; TROP LONG, *op. cit.*, I, núm. 1221; LAURENT, *op. cit.*, XII, pág. 530; y POMMIER, *op. cit.*, pág. 216.

¹¹³ Cfr. PREVOT, *op. cit.*, pág. 185; GRENIER, *op. cit.*, I, pág. 194; MOURLON, *op. cit.*, pág. 130.

¹¹⁴ Suelen considerar los autores que el donatario está obligado al pago de las deudas hasta la concurrencia del valor de los bienes donados (LAURENT, *op. cit.*, XII, pág. 404; DEMOLOMBE, *op. cit.*, III, pág. 575; y BAUDRY LACANTINERIE, *op. cit.*, X, pág. 650). En contra TROP LONG (*op. cit.*, I, núm. 1217) no limita la responsabilidad al valor de los bienes ya que se trata de una carga real que sigue a los bienes pudiendo el donante asumir todas las deudas o abandonar los bienes; otra solución implica atribuir un carácter conmutativo a la donación del que carece.

En cualquier caso, la postura que se adopte no influye en el carácter irrevocable de la donación constituido por la certeza de las deudas que forman la carga.

¹¹⁵ LAURENT, *op. cit.*, XII, pág. 527-8; TROP LONG, *op. cit.*, I, núm. 1212; DEMANTE, *op. cit.*, IV, pág. 204; COLIN-CAPITANT, *op. cit.*, VII, pág. 616.

¹¹⁶ Este es el planteamiento defendido en la discusión del texto de este artículo en el Consejo de Estado: art. 50 (945 del texto definitivo): *Elle serait pareillement nulle si elle était faite sous la condition de payer d'autres dettes ou charges que celles qui existiraient à l'époque de la donation, et qui seraient comprises dans l'état qui doit y*

sentido contrario, no se admite la carga de ejecutar el testamento del donante porque no se conoce el valor de las disposiciones que va a contener¹¹⁷, por lo que no se confiere al donatario un derecho irrevocable.

En definitiva, y no obstante todo lo expuesto, es necesario precisar que parece más de acuerdo con los precedentes y con el propio concepto de irrevocabilidad decidir que la donación con carga de pagar deudas futuras indeterminadas deja en manos del donante la posibilidad de alterar el efecto de la donación porque su existencia y cuantía es incierta, lo que impide crear un

être annexé. M. MIOT dit que l'article semblerait exclure la charge qui serait imposée par el donateur de nourrir l'enfant qui pourrait naître postérieurement; car cette charge n'existerait pas au moment de la donation. M. Theilhard répond que el but de l'article est d'ôter au donateur en créant postérieurement des charges et des dettes, et non de l'empêcher de la modifier par des conditions, lesquelles, comme dans le cas proposé, établissent par l'acte même une charge déterminée et connue. Au surplus, pour prévenir toute difficulté, on peut expliquer dans l'article que les seules charges valables seront celles que l'aon aura exprimées soit dans l'acte de donation, soit dans un état annexé. L'article est adopté avec cet amendement. (FENET, op. cit., XII, pág. 373).

¹¹⁷ Los autores solían convalidar la carga de ejecutar testamento impuesta al donatario afirmando que como podía reducirse arbitrio boni viri, este baremo objetivo evitaba que el donante se reservase la facultad de disponer tácitamente de aquello donado (ver, por todos, RICARD, *op. cit.*, núm. 1032). Sin embargo, bajo el contexto de una donación irrevocable este razonamiento no es acertado porque la reducción no permite configurar un derecho irrevocable. Así, DAMOURS (*op. cit.*, pág. 159): *La règle de l'estimation arbitrio boni viri, ne vous rejette-t'elle pas dans toutes les incertitudes et les inconvénients qui suivent nécessairement les interprétations des actes entre-vifs? l'irrévocabilité de la donation & le désaisissement actuel du Donateur peuvent-ils se rencontrer dans une Donation dont les objets peuvent augmenter ou diminuer au gré du Donateur?...* Más tarde TROPLONG (*op. cit.*, I, núm. 1220) y GRENIER (*op. cit.*, I, pág. 197) cierran el paso a la posibilidad de reducir las disposiciones según aquel parámetro objetivo en la esfera del Code, con lo que la cláusula es decididamente nula.

derecho irrevocable¹¹⁸. Acudir a formular una condición potestativa del tipo doyo si no decido contraer deudas que el donatario está obligado a satisfacer, parece plenamente prescindible.

3.3.-Condición potestativa y principio general de donación irrevocable

La tendencia a considerar que la donación sometida a condición potestativa es la expresión del *donner et retenir* se acentúa a partir de la publicación del Code cuando la doctrina interpreta que el requisito de la irrevocabilidad de la donación previsto en el artículo 894 se relaciona directamente con la fórmula contenida en el artículo 944:

*Toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur sera nulle*¹¹⁹.

¹¹⁸ Así, DAVOT (*op. cit.*, IV, pág. 507), Prevot (*op. cit.*, pág. 185) y FURGOLE (*op. cit.*, pág. 67), se limitan a establecer que este tipo de donación no puede ser calificada de irrevocable.

¹¹⁹ Ciertos autores consideran a la donación potestativa como principio general ya durante la vigencia de la Ordenanza de 1731: DU ROUSSEAUD (*op. cit.*, pág. 63) y DENIZART (*op. cit.*, pág. 523). Con todo, la tendencia se generaliza entre los comentaristas del Code: CHABOT DE L'ALIER (*op. cit.*, I, pág. 169); MOURLON (*op. cit.*, II, pág. 274); TASSARD, Paul (*Droit français: De la règle donner & retenir ne vaut*, Tesis doctoral leída en la Universidad de Nancy, 1872, págs. 77 y 78, y 87); DURAND, Augustin, (*De la règle: donner & retenir ne vaut en Droit français*, Paris, 1876, pág. 116); POMMIER, Alexandre (*De la règle donner & retenir ne vaut. Son origine historique, ses consequences, ses exceptions en droit français*, Paris, 1876, págs. 117, 138, 172, 225); CONSTANT (*De la règle donner et retenir ne vaut. Son origine, ses principales applications d'après le Code civil*, Tonerre, 1889, pág. 269); DEMOLOMBE (*op. cit.*, III, pág. 374).

Este planteamiento lleva a reconducir la donación de bienes futuros (art. 943) y la reseva de algún objeto o suma para disponer de ellos (art. 946) al ámbito de la donación condicionada.

En el caso de la donación de bienes futuros se argumenta que se dan bajo condición de que el donante los adquiera y aún los conserve en su patrimonio hasta el momento de su muerte cuando deben pasar al donatario, luego no se trata de una donación irrevocable porque el efecto depende de la voluntad del donante, y los bienes pueden ser inexistentes en el momento de la eficacia de la donación¹²⁰. Así, la existencia de los bienes no resulta de una hipotética facultad de disponer que el donante mantiene respecto de aquello que ha donado, sino de la libertad del donante en decidir su destino que condiciona el efecto irrevocable de la donación.

La reserva de algún objeto o suma para disponer de ellos recoge la disposición contenida en el artículo 16 final de la Ordenanza y venía siendo

Es especialmente significativa la postura de TOULLIER (*op. cit.*, V, pág. 118 y 154) que reconduce los artículos 943 a 946 que expresan las consecuencias del *donner et retenir* al análisis del 944 que se realiza no como explicación de la irrevocabilidad de la donación, sino en sede de donación condicional y condiciones prohibidas. También LOMONACO, Giovanni (*Diritto civile italiano*, 2 ed., Vol. IV, Napoli, 1895, pág. 533) y ASCOLI, (*Trattato delle donazioni*, 2a ed., Milano, 1935, págs. 141-142) en relación al artículo 1067 del C.c. de 1865 que se expresa de manera muy similar al 944 del Code.

Un segundo grupo de autores se muestra más vacilante ya que identifica donación revocable con aquella cuyo efecto puede ser alterado por la voluntad del donante en general, pero afirman que este planteamiento se halla reproducido en el artículo 944 Code: BOILEUX (*op. cit.*, II, pág. 209 y 249); LAURENT (*op. cit.*, XII, págs. 493 a 496) y HERAIL DE BRISSIS, Martine d' (*L'adage "donner et retenir ne vaut". Sa valeur actuelle*, Thèse pour el doctorat lise à l'Université de Bordeaux-1, 1982 pág. 117).

¹²⁰ TOULLIER (*op. cit.*, V, pág. 156); DEMANTE (*op. cit.*, V, pág. 203); DEMOLOMBE (*op. cit.*, III, pág. 375); POMMIER (*op. cit.*, pág. 186); COLIN-CAPITANT (*op. cit.*, VII, pág. 611); BAUDRY-LACANTINERIE (*op. cit.*, X, 679).

considerado como un supuesto de *donner et retenir* ya que el donante conservaba la libertad de disponer con lo que la propiedad no se transmitía definitivamente. Ahora se considera que la donación de la parte reservada se hace bajo condición de no disponer por lo que la donación es nula en la reserva y los bienes que contiene nunca se entienden donados, es por ello que, no habiendo salido del patrimonio del donante deben pasar a sus herederos si aquél no dispone de ellos de otra forma tal como establece el inciso final del artículo¹²¹. Así la donación se mantiene en la parte no reservada porque no le afecta la condición potestativa y cumple la condición de la irrevocabilidad¹²².

Siguiendo esta línea argumental se llega a la admisión de la reserva de disponer de una parte de los bienes eventual, es decir, si tal posibilidad se somete a una condición casual. En este caso el efecto de la donación no depende de la voluntad del donante sino de un acontecimiento futuro e incierto que

¹²¹ Cfr. DELVINCOURT, (*Istituzioni di diritto civile secondo le disposizione del Codice Napoleone*, traducción italiana de la segunda edición francesa, Milano, 1812, II, págs. 163 y 164); MERLIN (*op. cit.*, VIII, pág. 447); MARCADE (*op. cit.*, II, pág. 561); DEMANTE, (*op. cit.*, IV, pág. 211); VUILLAUME, M.F., (*Commentaire analytique du Code Napoléon*, Paris, 1855, pág. 291); LAURENT (*op. cit.*, XII, pág. 532); DEMOLOMBE (*op. cit.*, II, pág. 424; TASSARD (*op. cit.*, págs. 11 y 115); POMMIER (*op. cit.*, págs. 214 a 216); CONSTANT (*op. cit.*, pág. 269 ; DELEHELLE, H. (*De la règle donner & retenir ne vaut, son histoire dans le droit coutumier, son influence dans le Code Civil*, Tesis doctoral leida en la Universidad de Dijon, 1897 págs. 191 y 207).

¹²² Hay algunos autores que llevan esta identificación a consecuencias extremas considerando que la reserva del artículo 946 Code no impide el efecto dispositivo, sino que se convierte en la facultad de "retomar" -reprendre- aquello que se ha donado obviando la oposición donación/facultad de disponer que vertebró el tratamiento de ésta cláusula aún cuando al donación se califica como irrevocable a efectos del artículo 894 Code. Cfr. DELSOL, J.J. (*Explication élémentaire du Code civil mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, 3ª ed.... avec la collaboration de Ch. Lescoeur, II, Paris, 1878, pág. 270) y TRASBOT, André-LOUSSOUARN, Yvon (*Donations et testaments*, en PLANIOL, MARCEL-RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, V, Paris, 1957, pág. 563).

resuelve la transmisión —irrevocable— de la propiedad¹²³. Así, cuando el Code habla de reserva de la *liberté de disposer*, no importa tanto la posibilidad de disponer sino la de que el donante pueda hacerlo a su libre albedrío que atenta a la necesaria irrevocabilidad de la transmisión efectuada.

Este tratamiento obliga, sin embargo a distinguir dos hipótesis¹²⁴: Cuando la disposición sólo se admite bajo condición casual se anula la condición potestativa implícita en el pacto de reserva de disponer si no llega a producirse el acontecimiento del cual depende la posibilidad de disponer, luego la donación cumple con sus requisitos esenciales. En cambio, si se cumple la condición causal la donación pasa a ser nula porque se da al donante la libertad de disponer o no, con lo que a partir de este momento se trata de una donación sometida a condición potestativa de no disponer¹²⁵.

¹²³ Se entiende, pues, que la donación se somete a condición resolutoria casual: MICHAUX, Alexandre (*Traité pratique des donations*, Paris, 1866, pág. 179); DURAND (*op. cit.*, págs. 98, 116, 128 y 153) y POMMIER, (*op. cit.*, pág. 219).

¹²⁴ Cfr. GRENIER (*op. cit.*, I, pág. 172); TOULLIER (*op. cit.*, V, pág. 156); MARCADE (*op. cit.*, II, págs. 560-561); DEMANTE (*op. cit.*, II, pág. 212 y 213); DEMOLOMBE (*op. cit.*, III, pág. 447, núm. 470); BAUDRY (*op. cit.*, X, pág. 654).

¹²⁵ La admisibilidad de una reserva de disponer eventual se basa en la solución dada por el Arrest de 17 de Thermidor del año XIII de la Corte de Aix sobre la validez de una donación con reserva de disponer de 700 francos en forma de pensión vitalicia a favor de la mujer del donante en caso que ésta le premuriese. Según GRENIER (*ibidem*) y TOULLIER (*ibidem*) la sentencia atribuyó la totalidad e los bienes al donatario porque, no habiéndose verificado la condición a la que se sometía la facultad de disponer, la donación no había dejado de ser irrevocable.

En contra, TROPLONG (*op. cit.*, I, núm. 1230) argumenta que la decisión de validez de la donación no se funda sobre el carácter eventual de la reserva: El Tribunal consideró que sólo existía donación de la nuda propiedad y no del usufructo de la cosa, con lo que la pensión vitalicia grababa los frutos de los bienes donados pero no aquéllos directamente, luego la reserva no alcanzaba a la nuda propiedad, única cosa donada.

Creemos con Laurent¹²⁶ que la donación pierde su carácter de irrevocable si depende, aunque sólo sea en parte —cumplida la condición de la que depende la disposición eventual— de la voluntad del donante, luego toda reserva de la facultad de disponer en el acto de donación permite al donante alterar el efecto inicialmente previsto aunque la disposición no dependa exclusivamente de la voluntad del donante.

4—La "irrevocabilidad específica"

Desconocer que la irrevocabilidad lo es del acto dispositivo y de su efecto —la transmisión de la propiedad que se califica de definitiva— pone en entredicho el fundamento, el valor y la aplicación en el Code de la máxima *donner et retenir* a causa del régimen específico al que se somete la donación.

En efecto, hacer depender la fuerza de la ya tan citada máxima en la ausencia de condiciones potestativas de parte del donante expresado en el artículo 944 lleva a cuestionar que diferencia tal supuesto del contenido en el artículo 1174 en sede de teoría general sobre las obligaciones condicionales sobre las convenciones sometidas a condición potestativa. Ello deriva de la errónea concepción de la donación como contrato y a la aplicación de sus propias normas. Así, se plantea que la donación, en tanto que la irrevocabilidad es un carácter esencial del tipo negocial, debe estar presidida por una "irrevocabilidad específica"¹²⁷, más allá de la general de los demás contratos.

¹²⁶ LAURENT (*op. cit.*, XII, págs. 533 y 534).

¹²⁷ Este es el término utilizado por COLIN-CAPITANT (*op. cit.*, VII, pág. 607) que usa también CRISTÓBAL-MONTES (*op. cit.*, pág. 91); mientras que los MAZEAUD (*Leçons de droit civil*, T. IV, vol. II, *Successions. Libéralités*, 4ª edición por André Breton, Paris, 1983, pág. 706) hablan de "irrevocabilidad de second degré" y COLMET DE SANTERRE ("Observations sur la révocabilité des testaments et l'irrévocabilité des donations entre-vifs", *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales*, núm. 138 (1892) julio-diciembre, pág. 147) se limita a destacar que es "plus irrévocable que els autres contrats". En cualquier caso, se pone de relieve que irrevocabilidad se refiere a la permanencia del vínculo jurídico creado entre las partes (Cfr. MAROI, voz "Irrevocabilité", en *Dizionario pratico del diritto*, III-2, pág. 28)

Los intérpretes¹²⁸ deben acudir pues, a justificar el "plus" de irrevocabilidad exigida a las donaciones sobre la distinción entre condición puramente potestativa y la simplemente potestativa. La primera, definida en el artículo 1172 como aquella que depende únicamente de la voluntad de una de las partes, anula cualquier convención —y también la donación— porque no establece ningún vínculo jurídico. Al contrario, la condición simplemente potestativa es aquella que depende a la vez de la voluntad de una de las partes y del azar, a esta se refiere el artículo 944 Code y engloba aquellas donaciones en las que se crea vínculo jurídico porque el acontecimiento incierto del que depende el efecto de la transmisión no está al libre albedrío del donante¹²⁹, pero como su participación en la formación del hecho condición es definitiva, la regla *donner et retenir* plantea su nulidad, y con ella la de las demás cláusulas que también implican una condición simplemente potestativa¹³⁰. Es por ello que el sistema de irrevocabilidad de la donación es más riguroso.

Algunos autores realizan un análisis aún más estricto, de forma que la irrevocabilidad propia de la donación impide la donación llamada mixta —art. 1171 Code— es decir, aquella que depende a la vez de la voluntad del donante y de un tercero, porque la intervención de aquél hace que, en definitiva, el efecto de la donación dependa de su voluntad¹³¹.

¹²⁸ Cfr. TOULLIER *op. cit.*, V, pág. 183; MARCADE, *op. cit.*, III, pág. 558; MOURLON, *op. cit.*, II, pág. 274; DEMANTE, IV, pág. 206; POMMIER, *op. cit.*, pág. 172; ZACHARIAE VON LIGENTHAL, *Manuale del diritto civile francese*, rimaneeggiato da Carlo CROME, traducción al italiano de Ludovico Barassi, IV, Milano, 1909, pág. 453, nota 3; BONNECASSE, *op. cit.*, III, pág. 394; COLIN-CAPITANT, *op. cit.*, VII, pág. 614 y RAYNAUD, en MARTY-RAYNAUD, *Droit civil. Les successions et les libéralités*. Paris, 1983, pág. 494); HERAIL DE BRISSIS (*op. cit.*, pág. 119 y ss. En el mismo sentido, respecto del artículo 1066 de C.c. de 1865 italiano LOMONACO (*op. cit.*, pág. 532) y FUNAIOLI, G.B. (*Scritti minori*, I, Milano, 1961, pág. 246).

¹²⁹ Sobre tales nociones ver, por todos, BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, X, pág. 647.

¹³⁰ Es decir, los artículos 943, 945 y 946 del Code.

¹³¹ Cfr. BOILEUX, *op. cit.*, II, pág. 268; LAURENT, *op. cit.*, XII, pág. 494 y 495; BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, X, 647; MAZEAUD, *op. cit.*, pág. 706 y HERAIL DE BRISSIS, *op. cit.*, pág. 117 y ss. TROPLONG (*op. cit.*, I, pág. 564,

A estas sutiles diferencias que restan claridad al concepto debe sumarse la idea que la máxima consuetudinaria no tiene en la actualidad ningún fundamento. Efectivamente, se justificaba por la distinta cantidad disponible inter vivos y mortis causa. Siendo ésta más restringida¹³² para conservar el patrimonio familiar¹³³, la donación era un vehículo fácil para burlar la reserva consuetudinaria a favor de los herederos, luego para frenar el uso fraudulento de la donación se exigió la realidad de la transmisión de la propiedad para evitar el *consilium fraudis* entre donante y donatario acerca de una transmisión inexistente¹³⁴. Pero cuando el Code opta por desconocer la diferencia entre las cantidades disponibles inter vivos y mortis causa, se presentan problemas para dotar la máxima de alguna finalidad práctica¹³⁵ y hasta se llega a pedir su supresión¹³⁶.

nota 2) matiza que la condición mixta, es decir, dependiente de un tercero, sólo anulará la donación si en el hecho-condición la actuación del donante es realmente significativa.

¹³² Las costumbre de Paris y Orléans limitaban la cantidad disponible mortis causa era de sólo un quinto de los *propres* -o bienes de abolengo-, mientras no había límite en cuanto a los *acquets*, norma seguida por muchas de las costumbres pero no alcanza el rango de general. Cfr. POTHIER, *Traité des donations...*, VII, pág. 329.

¹³³ Cfr. FERRIERE, *op. cit.*, art. 273 de la costumbre de Paris, n.8 y POTHIER *Traité des donations...*, *op. cit.*, VII, 446.

¹³⁴ Cfr. MOURLON, *op. cit.*, V, págs. 275 y 276; DEMANTE, *op. cit.*, V, pág. 202; DEMOLOMBE, *op. cit.*, III, pág. 327; BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, II, pág. 9 y COLIN-CAPITANT, *op. cit.*, VII, pág. 606.

¹³⁵ Así, COLMET DE SANTERRE (*op. loc. cit.*, pág. 139) afirma que la regla se introdujo en el Code sin tener en cuenta si el supuesto de hecho que regulaba tenía sentido en la actualidad; de manera similar se pronuncian TOULLIER, (*op. cit.*, V, pág. 118) y DELEHELLE (*op. cit.*, pág. 148). LAURENT reconoce su valor simplemente por el peso de la tradición que el Code se ha limitado a recoger (*op. cit.*, XII, pág. 495 y 523), pero acaba admitiendo que en el Code falta la finalidad práctica que perseguía en el derecho precodificado (*ibidem*, XV, pág. 320).

¹³⁶ Así BATBIE, M. (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, núm. 28, (1866), enero-junio, pág. 139) propone abrogar los artículos 943, 944 y 946 ya en el año 1866,

En el otro extremo, pero caminando en la misma dirección, Bauby¹³⁷ afirma que el Code no recoge para la donación ningún régimen especial por lo que se refiere a la irrevocabilidad y que las normas contenidas en los artículos 943 a 946 pueden reconducirse a las normas generales: La prohibición de dar bienes futuros se reconduce a la necesidad de que los contratos tengan un objeto cierto (art. 1108 y 1126 Code) o, cuando menos determinado en su especie según lo que prescribe el artículo 1126¹³⁸ y esta misma exigencia explica porque el donante no puede imponer la carga de pagar deudas indeterminadas (art. 945)¹³⁹. En cuanto a la donación bajo condición potestativa, siguiendo a Duranton¹⁴⁰, afirma que no puede distinguirse entre condición simplemente y puramente potestativa, siendo así que los artículos 944 y 1174 representan una misma idea y se refieren a aquella condición que depende mayormente de la voluntad de una de las partes que impide la formación del vínculo jurídico¹⁴¹. Siguiendo en esta línea da, sin embargo, al artículo 946, su verdadera dimensión, conforme con sus precedentes históricos.

El intento, no tiene continuidad¹⁴², la doctrina francesa moderna continua analizando al irrevocabilidad en su sentido histórico¹⁴³.

pero no se pronuncia acerca del artículo 945 sobre la carga de pagar deudas futuras que se asimila siempre al supuesto del artículo 944, y, por ello, se traduce en la existencia de una condición potestativa.

¹³⁷ BAUBY, "De l'irrévocabilité de la donation entre-vifs", *Académie de législation de Toulouse*, núm. 21 (1872), *passim* y especialmente págs. 154 y ss.

¹³⁸ BAUBY, pág. 133 a 165.

¹³⁹ BAUBY, *op. loc. cit.*, págs. 217 a 219.

¹⁴⁰ DURANTON, *op. cit.*, VII, núms. 474 y ss.

¹⁴¹ BAUBY, *op. loc. cit.*, págs. 171 a 198.

¹⁴² RAYNAUD (*op. cit.*, pág. 395) parece recordar este enfoque cuando califica a la reserva de disponer como l'atteinte la plus grave au principe de l'irrévocabilité, il suffiroit en effet au donateur d'exercer le droit qu'il s'est réservé pour revoquer la donation dans la mesure de l'acte de disposition. Pero luego añade que tal reserva es una condición potestativa.

5.—Donación "irrevocable" por reserva de la facultad de disponer

En efecto, Bauby vuelve al sentido original del *donner et retenir* cuando afirma que la nulidad de la donación con reserva de la facultad de disponer proviene de la incompatibilidad entre reserva de ésta facultad y traspaso de la propiedad¹⁴⁴. Ciertamente, esta es la manifestación inicial del *donner et retenir ne vaut* contenida en la Costumbre de París —máximo exponente del derecho consuetudinario— y basada en la oposición donación—*ius disponendi*. Que a través de la noción de reserva de disponer tácita —en cuanto se desvincula del estricto campo de los actos dispositivos— se haya llegado al concepto de donación irrevocable —que no siempre se relaciona con la facultad de disponer— no tendría que haber ocasionado problemas de comprensión si se hubiese interpretado de acuerdo con los precedentes históricos y la noción de *dépouillement irrévocable* que tan bien expresa el artículo 894 del Code.

La donación "irrevocable" —y no esencialmente irrevocable porque tal noción deriva de su naturaleza como acto dispositivo y no de su diferencia con la irrevocabilidad de los contratos— significa no permitir que el donante pueda alterar el efecto de la donación. Una de las formas de convertir la atribución patrimonial en no definitiva es la reserva de la facultad de disponer que "altera" el efecto porque impide la disposición de los bienes, pero a la vez, esta cláusula es la representación de la oposición donación/facultad de disponer. Así, en este caso la máxima consuetudinaria tiene un doble sentido —irrevocabilidad e imposibilidad de una facultad de disponer en bienes ajenos— siendo el primero el que se ha convertido en carácter esencial del tipo. Podrá discutirse la

¹⁴³ Cfr. Mazeaud, *op. cit.*, IV, pág. 703 y HERAIL DE BRISSIS, *op. cit.*, pág. 108 y ss.

¹⁴⁴ BAUBY, *op. cit.*, pág. 223 y ss.: [El artículo 946] *est d'une grande simplicité. Cette réserve implique nécessairement donner et retenir, en entendant ces mots sans le sens du droit naturel.* Luego este sentido evidente ha tenido siempre la máxima consuetudinaria, y lo sigue teniendo en relación a las otras cláusulas prohibidas si se contemplan como consecuencias de un traspaso irrevocable de la propiedad, y no en el marco de una convención irrevocable que yerra el enfoque y conduce a conclusiones precipitadas.

necesidad de caracterizar al donación como irrevocable en el sentido que hemos presentado durante este capítulo, pero hasta que se admita la posibilidad de disponer de bienes ajenos, deberá decretarse la nulidad de la donación con reserva de la facultad de disponer, porque ello implica donar y no donar, es decir, *donar y retener* en su sentido más pristino.

—Capítulo 3—

*LIBERTAD EN LA CONFIGURACIÓN
DEL TÍTULO DE DONACIÓN
y
EFECTO ADQUISITIVO REVOCABLE*

La necesidad de que la donación produzca un efecto adquisitivo inmutable se plasma en las limitaciones impuestas al donante respecto del título de la atribución patrimonial que se incluyen bajo el requisito de considerar la donación como irrevocable. Las modificaciones en la rigidez de tal principio comportan paralelamente una ampliación de la libertad en el poder de configurar el título hasta el triunfo pleno de la autonomía de la voluntad.

1.—Donación irrevocable y admisión excepcional de la reserva de la facultad de disponer.

Es en el proceso codificador cuando la donación con reserva de la facultad de disponer se introduce en el ordenamiento jurídico español en un contexto doblemente novedoso tanto en relación a los precedentes históricos como respecto de la figura de la que traía causa, el artículo 946 Code.

En relación a la tradición histórica nacional la figura es plenamente nueva¹, tanto por lo que respecta a la cláusula en sí como el contexto del que se rodea en derecho francés: la irrevocabilidad de la donación. En efecto, la dición de la ley 1a del tit. 12 del lib. 3 del Fuero Real:

¹ Así lo manifiestan BOFARULL, M. de (*El Código civil español, según la edición oficial, Madrid 1888, art. 639*); QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, (*Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial por...*, Madrid, 1896, XI, pág. 832); e IRURZUN GOICOA, D. (*La donación en reserva de la facultad de disponer (Algunos problemas que plantea el artículo 639 del Código Civil)*, Valencia, 1967, pág. 15).

Maguer que qualquier home que diere alguna cosa a otre non se la pueda después toller²,

si bien se ha destacado que apunta a la idea de donación irrevocable, no se refiere a la irrevocabilidad del efecto adquisitivo —transmisión definitiva de la propiedad— sino a la del acto dispositivo que sirve de criterio diferenciador de las donaciones inter vivos y mortis causa³ siendo las primeras irrevocables tras la aceptación el donatario. Así pues, la exigencia de una donación irrevocable en el sentido del *donner et retenir* francés no existe en la tradición española, ello originará un tratamiento especial acerca de la donación y de la admisión excepcional de la reserva de la facultad de disponer.

1.1.- "Hacer ilusoria la donación".

Las limitaciones a la configuración del título impuestas por la irrevocabilidad se aprecian ya en el Proyecto de 1836, donde se define a la donación con ese carácter —art. 1579—⁴ y en este caso el sistema se sigue en toda su rigidez, pues se declara nula la donación con reserva de la facultad de

² *Fuero real del Rey Don Alfonso el Sabio*, copiado del Códice del Escorial...y cotejado con varios códices de diferentes archivos por la Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, ed. facsímil, Valladolid, 1979, pág. 93.

³ DÍAZ DE MONTALVO, A., *El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble rey don Alonso IX, glosado por...*, Madrid, 1781, T. II, comentario a la ley 1, tit. XII, lib. III: *Donatio enim perfecta, pura et simplex ex quo semel facta est, temeré revocari non potest...* En el mismo sentido GALINDO PARDO, L.: *Explicación doctrinal y práctica del Libro III del Código civil*, Salamanca, 1896, pág. 51 y 52, nota 2.

⁴ Proyecto de 1836, art. 1579: La donación inter vivos es un acto por el cual una persona da a otra irrevocablemente, y a título gratuito, alguna cosa mueble o inmueble. LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española 4, Codificación civil (Genesis e historia del Código)*, vol. II, Madrid 1970, pág. 253.

disponer⁵. Siguiendo esta línea, el artículo 940 del Proyecto de 1951 declara también la irrevocabilidad del efecto adquisitivo, pero las consecuencias de la aplicación del principio se suavizan notablemente de forma que la pretendida excepción a la vigencia del principio contenida en el artículo 970 —reserva de la facultad de disponer— implica en realidad una nueva consideración del propio concepto de efecto adquisitivo irrevocable.

En palabras de García Goyena, la irrevocabilidad exige que el donante no tenga el poder de *hacer ilusoria la donación*⁶, pues ello implica impedir el efecto propio de este tipo de disposiciones. Siguiendo fielmente el esquema francés, la donación deviene ilusoria en dos casos: cuando se deja la eficacia de la donación al arbitrio del donante —es el caso de donación con carga de pagar deudas indeterminadas⁷ (art. 946 y 1255)— y cuando se reserva el donante la facultad de disponer de los bienes donados (art. 942 y 957).

En el primer caso, se entiende que se excepciona el principio contenido en el artículo 979 que impide dejar el cumplimiento de los contratos al arbitrio de

5 Proyecto de 1836, art. 1595: *En el caso de haberse reservado el donante la facultad de disponer de alguna de las cosas comprendidas en la donación, no adquirirá el donatario la propiedad de aquella, aunque el donante no haya dispuesto de la misma.* (LASSO GAITE, J.F., *ibidem*, pág. 254). A pesar de recoger la doctrina francesa respecto de la irrevocabilidad no se establecen reglas especiales respecto del caso de pago de deudas futuras o donación sometida a condición potestativa. Ello puede ser indicio de que la reserva de la facultad de disponer es realmente un contrasentido con la noción de donación, cosa que hace mantener su prohibición pese a haber dulcificado otras consecuencias derivadas del mismo principio que también aparece enunciado en el art. 1579, pero cuya única plasmación sería este artículo.

6 Esta es la expresión utilizada para referirse al requisito de la irrevocabilidad en el Comentario que el autor del proyecto realiza en los artículos 942 - (pág. 464), 947 (pág. 466) y 1255 (pág. 675) Cfr. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, Zaragoza, 1974.

7 GARCÍA GOYENA, F., *op. cit.*, pág. 466, Comentario al artículo 946: *...si...se obligase el donatario al pago de las deudas, quedaría al arbitrio del donador hacer ilusoria la donación con sólo aumentarlas ó simularlas.*

una de las partes. Tal artículo —ubicado en el Capítulo I (Disposiciones generales) del Título V (De los contratos y obligaciones en general)— sería aplicable a la donación por la remisión contenida en el artículo 941. Pero la remisión no tendría objeto porque tal noción no puede corresponder a la donación como acto de naturaleza dispositiva en la que el vínculo jurídico surge con la aceptación —asunción por parte del donatario de la atribución patrimonial proyectada por el donante en los términos en que se prevea la delación— de forma que queda muy lejos de la noción de cumplimiento de un contrato y de formación del vínculo jurídico obligatorio⁸.

Lo que quiere indicarse con la mención al artículo 979 es que tales cláusulas atentan al efecto irrevocable propio de la donación porque sólo crean una apariencia de transmisión patrimonial en la que su eficacia depende enteramente de la voluntad del donante que, retomando el concepto de la doctrina francesa, puede "alterar el efecto de la donación"⁹.

8 Así se desprende del comentario realizado a este artículo por GARCÍA GOYENA (*op. cit.*, pág. 519): *Los motivos de este artículo y sus ejemplos están bien claros:...quedar y no quedar obligado, son cosas incompatibles... En la donación no cabe hablar de vínculo jurídico si no contiene la noción de transmisión de la propiedad.*

9 El Proyecto de 1851 es más técnico a la hora de determinar qué debe entenderse por donación irrevocable: hacer la donación ilusoria se vincula a dejar su eficacia al arbitrio del donante, como hemos visto, aunque luego se tal posibilidad se convierta en una condición potestativa, por influjo de la doctrina francesa. Vide el comentario al artículo 1255 del Proyecto: el texto habla de la posibilidad de hacer donaciones *...con la condición de que el donatario pague las deudas del donador sin determinarlas, ó con otras condiciones dependientes de su voluntad...* La calificación de éstas como potestativas se realiza en el comentario del artículo. De manera similar, en el comentario al artículo 946 se indicia que la carga de pagar deudas indeterminadas implica condición potestativa por parte del donante (GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 466).

1.2.-La determinabilidad del efecto adquisitivo.

El proyecto describe también muy claramente la posibilidad de "hacer ilusoria la donación" por otro medio: la reserva de la facultad de disponer "directa" o "indirectamente", siguiendo la tradición más pristina del derecho consuetudinario, pero variando notablemente la solución final.

En efecto, para García Goyena "irrevocabilidad" significa también tener la disposición de los bienes donados ya que el donante puede anular el efecto dispositivo, luego da y retiene: no da irrevocablemente. Sin embargo, la reserva de la facultad de disponer no siempre anula, ni aún parcialmente, la donación¹⁰.

Si la reserva es "directa", es decir, consta como tal en la donación — caso del artículo 957— la donación es excepcionalmente válida, en contra del principio anunciado¹¹. Así, a pesar de su relación con su precedente extranjero inmediato, este artículo tiene un alcance especialmente innovador porque la pretendida excepcionalidad va a acabar modificando el propio concepto de donación irrevocable.

El artículo 957 acoge la libertad de configuración del título en lo que respecta a esta cláusula para todo tipo de donaciones y mediante una norma claramente permisiva:

Podrá el donante reservar la facultad de disponer...¹²

¹⁰ Cfr. GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, comentario al artículo 942.

¹¹ GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, comentario al art. 957, pág. 472: *...es preciso confesar que este caso es una excepción al artículo 940, pues que no se transmite irrevocablemente la propiedad...*

¹² Esta noción no es, sin embargo, nueva en el panorama codificador europeo: como señala GARCÍA GOYENA (*op. cit.*, comentario al artículo 957, pág. 472), el proyecto acoge la misma solución que el Código civil de Holanda en el artículo 1708: *El donante podrá reservarse la libertad de disponer de una cosa fija sobre los bienes donados. Si muriese sin haber dispuesto de ella, pertenecerá por completo al donatario* (Cfr. *Instituciones Políticas y Jurídicas de los pueblos modernos*, dirigida por... Vicente

y la excepción a la irrevocabilidad de la donación se entiende porque el donante puede hacerla ilusoria en la parte de la reserva. Su admisibilidad deriva del hecho que la reserva está delimitada y el donatario, al aceptar el título admite el riesgo de ulterior disposición. Es la determinabilidad a priori del alcance de la reserva de disponer en el efecto adquisitivo lo que convalida su inclusión.

Este planteamiento viene corroborado por las soluciones adoptadas en el caso del artículo 942 que contiene una reserva "indirecta", es decir, que no consta en el título pero se desprende de su configuración porque son

donaciones hechas par después de la muerte del donador

que por ser eficaces en un momento posterior a la disposición permiten que el donante conserve la facultad de disponer de la cosa¹³. La existencia de la reserva no es, por sí sola, un dato indicativo para determinar la nulidad de la donación, pues establece el artículo que tal reserva es válida si se trata de *cosa específica no fungible* pues, en este caso, su facilidad de identificación impide que en el interin entre disposición y eficacia se pueda distraer el bien de su destino predeterminado y atribuye al donatario un derecho definitivo sobre la cosa, sólo que sometido a un término inicial de eficacia.

En cambio, si se dan bienes fungibles para después de la muerte, el donante no puede asegurar un derecho definitivo sobre los bienes existentes en el momento de la donación: La posibilidad de disponer que se desprende de la configuración del título impide el efecto dispositivo por el todo susceptible de disposición dada su potencial amplitud y permite que se haga ilusoria la donación. De manera similar, el último caso —cuando se da todo o una parte

ROMERO GIRON y Alejo GARCÍA MORENO, T. VI, *Instituciones y Códigos de Holanda*, Madrid, 1890).

El paralelismo es total toda vez que este artículo se incluye como excepción en un contexto de donación declarada irrevocable en el artículo 1703 del código holandés. La diferencia es, no obstante, que no se refiere al supuesto de reserva de cantidad, de modo que el supuesto de hecho recuerda al plasmado en el artículo 1595 del Proyecto de 1836.

¹³ Cfr. GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, comentario al art. 942, pág. 464.

de los bienes que se deje al morir—, además de darse bienes futuros que chocan con la naturaleza de acto dispositivo de la donación (art. 953), conllevan también la facultad implícita de disponer, por cuanto no consta la determinabilidad necesaria de los bienes donados¹⁴. En estos casos, la donación se convierte en mortis causa porque la incertidumbre sobre la subsistencia de los bienes se acaba con la muerte del donante¹⁵.

En conclusión, del análisis expuesto se desprende que la reserva de la facultad de disponer anula la donación cuando no puede determinarse el objeto sobre el que actúa, impidiendo que el donatario conozca la posible limitación sobrevinida a su atribución patrimonial —caso de reserva indirecta, a no ser que sea de cosa específica—. En caso contrario —reserva directa, y por tanto, determinada del artículo 957— la reserva de la facultad de disponer no anula la donación. Se ha suavizado el requisito de la irrevocabilidad exigida a la donación: basta con atribuir un derecho con efecto dispositivo limitado si el alcance real se determina en el título: la libertad de configuración se amplía en un primer aspecto.

2.—*La libertad del donante en la configuración del título.*

Cuando en el C.c. vigente se supera el requisito de la irrevocabilidad —arts. 618 y 639¹⁶— se supera el concepto de transmisión irrevocable de la propiedad de la cosa como carácter definitorio de la donación por primera vez

¹⁴ GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, comentario al art. 942, pág. 464.

¹⁵ Recordemos que en la doctrina consuetudinaria francesa anterior a la Ordenanza de 1731 la reserva tácita de disponer impedía calificar la donación como inter vivos por no ser irrevocable, pero se convalidaba como donación mortis causa. Vide infra, cap. 1, epígrafe 4.

¹⁶ Es en el Anteproyecto de 1882-1888 que el art. 615 presenta la donación sin el carácter de irrevocabilidad, sólo definida por la gratuidad, que luego pasa al Código civil *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*...por Manuel PENA y Bernaldo de QUIRÓS, pág. 176.

con alcance general para todo tipo de donaciones más allá del favor matrimonii que, en el sistema francés, daba libertad para configurar el título con carácter verdaderamente excepcional.

2.1.-La donación revocable por excepción: el favor matrimonii

En efecto, la tradición francesa consuetudinaria ha excepcionado desde siempre la aplicación de la máxima *donner et retenir ne vaut* a las donaciones hechas por razón de matrimonio¹⁷ pues se considera que en ellas no concurren las razones de desfavor que existen en las donaciones ordinarias y deben admitirse todo tipo de cláusulas¹⁸, como finalmente se manifiesta en el artículo 18 de la Ordenanza de 1731 y pasará al Code —arts. 942 y 1086—. La técnica

¹⁷ Así, costumbre de Rheims, art. 231 (*Nouveau Coutumier Général. Mis en ordre... par Ch. A. Bourdot de Richebourg*, Paris, 1724, -en adelante, NCG- II, pág. 465, redactada en 1509); costumbre de Auvergne, cap. 14, art. 25 (NCG, III, pág. 1170, redactada en 1510); costumbre de Bourbonnois, art. 219 (NCG, pág. 1247, segunda redacción de 1521); costumbre de Bar, tit. 11, art. 167 (NCG II, pág. 1027, redactada en 1579) costumbre de Chaalons, art. 65 (BILLECART, Louis, *Coutumes de Chaalons avec des commentaires de Maistre...*, Paris, 1686, pág. 181).

¹⁸ Así se expresa LORENS (*Les trois Coustumes de Chasteau-neuf, Charres & Dreux*, Chartres, 1595, en la costumbre de Chasteneuf, art. 111, pág. 164): *La Coutume (art.CXI) advertit de ne pas donner si l'on ne se veut desassir. Cela est aussi contre les fraudes, pertant n'a lieu en contrat de mariage...*

En general, los autores se limitan a establecer la excepción de la regla en base al favor matrimonii. Cfr. LOUET, Georges, *Recueil de plusieurs notables arrests du Parlement de Paris, pris des memoires de ... Avec un grand nombre d'Arrests & de Notables décisions, recüeillis par seu Maistre Julien BRODEAU...* T.I. Paris, 1700, litt. D, n. 10, pág. 319; LE CARON, Claude, *Commentaire sur les coutumes du Gouvernement de Péronne, Montdidier et Roye, par...*, en *Le coutumier de Picardie*, Paris, 1726, II, comentario a la costumbre de Picardie, art. 107, núm.7, pág. 41.

es recoger en un sólo artículo la posibilidad de introducir en las donaciones realizadas en *contrat de mariage* y a favor de los esposos o de sus descendientes¹⁹ todas las cláusulas que se habían considerado nulas en las donaciones ordinarias²⁰ por no transferir al donatario el dominio irrevocable de los bienes objeto de la transmisión patrimonial²¹.

Como sea que el presente trabajo no se centra en el estudio de tales donaciones, solamente será objeto de análisis la posibilidad que el donante se reserve la facultad de disponer de los bienes donados que permite plantearse por primera vez problemas a cerca de la configuración jurídica de la figura en estudio.

En efecto, el artículo 18 de la Ordenanza de 1731 y el artículo 1086 Code dice textualmente que en caso de existir tal reserva los bienes a los que afecte *...seront censés compris dans la donation...* con lo debe entenderse que el acto

¹⁹ Cfr. BRILLON, Pierre Jacques, *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence univèrselle des Parlemèntes de France*, Paris, 1727, núm. 218, pág. 803; FURGOLE, Jean-Baptiste, *Ordonnance de Louis XV Roy de France et Navaree pour fixer la jurisprudence sur la nature, la forma, les charges & les conditions des Donations. Donnée à Versailles au mois de février 1731*, Toulouse, 1733, pág. 50; BOUTARIC, François de, *Explication de l'Ordonnance de Louis XV. Roi de France & de Navarre. Du mois de février 1731, concernant les donations*, Avignon, 1744, pág. 85; POTHIER, R.J., *Coutumes d'Orléans, en Oeuvres...*, T. X, Paris, 1827, pág. 470.

²⁰ El Proyecto de 1581 sigue fielmente este modelo y contiene las excepciones en el artículo 1253 (Cfr. GARCÍA GOYENA, *op. cit...*, págs. 673 y 674), pero como sea que la reserva de la facultad de disponer -tema central de nuestro estudio- se admite también en las donaciones ordinarias, la excepción del favor matrimonii tiene a nuestros efectos poco alcance.

²¹ En el Code el tratamiento de la excepción por el favor matrimonii se duplica: un primer artículo, el 942, en la Sección de la Forma de las donaciones y después de constatar las limitaciones a las que se ven sometidas las donaciones ordinarias, se encarga de precisar que aquellas no rigen para las donaciones en contrato de matrimonio, expresando la excepción al *donner et retenir*. Luego, el artículo 1086 en sede de contrato por razón de matrimonio determina el alcance de la excepción a imagen de su precedente inmediato el artículo 18 de la Ordenanza de 1731.

dispositivo, a pesar de la reserva de la libertad de disponer, ha producido el efecto que le es propio: la transmisión de la propiedad. La admisión excepcional de esta cláusula pulveriza el requisito de la irrevocabilidad del efecto dispositivo y aporta pautas interpretativas innovadoras acerca de la revocabilidad del efecto adquisitivo como modalidad de la donación y clarifica el objeto de la "reserva" que pasa a ser la facultad de disponer y no los bienes donados. Sin embargo, en el contexto de una donación que se califica como esencialmente irrevocable, la admisión excepcional de cláusulas que atenten a tal principio en orden a consideraciones de política legislativa como la protección a un interés que se cree superior —el favor matrimonii— tiene una incidencia limitada en el replanteamiento de la figura porque se parte de la base que es supuesto excepcional de forma que la solución propuesta se admite simplemente como marginal.

2.2.-La reserva de la facultad de disponer como expresión de la autonomía de la voluntad.

Es la supresión del carácter irrevocable de la donación en el Código vigente —art. 618²²— aquello que otorga al artículo 639 — a pesar de reproducir el texto de su precedente inmediato, el art. 957 del Proyecto de 1851—su nueva dimensión. Al superarse la necesidad de producir una transmisión definitiva de la propiedad — o, al menos, no definitiva pero determinable— la posibilidad que el donante se reserve la facultad de disponer se convierte en una norma claramente permisiva: así la primera proposición del artículo adquiere todo su significado como expresión de la autonomía de la

²² Este artículo obvia la necesidad de que la disposición del donante sea irrevocable, en contra de lo que establecía su precedente inmediato, el art. 940 del proyecto de 1851: *Donación entre vivos es un acto de espontánea liberalidad, por el cual se transfiere desde luego, irrevocablemente al donatario la propiedad de las cosas donadas.* En el C.c. vigente, la donación se caracteriza solamente por ser un acto de disposición gratuita.

voluntad²³ que da al donante total libertad en la configuración del título²⁴ y al donatario la posibilidad de aceptar un efecto adquisitivo eventualmente resoluble. Se han superado las trabas impuestas a la facultad de disponer a título gratuito inter vivos²⁵ y es precisamente este carácter de liberalidad lo que justifica que la reserva de la facultad de disponer sea un pacto que modaliza los efectos de la donación²⁶.

²³ Ya en la doctrina francesa reacia a considerar la donación como "específicamente irrevocable" se reconduce la reserva de la facultad de disponer a la esfera de la libre determinación de los efectos del título derivados del acuerdo de las partes implicadas (Cfr. BATBIE, M., *Revue critique de législation et de jurisprudence*, núm. 28, (1866), enero-junio págs. 136 a 139; y COLMET DE SANTERRE, "Observations sur la révocabilité des testaments et l'irrévocabilité des donations entre-vifs", *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales*, núm. 138 (1892) julio-diciembre, pág. 147) pero el encuadramiento definitivo como expresión de la autonomía de la voluntad se halla especialmente en los autores italianos posteriores al nuevo Código de 1942, que en contra del de 1865 (art. 1069) no considera la donación irrevocable y en el artículo 970 se pronuncia claramente a favor de la validez de la reserva de disponer de los bienes donados. Ver, por todos. TORRENTE, Andrea, *La donazione*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo, T. XXII, Milano, 1956, págs. 465 a 467.

²⁴ Así lo expresan claramente BRUNELLI, Giovanni y ZAPPULLI, Carlo (*Commento al nuovo codice civile italiano*. II, Milano, 1940, pág. 552): *...abbandonati i requisiti dell'attualità e dell'irrevocabilità [de la donación] null osta affinché la cosa possa considerarsi realmente donata sin da quando il consenso dalle parti contraenti espresso nella forma voluta per la legge, salvo ad avere effetto se ed in quanto il donante non abbia fatto uso della facoltà di disporre...* En el mismo sentido GARDANI-CONTURSI, Lycia, *Delle donazioni*, *Coomentario del codice civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna-Roma, 1976, pág. 337.

²⁵ Cfr. LAURENT, F., *Principes de droit civil*, XII, Paris, 1874, págs. 492 y 493.

²⁶ Cfr. SCAEVOLA, *op. cit.*, XI, pág. 630 y BIONDI, *Le donazioni. Trattato di diritto civile italiano. Redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di Filippo Vassalli*. Vol. XII, T. IV, Torino, 1961, pág. 862.

Al contrario, el artículo 639 toma el carácter de norma general en el que la admisibilidad de la reserva de disponer de los bienes donados es una libre opción del legislador. Esta circunstancia podría llevar a considerar el precepto como innecesario²⁷ y lo es en el sentido de que no hace falta prever lo que deriva de la libertad de configuración negocial basada en la idea de título lucrativo, una vez que ha perdido la donación el carácter de irrevocable. En este nivel, su regulación sería una obviedad, pues simplemente pasa a ser un pacto especial que modaliza la eficacia de la disposición²⁸.

Respecto de la primera observación cabe destacar que el artículo 639 ha sido utilizado para indicar que la posibilidad de reservarse la facultad de disponer debe interpretarse en sentido restrictivo y no ampliarlo más allá de la

En el mismo sentido MENENDEZ, José, ("Las donaciones con pactos especiales", en *R.D.P.*, diciembre 1972, pág. 1055) afirma que la reserva de la facultad de disponer es una limitación impuesta a la donación que la desnaturaliza, pero se admite como derivada de la autonomía de la voluntad.

²⁷ Así lo realiza CRISTÓBAL-MONTES, Angel, *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971, pág. 157.

²⁸ Esta nueva perspectiva se observa en la sistemática utilizada a la hora de estudiar el artículo 639: se considera que es un pacto permitido que convierte a la donación en "especial" porque modifica los efectos que normalmente se desprenden de este tipo de actos de manera similar a la reserva de usufructo o el pacto de reversión: SCAEVOLA, *op. cit.*, XI, 784; SANCHEZ ROMAN, Felipe, *Estudios de derecho civil*, IV, Madrid, 1900, pág. 706; PLANAS Y CASALS, José M^a, *Derecho civil español común y foral*, II, Barcelona, 1925, pág. 481; CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil común y foral*, IV, Madrid, 1962, pág. 224; CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de derecho civil español*, II, Madrid, 1959, pág. 242; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, T.II, vol.2, pág. 94.

que prevé su tenor literal²⁹, ello implica desconocer la expresión que el artículo recoge de la autonomía de la voluntad, pues la libertad de configuración del título aparece cercenada. Como afirma Torrente³⁰, la admisibilidad de la reserva de la facultad de disponer en la donación debe ser proscrita o admitida en todos los casos como muestra de la autonomía de la voluntad: *tertium non datur*, y, sin embargo, este alcance no elimina los problemas de aplicación sino que los plantea en su justa medida: la compatibilidad de la disposición del donante con el acto dispositivo³¹.

En cuanto al efecto de modalizar la donación que se observa en este caso, ello no significa, sin embargo, que se trate de la concesión de un *ius poenitendi* al donante que simplemente destruye el efecto inicialmente previsto, la gratuidad del título no parece admitir tal limitación. Sin embargo, éste puede configurar el título de forma que el efecto adquisitivo sea revocable porque él

²⁹ Así, BIONDI (*Le donazioni*, op. cit., pág. 858) respecto al 790 del Codice, RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "Donación con reserva de facultad de disponer", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XVI, pág. 445-446 y la resolución de la DGRN de 11 de mayo de 1983. El argumento es especialmente utilizado para excluir la reserva total, sobre este tema vide supra cap. 5, epígrafe 3.

³⁰ Cfr. TORRENTE, op. cit., pág. 465 y 466, en el mismo sentido ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, comentario al artículo 639 C.c., en *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, T. VII, vol. 2, artículos 618 a 656 del Código civil, Madrid, 1986, pág. 258.

³¹ En sentido contrario aparece la opinión de CRISTÓBAL-MONTES (op. cit., pág. 157) para quien, justo por la amplitud con que cabe plantear el supuesto, no precisa de regla específica y debe entenderse incluido en la libertad de pactos: *El artículo 790 del Codice civile y el 639 del Código español no suponen un límite a la autonomía de la voluntad de los particulares, sino meros residuos históricos debidamente acomodados a las características del sistema, de un régimen de irrevocabilidad que en Italia se ha rechazado y en España nunca se conoció; privados de justificación, en cuanto vienen a repetir en forma defectuosa lo que caracteriza al sistema en general, no sólo no son necesarios sino además contraproducentes, por lo que deberían desaparecer en una futura revisión de los mencionados Códigos.*

puede disponer de aquello que ha donado: esta visión sitúa el problema de la donación y la facultad de disponer en su correcto enfoque³².

3.— *El objeto de la reserva: la facultad de disponer*

La superación del concepto de donación irrevocable no aporta, sin embargo, una solución al tema central: la reunión de donación y reserva de la facultad de disponer que continua considerándose como una contradicción irresoluble, pero el análisis de la figura en un contexto de validez y de libertad en la configuración del título lleva a clarificar notablemente el supuesto de hecho de la institución, es decir "la reserva de la facultad de disponer".

³² Así, AZZARITI, Francesco Saverio- MARTÍNEZ, Giovanni- AZZARITI, Giuseppe (*Diritto civile italiano. Successioni per causa di morte e donazioni*. Segunda edición ampliada e corretta.. Padova, 1948, pág. 737): *Pel testo dell'art. 790 -come già quello dell'art. 1069- la riserva è ammessa per qualche oggetto compreso nella donazione, il che non escluderebbe che anche per l'unico oggetto della donazione possa il donante riservarsi la facoltà di disporre; ne la riserva potrebb'essere altrimenti regolata, quando i beni donati siano più, e rispetto a tutti il donante intenda conservare la facoltà di disporre. E chiaro, invece che la facoltà riguarda l'jus disponendi, attributo del diritto di proprietà, non potendo il "disporre" -nel concetto della legge- riferirsi ad una manifestazione di volontà contraria a quella che a ispirato la disposizione del diritto attuata con la donazione: nel quale caso sarebbe in presenza di un ius poenitendi, in antitesi con l'essenza contrattuale del negozio.*

En contra, BUTERA, Antonio (*Codice civile italiano. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*. Commentato secondo l'ordine degli articoli (R.D. 2 ottobre 1939-XVII; núm. 1586), Torino, 1940) se inclina por ver en este supuesto una mera facultad de revocación que recuerda el tratamiento hecho por los franceses acerca del artículo 946; de manera similar CRISTÓBAL-MONTES (*op. cit.*, pág. 89) apela a la inseguridad en el tráfico nacida del incumplimiento de los compromisos contraídos y al *pacta sunt servanda*.

3.1.-Reserva de bienes para disponer y reserva para disponer de los bienes.

Tanto la Ordenanza de 1731 —art. 18—, como el Code —art. 1086— determinan que la reserva actúa sobre la *liberté de disposer*, expresión que se traduce en los textos de nuestro período codificador por *facultad de disponer*³³, pero ambas expresiones deben considerarse equivalentes por cuanto responden a una misma idea: la posibilidad que tiene el donante de actuar de forma discrecional, decidiendo libremente si dispone o no³⁴. Con todo, la dicción de nuestras leyes se ajusta más a la figura histórica utilizada para determinar el objeto de la reserva.

En efecto, la admisión de la reserva de la facultad de disponer de la cosa como cláusula plenamente válida lleva a los autores³⁵ a precisar que realmente

33 Así, art. 1579 Proyecto de 1836; art. 957 Proyecto de 1851, art. 638 Anteproyecto 1882-1888 y art. 639 del C.c.

34 Este rasgo era ya señalado por la doctrina francesa en el contexto de la donación ordinaria que se declaraba nula si existía la posibilidad de disponer de la cosa precisamente porque ello implicaba que le donante decidía libremente el uso o no de la atribución y, por tanto, la alteración del efecto propio de la donación. Vide supra cap. 2. En el mismo sentido se pronuncia BONEL SÁNCHEZ, León, (*Código civil español*. Tomo tercero, libro III, Barcelona, 1890, pág. 112) en relación al artículo 639 Cc.

35 Cfr. FURGOLE, *op. cit.*, pág. 77; BOUTARIC, *op. cit.*, pág. 84-86; BERGIER, M., *Traité des donations entre-vifs et testamentaires*, par J.M. RICARD, Riom-Clermont-Ferrand, 1783, en las anotaciones al T. I, pág. 620; DELVINCOURT, *Istituzioni di diritto civile secondo le disposizione del Codice Napoleone*, Milano, 1812, II, pág. 502;

TOULLIER, G.B.M., *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice*, V, Napoli, 1839, pág. 827; MARCADE, V., *Explication théorique et pratique du Code de Napoléon*, IV, Paris 1852, pág. 210, núm. 309; TROPLONG, *Delle donazioni fra vivi e dei testamenti*, Napoli, 1858, II, pág. 466; DEMOLOMBE, C., *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, VI, Paris, 1868, pág. 409; GRENIER, II, pág. 75 y ss.; LAURENT, F. *Principes de Droit civil français*, XV, Paris-Bruxelles, 1875,

se trata de reserva de la facultad y no de los bienes, en la línea abierta por la jurisprudencia de los territorios regidos por derecho escrito sobre el mecanismo convalidatorio de la donación de todos los bienes: la reserva para testar.

La polémica se centraba en base a la interpretación que debía darse al contenido de la reserva para testar propia de la donación universal que, en el resumen de Fontanella³⁶, permitía dos cláusulas con objeto y efectos distintos:

Reservare centum ad testandum significaba reservarse los bienes donados o una cantidad con cargo a ellos de forma que la reserva implicaba, en realidad, separar una parte del objeto de la donación que permanecía en el patrimonio del donante ostentando éste la plenitud de derechos al respecto. Así, se hacía inútil la mención de los bienes se reservaban para disponer de ellos: Siendo ésta posibilidad uno de los atributos del dominio quedaba al arbitrio del donante, dueño de la parte reservada, utilizar o no la facultad de disponer sobre ellos.

En el caso contrario —*reservare facultas testandi de centum*— la donación comprende todo el patrimonio del donante sin excepción y la "reserva" no es tal en sentido estricto de atribución negativa pues los bienes o la cantidad no se separan del objeto donado y el donante sólo conserva la posibilidad de disponer de ellos³⁷.

pág. 328; ZACARIAE-CROME, *Manuale di diritto civile francese*, traducción al italiano de Ludovico Barassi, IV, Milano, 1909, pág. 588 y ss.; GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, comt. art. 957; MANRESA NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español*, T.V, Sexta edición, corregida, aumentada y puesta al día por Pascual Marín Pérez. Madrid, 1951 *op. cit.*, V, pág. 163; SCAEVOLA, *op. cit.*, X, pág. 842; BONEL, *op. cit.*, III, pág. 113.

³⁶ FONTANELLA, Ioannes Petrus, *De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus*, T. I, Barcinonæ, 1612, cl. IV, glod, XXXIII, núm. 8 y ss.

³⁷ En el mismo sentido Ioseph de SESSE (*Decisionem sacri senatus regii regni aragonem, et curiæ domini iustitiæ aragonum causarum civilium et criminalium*, T.I, Caesaraugustæ, 1611, dec. XVCIII, y HERMOSILLA, Gaspere *Additiones notae resolutiones ad septimam Partit. gloss. et cogita doctiss. Gregorii Lopetii*, T.II, Beatiae, 1634, l.9, t.4, p.5, g.1, núm. 10.

En el contexto de la donación universal y el mecanismo convalidatorio de la reserva para testar, la distinción tiene una gran importancia práctica a la hora de determinar el destino de los bienes, único problema que tal cuestión suscita en esta ámbito. La reserva de bienes comporta su paso a los herederos del donante como integrantes de su sucesión siempre que continuen en el patrimonio de éste; en cambio, la mera reserva de la facultad de disponer conduce a otorgar los bienes al donatario en caso de no uso de la facultad por la sencilla razón de que ya se hallaban en su patrimonio desde el momento de la donación, luego no habiendo sido dispuestos por el donante, en uso de su facultad de disponer, permanecen en él³⁸.

En cambio, en la donación con reserva de la facultad de disponer que nos ocupa, la distinción trazada se utiliza para individualizar el supuesto de hecho: así, en palabras de García Goyena:

³⁸ Este argumento es el utilizado por THESAURUS (*Novae decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, Venetiis, 1722, dec. 97): *...aut per donatorem fuerit reservata facultas simpliciter disponendi de...capiendis super bonis donatis... aut vero reservavit expresé...de quo disponere possit haeredem...* El destino de los bienes en defecto de uso de la facultad es el patrimonio del donatario o los herederos del donante, respectivamente según el razomaniemto antes trazado. Este ejercicio defectivo, en realidad, sólo es compatible con la reserva de la facultad de disponer. Si se reservan bienes, es inútil distinguir entre uso y no uso de la posibilidad de su dueño para disponer de ellos.

En contra FRANCHIS, Vicentius de (*Decisiones Sacri regis consilis Neapolitani*, Venetiis, 1626, dec. 60, *passim*), opina que, a pesar de ser posible la diferencia entre ambas reservas, el destino de los bienes en caso de una mera reserva de la facultad de disponer es también el patrimonio de los sucesores del donante pues se entiende que existió una disposición tácita a su favor. Así, se da la razón a la construcción hecha acerca de la reserva de la facultad de disponer pero se argumenta que existe uso de la facultad atribuída al donante, de forma tácita estableciendo una presunción acerca de sobre la actuación del donante. En el mismo sentido MOLINUS, Franciscus, *Tractatus celebris et insignis de ritu nuptiarum et pactis in matrimonium conventis*, Barcinonæ, 1618, T.III, q. 18, núm.1: *...non disponientem donatorem ex coniectura illius voluntate tacite venientes ab intestato haeredes instituisse voluisse...* y afirma ser esta una interpretación común de nuestra tradición histórica.

...la donación comprendió la misma cosa o cantidad, el donador no la exceptuó de ella, y sólo se reservó la facultad de poder disponer...39.

En efecto, no se trata de reserva de bienes o cantidad, sino de la facultad de disponer respecto de ellos.

La distinción es aún más clara cuando se plantea aisladamente el problema del destino de los bienes en relación a la caducidad de la donación por premoriencia del donatario como establece el artículo 1089 Code. Se afirma entonces —sin cuestionar la validez de la donación sometida a reserva— que si ésta caduca no puede atribuirse el objeto de la reserva a los herederos del donatario⁴⁰. La solución, siguiendo a Marcade⁴¹, es considerar que la caducidad de la donación sólo afecta a las donaciones realizadas bajo condición suspensiva, pero no a aquellas sometidas a condición resolutoria como ocurre con la reserva de la facultad de disponer.

La validez de la reserva lleva a calificar la donación como sometida a condición resolutoria por lo que el destino de los bienes en caso de no uso de la

39 GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, Comentario al art. 957, pág. 472. En caso de reserva de bienes o cantidad el autor se expresa así: Si en lugar de reservarse simplemente la facultad de disponer, se hubiese reservado la cosa misma o cantidad, aunque añadiera par poder disponer e ella, el caso y la resolución serían favorables á los herederos del donador, porque la cosa ó cantidad quedaban desde el principio escludas de la donación: y la cláusula para poder disponer nada significaría, pues aun sin expresarlo había podido hacerlo, y la expresión de lo que necesariamente se sobre-entiende, ni gusta ni da fuerza á los contratos. En el mismo sentido sobre la innecesaria emnección de reserva de bienes para disponer de ellos TROPLONG, *op. cit.*, II, pág. 446; DEMOLOMBE, *op. cit.*, VI, pág. 410, DELVINCOURT, *op. cit.*, II, pág. 20; DURANTON, M., *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, 4ª edizione napoletana sulla quarta edizione del belgio, Napoli, 1854, IX, pág. 74.

40 DEMANTE, *op. cit.*, IV, págs. 506-7 y DEMOLOMBE, *op. cit.*, VI, págs. 418-9. Según ellos, esta dificultad interpretativa procede de la incorrecta transcripción del artículo 18 de la Ordenanza de 1731, perfectamente coherente porque no determinaba la caducidad de la donación.

41 MARCADE, *op. cit.*, IV, pág. 209.

facultad es el patrimonio de los herederos del donatario, luego no es posible aplicar la caducidad a este tipo de donaciones que implicaría no admitir el efecto transmisivo de la propiedad⁴².

Ello no impide que, deudores de una construcción que no les era propia y que se encuadraba perfectamente en la reserva para testar en una donación universal, los textos legales desviasen su atención excesivamente hacia la noción de destino de los bienes si no se usaba de la reserva, cuando era un problema supérfluo para una cláusula admitida en aras a la libre configuración del título por la superación del concepto de donación irrevocable: es el triunfo de la autonomía de la voluntad y no el destino final de los bienes lo que permite hablar de donación con reserva de la facultad de disponer⁴³.

3.2.-El artificioso problema del destino de los bienes sobre los que actúa la reserva.

El influjo del problema del destino de los bienes tomado de la tradición de derecho escrito se trasluce claramente en el tratamiento de la figura,

⁴² Así, la caducidad obligaría a configurar la donación como incierta hasta la muerte del donante como denuncia DEMOLOMBE (*op. cit.*, VI, págs. 415 y 416). En realidad, la caducidad sólo debe aplicarse a las "donaciones" de bienes presentes y futuros o de los bienes que deje el donante en el momento de la muerte que no son tales sino instituciones contractuales de heredero (BOUTARIC, *op. cit.*, pág. 55 y 56, sobre este tema véase el epígrafe 4.1 del presente capítulo) en las que el requisito de la caducidad está plenamente justificado. Este es el hecho que resalta BIGOT-PREAMENEU en la exposición de motivos del Code (Cfr. FENET, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Osnabrück, 1968, reimpresión de la edición de 1827, XII, pág. 570) cuando afirma que la caducidad sólo se aplica a las donaciones de bienes presentes, únicas a las que conviene tal denominación.

⁴³ Contra CRISTÓBAL-MONTES, *op. cit.*, pág. 134 ss. y GARCÍA GARCÍA en el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1978 (*RCDI*, 1980-2, pág. 1222).

especialmente en el texto adoptado por los artículos 957 del Proyecto de 1851 y el 639 del Cc., donde la ley se limita a determinar el destino de los bienes o cantidad reservados en caso de no disposición⁴⁴ con lo que parece que es ésta la finalidad esencial del artículo. Sin embargo, la redacción obedece a otros motivos:

El artículo se copia del 946 del Code que declara que los bienes pertencieran a los herederos del donante en caso de no uso de la facultad, sin indicar explícitamente que la donación sea nula, por lo que éste resultado debe inducirse de la invalidez de la donación⁴⁵.

Sin embargo, la rígida correlación causa—efecto entre nulidad de la cláusula por no otorgar al donatario un derecho irrevocable y destino de los bienes debe ser matizada pues la primera consecuencia de la nulidad declarada es que los bienes no se encuentran comprendidos en la donación —como hacía el artículo 16 de la Ordenanza de 1731, precedente inmediato del 946 del Code⁴⁶— ya que respecto a ellos fallan las condiciones esenciales para entender

44 Así, GARCÍA GOYENA (*op. cit.*, comentario al artículo 957), tras haber identificado el supuesto de hecho añade: *...dando con esto a entender que, si no disponía de la cosa o cantidad, seguía definitivamente la suerte de los bienes donados.*

45 Por ello los autores destacan que los bienes "no se entienden donados": DELVINCOURT (*op. cit.*, II, págs. 163 y 164); MERLIN, (*op. cit.*, VIII, pág. 447); MARCADE, (*op. cit.*, II, pág. 561); DEMANTE (*op. cit.*, IV, pág. 211); LAURENT, (*op. cit.*, XII, pág. 532); DEMOLOMBE, (*op. cit.*, II, pág. 424); TASSARD, Paul (*Droit français: De la règle donner & retenir ne vaut*, Tesis doctoral leída en la Universidad de Nancy, 1872, págs. 11 y 115); POMMIER, Alexandre (*De la règle donner & retenir ne vaut. Son origine historique, ses consequences, ses exceptions en droit français*, Paris, 1876, págs. 214 a 216); CONSTANT (*De la règle donner et retenir ne vaut. Son origine, ses principales aplicaciones d'après le Code civil*, Tonerre, 1889, pág. 269); DELEHELLE, H. (*De la règle donner & retenir ne vaut, son histoire dans le droit coutumier, son influence dans le Code Civil*, Tesis doctoral leída en la Universidad de Dijon, 1897, págs. 191 y 207).

46 Art. 16 de la ordenanza de 1731: *...en cas qu'il se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés, voulons que ledit effet ou la dite somme ne puissent être censés compris*

transmitida su propiedad, luego su destino natural —mera consecuencia de la nulidad de la donación— es el patrimonio de los herederos del donante. La línea a seguir era, pues, la marcada por el redactado del art. 18 de la O 1731 y el 1086 del Code donde en primer lugar se puntualiza que, a pesar de la reserva —recuérdese su carácter de excepción por el favor matrimonii—,

...les biens seront censés compris dans la donation et appartiendront au donataire

De la eficacia de la transmisión de la propiedad se determina el destino de los bienes que no puede ser otro que el patrimonio del donatario o de sus herederos.

La redacción del artículo 639 —heredera del art. 957 del Proyecto— plantea aún otro problema de redacción que afecta a la determinación del objeto de la reserva cuando establece en su párrafo final que

...pertenece al donatario los bienes y cantidad reservados.

De ahí podría deducirse que la diferencia entre reserva de los bienes o cantidad y de la facultad de disponer es puramente teórica, aunque conste como tal en la interpretación auténtica de García Goyena, y queda contradicha por el tenor literal del artículo y sin embargo ello es debido a un nuevo error de traducción:

En el artículo 946 del Code se regula una cláusula que atenta al sentido irrevocable de la transmisión patrimonial, luego la donación es nula en la parte afectada por la reserva y los bienes no se donan; la expresión *effet ou somme réservée* empleada por el artículo es, pues, entendible aún no siendo correcta

dans la donation, quand même le donateur seroit mort sans en avoir disposé, auquel cas ledit effet ou ladite somme appartiendront aux héritiers du donateur...

Se observa claramente en este artículo la dualidad de efectos: en primer lugar no existe donación de los bienes reservados; en segundo lugar, si se plantea algún problema acerca del destino de los bienes tras la muerte del donante, serán para sus herederos, pues nunca se desprendió de su titularidad.

en puridad de conceptos: Los bienes objeto de la reserva se separan de la donación no por efecto de aquélla, sino por la imposibilidad de concebir una tal cláusula en la donación de la que deriva una nulidad parcial cuyo objeto —inexactamente llamado "reservado"— pertenecerá a los herederos del donante. En cambio, en el sistema español la dicción literal del artículo confunde, porque la reserva no implica nulidad luego los bienes se entienden realmente donados, el tenor literal del artículo 1086 es por tanto mucho más preciso⁴⁷.

En definitiva, siendo la finalidad del artículo 957 del Proyecto de 1851 —y del 639 del Código vigente— admitir la reserva de la facultad de disponer, debería haber sido el artículo 1086 el modelo a seguir que, además, hubiese planteado en sus términos correctos la conjunción entre bienes donados y la articulación de la facultad de disponer en bienes ajenos.

4—Donación revocable, facultad de disponer y transmisión de la propiedad.

La posible validez de esta reserva⁴⁸ no elimina que tal pacto especial sea difícilmente encuadrable. Será sobre este tema que centraremos a partir de ahora nuestra atención que significará volver a la *reserve de la puissance de disposer de la chose* de la Costumbre de París —art. 274— que, por azares históricos, se replantea a la luz del concepto de irrevocabilidad.

En este contexto, la distinción entre ambos tipos de reserva es, en realidad, una trampa, porque es difícil sostener que la reserva no es de bienes sino de una de las facultades dominicales tradicionalmente considerada como la esencial en el concepto de propiedad. Es así que la precisión del objeto de la

⁴⁷ Esta idea parece ya esbozada por el propio GARCÍA GOYENA (*op. cit.*, comentario al art. 957) cuando afirma que la solución dada al artículo en cuestión es la misma que acepta el Code para las donaciones hechas por razón de matrimonio en el artículo 1086; pero reduce el cambio de postura en el proyecto sólo en base al destino de los bienes, debiendo deducirse de éste la validez de la donación.

⁴⁸ Sobre si se trata de una verdadera reserva véase *supra* cap. 6, epígrafe 1.

donación no lleva al resultado dogmático esperado, especialmente cuando tratan de forma igual problemas diferentes.

4.1.-Institución contractual y reserva de la facultad de disponer.

En efecto, el favor matrimonii presente en la legislación francesa lleva a no aplicar el principio del *donner et retenir ne vaut* a las donaciones realizadas por razón de matrimonio. Así, el artículo 1082 permite la donación de bienes dejados al momento de la muerte y el 1084 la donación cumulativa de bienes presentes y futuros. En realidad, tales artículos no derogan a la imposibilidad de dar bienes futuros que, como ya expusimos⁴⁹ depende no de la irrevocabilidad necesaria en la transmisión de la propiedad, sino de la naturaleza de la donación como acto dispositivo⁵⁰. Así, pues, la donación que comprende bienes futuros no es tal, sino institución contractual de heredero⁵¹ que a menudo contiene

⁴⁹ Vide supra, cap 2, epígrafe 2.

⁵⁰ Sin embargo, así se expresa TROPLONG, *op. cit.*, I, pág. 571.

⁵¹ CHABOT DE L'ALIER (*Questions transitoires sur le Code Napoléon*, Paris, 1809, I, pág. 232); TOULLIER (*op. cit.*, V, pág. 504); DURANTON (*op. cit.*, IV, pág. 185); LAURENT (*op. cit.*, XV, pág. 322-3 y 590) y DEMOLOMBE (*op. cit.*, VI, pág. 411) consideran que también pertenecen a este grupo las donaciones de bienes presentes y futuros.

Respecto de las donaciones de bienes dejados al morir cfr. COLIN, Ambrosio-CAPITANT, Henri (*Curso elemental de Derecho civil*, VII, Madrid, 1927, pág. 51) y TRASBOT, André- LOUSSOUARN, Yvon, *Donations et testaments*, en PLANIOL, MARCEL-RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, V, Paris, 1957, pág. 787).

también una reserva de la facultad de disponer⁵² cuya correcta inteligencia precisa analizar en primer lugar la figura libre de su relación con la donación.

Las instituciones contractuales se han considerado desde siempre válidas en Francia por la tradición consuetudinaria⁵³ en contrato de matrimonio y a favor de los contrayentes o de los hijos a nacer del proyectado matrimonio⁵⁴ y las recoge explícitamente bajo este nombre la Ordenanza de 1731 en su artículo 13. Sin embargo, en cuanto a la determinación de su naturaleza se producía a menudo confusión con la donación universal⁵⁵.

Ciertamente, las diferencias son notables toda vez que el heredero contractual es sucesor de la persona del difunto, cualidad que no concurre en el donatario universal⁵⁶. Pero con las donaciones, ya inter vivos ya mortis causa tiene ciertos puntos en común y por ello se calificaba como acto de naturaleza

52 A pesar de que el artículo 1086 hable de que el donante *se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens presens la cláusula es válida para las "donaciones" de bienes dejados al momento de morir o hechas cumulativamente de bienes presentes y futuros. La redacción está tomada literalmente del artículo 18 de la Ordenanza de 1731 en la que el artículo 17 permitía las donaciones de bienes futuros por razón de matrimonio -que el propio Dagueseau (repuesta a las remonstrances del Parlamento de Besançon, Oeuvres..., XII, pág. 309 califica como institución de heredero- y el 18 se limitaba a completarlo determinando las cláusulas que se podía añadir a una donación de bienes presentes. Además, el argumento literal citado viene a contradecir la expresión inicial del propio artículo 1086 que determina como objeto de regulación la donación en contrato de matrimonio hecha a favor de los esposos o de los hijos a nacer del proyectado matrimonio, carácter que conviene a las instituciones contractuales a pesar de la denominación incorrecta de "donaciones" #.

53 Cfr. RICARD, Jean M., *Traité des donations entre-vifs et testamentaires*, I, Paris, 1713, núm. 974.

54 RICARD, *op. cit.*, núm. 974.

55 RICARD, *op. cit.*, núm. 975; DAMOURS, M., *Conference de l'Ordonnance concernant les donations, avec le droit romain, les anciennes ordonnances, la jurisprudence des Parlemens, et le sentiment des auteurs*, Paris, 1753, págs. 124 y 125.

56 RICARD, *ibidem*, núm. 975; DAMOURS, *ibidem*.

híbrida⁵⁷ parecida a la donación inter vivos por la irrevocabilidad de la designación como heredero pues impiden una ulterior disposición universal de los bienes mortis causa, y similar a la donación mortis causa en cuanto que se le concedían facultades para disponer a título particular de sus bienes⁵⁸.

Sin embargo, el efecto de la institución es conferirle el "título", en realidad, la cualidad de heredero⁵⁹ que se aleja totalmente de la donación inter

57 Así, LEBRUN (*Traité des successions*, II, *Des choses auxquelles on succede*, Paris, 1775, lib. III, ch. II, n. 6): *Il faut dire, néanmoins, que les institutions contractuelles sont donations entre-vifs non seulement parce qu'elles ne peuvent être faites dans les contrat de mariage, mais principalement à cause de son irrévocabilité, en tant que celui qui a fait une institution contractuelle ne peut pas en faire une seconde, ni déroger à l'institution par des actes qui n'ayent leur effet qu'après sa mort: or c'est une maxime qu'un acte qui participe de deux natures, doit être réputée de celle dont il tient le plus, or il est certain que l'institution contractuelle approche beaucoup plus de la donation entre-vifs à cause de son irrévocabilité... En el mismo sentido BILLECART, *op. cit.*, pág. 163; FURGOLE, *op. cit.*, pág. 50; TOULLIER, *op. cit.*, V, pág. 507.*

58 Así lo exponen FURGOLE (*op. cit.*, pág. 50): *...C'est-à-dire, que l'instituant ne peut point faire d'autre héritier par testament ou par contrat subsequent mais elle n'empêche pas que l'instituant puisse aliéner par contrat entre-vifs...; y BILLECART (*op. cit.*, pág. 163): *...en cas d'institution d'héritier faite...par contrat de mariage, le donateur ou l'instituant n'est pas empêché de donner ou leguer de ses biens acquis depuis la donation, mesme de ceux qu'il avoit auparavant, qu'il veut vendre pour vivre, en un mot il ne peut user comme un bon père de famille, & en constinüer la jouyssance comme il auroit fait sans donation ou institution d'heritier, qui ne servent que de promesse de conserver le bien au donataire ou institué pour le rendre dans l'estat qu'il se trouvera au jour de son decez, mais il ne peut donner l'universalité à un autre. De manera similar MERLIN, *Recueil alphabétique de questions de droit*, 4 ed., Paris, 1829, IX, pág. 41.**

59 Utiliza literalmente la palabra "Titre" LEBRUN (*op. cit.*, lib. III, ch. II, pág. 16): *Il faut observer encore, que quoi que le titre de l'institution soit une donation entre-vifs, l'effet de la même institution est de faire un véritable héritier...Ainsi c'est une donation entre-vifs qui se termine à une succession ab intestat et l'institué est donataire du titre d'héritier. La terminología es confusa por cuanto la noción de título*

vivos⁶⁰, y, por otra parte, el instituyente no deja de poder disponer de los bienes a título particular como explicita la costumbre de Auvergne respecto de las enajenaciones inter vivos⁶¹. En palabras de Prohet el instituyente puede disponer de sus bienes a título particular porque tiene su libre administración; pero no puede hacer una segunda institución porque ésta sí que es irrevocable⁶².

conviene a la donación, en su acepción de título formal por el que pasan los bienes al instituido, y representa también la noción de título material que da al instituido la calidad de heredero. La noción de institución contractual pretende centrar el intercambio consensual no en la transmisión de bienes sino en la atribución de la cualidad de heredero.

⁶⁰ Es por esta causa que LEBRUN (*ibidem*) admite cierta semejanza con las donaciones a causa de muerte, entendidas como aquellas de los bienes que deje el donante en el momento de morir, pues hacen imposible el requisito previsto para las donaciones inter vivos: el efecto dispositivo pleno. En el mismo sentido, pero admitiendo la validez de tales donaciones y su configuración inter vivos BASNAGE, Henri (*Commentaires sur la coutume de Normandie, en Oeuvres de...*, 4a ed., Rouen, 1778, T.II, pág. 29) y LOUET (*op. cit.*, lit.D, núm.1).

Sobre la confusión de los autores en relación a la naturaleza de este contrato y sus dificultades para encajarlos en las donaciones, ya sea inter vivos, o mortis causa vide BRISSAUD, J. *Manuel d'histoire du droit privé a l'usage des étudiants en licence et doctorat par...*, Paris, 1908, y sobre los argumentos esgrimidos en favor de cada tesis véase MERLIN, *Répertoire....*, *op. cit.*, XV, págs. 201 y ss.

⁶¹ Costumbre de Auvergne, artículo 29: *Institution d'heritier pacte de succeder faits & accordez en contract de mariage en faveur des mariez & descendants du mariage, s'entendent seulement es biens qui se trouveront delaissez par el decés du disposant, & par aussi n'empêche icelle institution ou pacte de succeder, que le disposant ne puisse aliener ses biens par contrat entre vifs*. Cfr. PROHET, Claude Ignace, *Les Coutumes du Haut et Bas Pays d'Auvergne, conferées avec le droit civil, & avec les Coutumes de Paris, de Bourbonnois, de la Marche, de Berry & de Nivernois*, Paris, 1765, pág. 122).

⁶² Cfr. PROHET, *op. cit.*, comentario a la costumbre de Auvergne, pág. 122.

Así, el hecho de poder disponer de los bienes tampoco la convierte en donación mortis causa, simplemente, se trata de una institución contractual de heredero⁶³: el instituyente conserva la titularidad de los bienes, sólo ha atribuido al instituido la cualidad de heredero⁶⁴, pero precisamente por ello no puede hacer desaparecer fraudulentamente los bienes que forman su patrimonio en contra del derecho del instituido, de ahí que posea facultades dispositivas limitadas sobre sus propios bienes⁶⁵ hasta el momento de su muerte⁶⁶, siendo pues a él a quien corresponde el ius disponendi.

⁶³ ZACARAIE-CROME, *op. cit.*, IV, pág. 589 apunta claramente que se trata de institución de heredero y no de donación.

⁶⁴ De manera bastante imprecisa TOULLIER, (*op. cit.*, V, pág. 506) y MARCADE (*op. cit.*, I, V pág. 212) califican el derecho del instituido como eventual. De igual modo MERLIN (*Questions...*, *op. cit.*, IX, pág. 41) ...*l'Institution d'héritier soit faite par testament ou par contrat de mariage, ce n'est toujours qu'une institution d'héritier; elle ne confère, dans le premier cas, que l'espérance, et dans le second, que le droit de recueillir la succession de l'instituant.*

⁶⁵ FURGOLE (*op. cit.*, pág. 51) habla de disposer des biens comme un bon père de famille; BERTHON DE FROMENTAL, Gabriel (*Décisions du droit écrit, canonique et françois par ordre alphabétique avec des observations sur l'ancienne et la nouvelle jurisprudence des pays qui se régissent par le droit écrit*, Lyon, 1740, pág. 217) se limita a establecer que debe *contracter de bonne foi*; y BOUTARIC, (*op. cit.*, pág.63) apunta la posibilidad de disponer a título oneroso o gratuito siempre que sea a favor de pías causas, o donaciones remuneratorias moderadas que se alejan de la noción de fraude. MERLIN, (*Questions...*, *op. cit.*, IX, pág. 15) afirma que el instituyente es libre de enajenar a título oneroso pero no a título gratuito, e esta visión se desprende que la eventual reserva de la facultad de disponer implica renuncia a las disposiciones a título oneroso y límite para aquellas a título gratuito.

⁶⁶ Así lo expone, enérgicamente, MERLIN (*Questions...*, *op. cit.*, IX, pág. 14) en base precisamente de las facultades dispositivas que ostenta al instituyente, a diferencia del caso de la donación inter vivos que implica el traspaso inmediato de la propiedad: ...*or bailler des biens en emphyteose, comme pour les aliéner dans des cas de nécessité urgente, il faut certainement en être propriétaire. Un donateur entre-vifs aurait beau se trouver dans le besoin, il aurait beau gémir dans les liens de la contrainte par corps, il aurait beau de vouloir aliéner que par abil emphytéotique: l'aliénation*

Es en este punto que la posibilidad de reservarse la facultad de disponer de parte de los bienes donados o una cantidad respecto del patrimonio adopta una importancia singular. En efecto, los autores vienen a interpretar que la reserva de disponer en institución contractual representa el límite máximo de la facultad de disposición que ostenta el instituyente respecto de sus bienes, así, actúa como freno a sus actos dispositivos⁶⁷ y se preserva, así, la entidad del patrimonio que, en su día se heredará⁶⁸. La reserva de la facultad de disponer sirve aquí meramente para la determinación de sus propias facultades dispositivas y no plantea problema alguno en relación a la disponibilidad de los bienes porque actúa sobre ellos su titular.

El Code, a pesar de la confusión generada por la denominación de "donaciones" ofrece una pauta mucho más clara en cuanto a las posibilidades dispositivas a título particular superando las dificultades de la doctrina anterior

qu'il s'aviserait faire des biens dont il s'est précédemment exproprié, n'en serait pas moins nulle et sans effet contre le donataire. Donc...l'instituant ne s'exproprie pas réellement et actuellement par institution contractuelle; donc ce n'est que par sa mort que l'institué succède à sa propriété.

⁶⁷ LOUET, *op. cit.*, lit. S, n.9, art. 3; BRODEAU, autor que realiza las anotaciones a la obra de Louet, adopta también esta misma decisión respecto de las donaciones de todos los bienes sobre la base que escapan a la aplicación de la máxima *donner & retenir* (cfr., núm. 2, lit. D, núm. 5); LEBRUN (*op. cit.*, II, II, 24). y MERLIN, *Questions...*, *op. cit.*, IX, pág. 15.

Más contundente respecto de la naturaleza de la figura, BERTHON DE FROMENTAL: *...ceux qui font une institution contractuelle, avec réserve du pouvoir de disposer d'une certaine somme, se prescribent eux mêmes ses bornes.* (*op. cit.*, pág. 227).

⁶⁸ Así, posiblemente, la interpretación que BÉGAT da a una cláusula de reserva de la facultad de disponer en caso de necesidad en una donación de cuota del patrimonio conforme al *donner & retenir ne vaut* y la reserva expresa de la disposición de la cosa, deba corregirse en el sentido de referirse en realidad a una institución contractual -bajo nombre de donación- que fijaba los límites de la posterior disposición de los bienes a título particular. Así se expresa el autor (*Decissio LXXXII*, pág. 569).

sobre el tipo de actos que se permitía realizar al instituyente⁶⁹ ya que, aún en el caso de que existiese reserva de la facultad para disponer se planteaba la duda si la reserva sólo actuaba en relaciones a las disposiciones a título gratuito, quedando intacta la posibilidad de realizar disposiciones a título oneroso⁷⁰. En el Code, el artículo 1083 permite las disposiciones a título oneroso y realizadas con buena fe y sólo las módicas hechas a título gratuito. Así, la reserva, más que de límite a las facultades que determina dicho artículo, viene a sumarse al ámbito de libre disposición de los bienes del instituyente: pactada en la institución la posibilidad de disponer de un determinado bien o cantidad, esta facultad amplía las facultades dispositivas previstas legalmente⁷¹.

En buena lógica, la existencia de una reserva de la facultad de disponer implica preguntarse por el destino de los bienes si no se hace uso de ella. La solución viene marcada por el carácter sucesorio de la institución ya que los bienes hacen tránsito al patrimonio del instituido en el momento de la muerte del instituyente, luego no cabe hablar de que los bienes fuesen ya donados y el defecto de reserva los conserve en el patrimonio del instituido, éste adquiere los

⁶⁹ Ver, por todos, MERLIN, *Répertoire...*, *op. cit.*, XV, pàgs. 207 i ss.

⁷⁰LEBRUN (*op. cit.*, lib. III, ch. II, núm. 24 admite los contratos a título oneroso: *ceux qui font une institution contractuelle avec réserve de disposer jusqu'à une certaine concurrence, se prescribent eux mêmes les bornes pour les donations entre-vifs testamentaires...ce qui ne les empêche pas, à mon avis, de faire des contrats onéreux pendant leur vie, pourvu que ce soit aussi sans fraude; mais celui qui a fait l'institution ne se prévalant pas de ses réserves, elles accroissent à l'héritier. En contra, FROMENTAL (ibidem) considera que el límite debe aplicarse a todo tipo de disposiciones.*

⁷¹ TROP LONG, *op. cit.*, II, pàg. 468; DEMOLOMBE, *op. cit.*, VII, pàg. 411 a 413; luego se entienden donados desde el mismo momento en que aquélla se produzca; sino que establece el destino de los bienes al final del periodo de ejercicio de la facultad de disponer por parte del donante -su muerte- y viene a confirmar la eficacia atribuída a la donación pues es una consecuencia de aquélla.

bienes objeto de la reserva no usada en virtud del carácter expansivo del título de heredero que se extiende a todo el patrimonio del causante⁷².

Los bienes acrecen al heredero en cuanto son objeto de una reserva de la facultad de disponer, no por tratarse de bienes reservados que, no contenidos en la institución inicial, pasan al heredero en virtud de su título universal. Sin embargo, esta idea de la expansividad el título hereditario es rechazada por los comentaristas del Code⁷³ alegando la supresión en este sistema del principio sucesorio del *nemo pro parte* por lo que el objeto de la reserva pasará a los herederos *ab intestato*. Esta postura significa, sin embargo, una confusión sobre el objeto de la reserva: si se reservan bienes o cantidad es correcto que no existiendo incompatibilidad entre sucesión testada e intestada, los bienes apartados de la institución por la reserva, apsen a los herederos intestados. Pero si se trata de reserva de la facultad de disponer —que es el caso que ahora nos ocupa— la eventual reserva pesa sobre bienes que son del instituyente hasta el momento de su muerte pero que se contienen en la institución, no afectando la reserva más que a la posibilidad de disponer de ellos, luego en caso de no uso, los bienes deben ser pasar el instituido. Ciertamente, el carácter expansivo del título simplificaba el problema atribuyendo en cualquier caso los bienes al instituido.

El análisis de la reserva de la facultad de disponer en relación a la institución contractual tiene simplemente la virtualidad de poner de manifiesto la diferencia existente entre este caso donde se dispone de bienes propios y en el

⁷² Así LEBRUN, *op. cit.* III, II, núm. 24; BERTHON DE FROMENTAL, *op. cit.* pág. 227 y BERGIER (*op. cit.* I, pág. 620): *dans les institutions contractuelles ... la réserve accroît a l'institution lorsque l'instituant n'en dispose pas. La raison est que l'institution contractuelle étant un titre universel, dont l'objet est la succession de l'instituant, dans l'état où elle se trouvera au moment de son décès, elle embrasse tout ce qui tombe dans la succession, et par conséquent la réserve dont l'institution n'a pas disposé.*

DAGUESSEAU, en la carta de 25 de junio de 1731, aunque considera que el beneficiario de la institución es un donatario, afirma que se halla *loco haeredis* y en posesión de un título universal que se expande (*Oeuvre...* XII, Paris, 1829, pág. 317).

⁷³ TROPLONG (*op. cit.*, II, pág. 468) y DEMOLOMBE (*op. cit.*) VI, pág. 410 y 411.

que la reserva no plantea ningún problema y el caso de la donación donde debe acudir a una fórmula que compatibilice donación y disposición de lo donado. Pero esta diferencia sólo puede constatarse tras la ubicación exacta de la institución de heredero entre los contratos sucesorios, de modo que resalten sus elementos definidores ya que la continua interferencia entre esta figura y la donación de todos los bienes ha oscurecido sistemáticamente su estudio.

Debe añadirse aún que el tratamiento del tema en los países de derecho escrito donde, por prurito romanista, la institución de heredero era calificada como donación de todos los bienes con traspaso inmediato de la propiedad al donatario—instituído⁷⁴, en este marco, la actuación respecto de los bienes ya donados por parte del donante exigía, lógicamente, una autorización expresa que se arbitraba mediante el mecanismo de reservas ya sea de bienes o de la facultad de disponer o de enajenar en caso de necesidad⁷⁵. Este es el sustrato que, inconscientemente, el derecho de costumbres hace propio y adapta a sus esquemas en los que encaja perfectamente la institución contractual, y la reserva de la facultad de disponer pasa a tener mera función de límite.

4.2.-El efecto adquisitivo revocable como modalidad de la donación.

En el campo de las donaciones propiamente dichas, la reserva de la facultad de disponer aparece como una excepción al efecto irrevocable propio de la donación de bienes ya tenga un objeto particular o se trate de una

74 Así, FURGOLE, *op. cit.*, pág. 51. Sobre este tema véase MERLIN, *Questions... op. cit.*, IX, págs. 14 y ss.

75 Cfr. FONTANELLA (*op. cit.*, 4,23, núms 1 a 18 y 4,26, núms 1 y ss., donde distingue entre reserva de bienes o cantidad reserva de la facultad de disponer o testar, y reserva de la *facultas alienand.* Sobre esta última véase también CAMBOLAS, *Décisions notables sur diverses questions du droit jugées pour plusieurs arrest de la Cour du Parlement de Toulouse*, Toulouse, 1681, I, ch. 3.

donación de todos los bienes presentes⁷⁶. La donación pasa a tener una eficacia no definitiva sino modalizada por la presencia de la facultad de disponer del

⁷⁶ Así, FURGOLE (*op. cit.*, pág. 78 y POTHIER (*Coutume d'Orléans... op. cit. X*, pág. 471). Se zanja así la vieja cuestión sobre si era posible la reserva de la facultad de disponer en una donación con objeto particular. BOUTARIC (*op. cit.*, pág. 84 a 86, con el apoyo de ROCHE FLAVIN, Bernard de la: (*Arrest notables du parlement de Tolose*, Toulouse, 1617, pág. 232), sostenía que el artículo 18 de la Ordenanza sólo era aplicable a la donación universal o de cuota hecha por razón de matrimonio, pues en caso de objeto particular no era posible la reserva, porque en tal caso nunca podría entenderse donado un objeto que fuese ab initio reservado. Disfrazado de problema de aplicabilidad, late aquí una confusión sobre el objeto de la reserva: si se admite que ésta opera sobre la facultad de disponer, es indiferente que se trate de un sólo objeto o de una cuota. Ciertamente, es imposible reunir a lo donado un objeto que se ha reservado el donante en su patrimonio, pero lo será igualmente en el caso de una cuota; en cambio, la reserva de la facultad de disponer es compatible con cualquier objeto porque los bienes se donan y el donante se "reserva" únicamente la posibilidad de disponer de ellos. En contra de este razonamiento aparece la respuesta de DAGUESSEAU a las *rémontrances* presentadas por el parlamento de Besançon contra el artículo 18 (*Oeuvres... op. cit.*, pág. 309. En ella el Canciller afirma que el título en virtud del cual la reserva de bienes o cantidad pasa al donatario es la universalidad de la donación, y aún más explícitamente en la carta de 25 de junio de 1731 afirma que el artículo 18 se explica en un contexto de donación de bienes presentes y futuros, donde el donatario se halla *loco haeredis*.

Tal interpretación se vería abonada por la relación entre los artículos 1081 y 1086 del Code, el primero de los cuales establece la sumisión de las donaciones de bienes presentes y futuros al régimen normal de las donaciones, y el segundo aplica la excepciones al *donner et retenir ne vaut*, por consideración al matrimonio, a las donaciones en favor de los esposos o los hijos a nacer. Es decir, al supuesto del artículo 1082 que es calificado como institución contractual. Sin embargo, los autores están de acuerdo en admitir que la excepción se produce también en las donaciones de bienes presentes y de un sólo objeto, y además, para este segundo tipo, se puede distinguir entre una donación irrevocable regulada en el art. 1081 y una revocable según el tenor del artículo 1086, diferente de la institución contractual por cuanto atribuye la propiedad al donatario de forma inmediata, sólo que revocablemente (Cfr. especialmente LAURENT, *op. cit.*, XV, pág. 238, y además MARCADE (*op. cit.*, IV,

donante, gracias al carácter gratuito del título, por lo que se considera sometida a condición⁷⁷. La "reserva" no es tal sino que es condición —en palabras de Furgole⁷⁸— que se relaciona con la pérdida de la propiedad en caso de uso de

pág. 207-208), TROPLONG (*op. cit.* II, pág. 463), y DEMOLOMBE (*op. cit.*, VI, pág. 401 y 402).

77 Así, ya claramente expone GODEFROY en el comentario al artículo 444 de la costumbre de Normandia (*Commentaires sur la Coutume de Normandie par MM. Bérault, Godeffroy & la paraphrase de M. d'Aviron*, II, Rouen-Paris, 1786, pág. 259), que declara nula la donación con reserva de la facultad de disponer que se aplica sólo a la donación simple: *Cet article ne reçoit point difficulté en la donation simple, car c'est contre la nature d'icelle, se réserver la disposition des choses données...*, mientras en las donaciones condicionales o a término —que no son propiamente donaciones— la regla no se aplica, quedando el donante libre de disponer de la cosa en cuanto no se cumpla la condición o no llegue el término si son suspensivos, o pudiendo reclamarla caso que fueran resolutorios. Se da aquí la pauta interpretativa para lo que constituirá el artículo 18 de la ordenanza de 1731. Así, cfr. FURGOLE (*op. cit.*, pág. 79), DAMOURS (*op. cit.*, pág. 173 y ss.), BERGIER (*op. cit.*, I, pág. 620); MERLIN (*Répertoire... op. cit.* VIII, pág. 449.)

A veces la condición se califica como resolutoria potestativa admitida por excepción en contra del artículo 944 del Code, pero además de la oposición a lo que se entendía como expresión de la irrevocabilidad, se destaca el carácter de modalidad de la eficacia. MARCADE, (*op. cit.*, V, pág. 212), TOULILIER (*op. cit.* V., pág. 502), TROPLONG (*op. cit.* II, pág. 466); LAURENT (*op. cit.*, XV, pág. 328).

En contra, opina BIONDI (*op. cit.*, pág. 80) que el ejercicio de la facultad de disponer por parte del donante no es libérrimo y no puede reducirse a una mera cláusula *si volam*, sino que debe obedecer a una *ragione appreciabile*. Este punto de vista nos devuelve a la polémica sobre si la condición potestativa es aquella que depende únicamente de la voluntad del sujeto o basta con que sea determinante para la producción del evento, aunque concurren otras cláusulas.

78 FURGOLE (*op. cit.* pág. 78) *Cette nouvelle loi (art. 18) veut qu'on considère comme une condition la réservation pour disposer, & qu'en deffaut de disposition la somme ou les effets réservés demeurent dans la donation, comme y étant compris par la*

aquella por parte del donante en cuanto al objeto de la reserva. Así se califica como condición resolutoria⁷⁹ que produce un efecto adquisitivo revocable para el donatario⁸⁰: éste adquiere la propiedad de lo donado, pero sometida a la condición de que el donante no haga uso de la facultad de disponer; producido el hecho—condición se revoca el efecto inicialmente previsto admitiéndolo ya, claramente, la posibilidad de realizar una transmisión no definitiva de la propiedad.

volonté primitive & universelle du Donateur, & que la reserve n'en soit retranchée que par l'événement de la condition, qui n'arrive que quand le donateur en a disposé.

79 Cfr. FURGOLE (*op. cit.*, pág. 78; BOUTARIC (*op. cit.*, pág. 83); MERLIN, (*Répertoire... op. cit.* VIII, pág. 449); BERGIER (*op. cit.* I, pág. 620); TROPLONG, (*op. cit.* I, pág. 466); MARCADE (*op. cit.*, IV, pág. 212), LAURENT (*op. cit.*, XV, pág. 328), DEMOLOMBE (*op. cit.* XV, pág. 396 y 399; FERRANDIS VILELLA (anotaciones ENNECCERUS-NIPPERDEY, II-1, pág. 221); GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.* pág. 92; PUIG PENA, Federico: *Compendio de Derecho Civil español*, IV, Barcelona, 1972, pág. 36.

80 A veces se califica la donación como suspendida a término resolutorio (BOFARULL, Manuel de, *El Código civil español, según la edición oficial, anotado, concordado y comparado por...* Madrid, 1888, art. 639), dando lugar entonces a hacer un paralelismo con la Ley 7, tit. 4, Partida 5 sobre las donaciones a término y se da al caso en estudio la misma solución que da esta ley de atribuir la cosa donada al donante o a sus herederos al vencer el término que representa el momento último en la propiedad temporal del donatario. Sin embargo, este esquema conviene muy poco a la donación con reserva de la facultad de disponer, pues si el efecto adquisitivo es revocable dependiendo del uso de la facultad de disponer, este hecho será a tal caso —no es nuestra opinión, como argumentaremos luego— una condición en cuanto a hecho futuro pero incierto, pues siendo la facultad del donante corresponde a él decidir si y cuando hacer uso de ella. La calificación varía, además, el planteamiento, porque el incumplimiento del hecho-condición consolida el bien en el patrimonio del donatario, antes de hacer que vuelva al del donante.

43.-Admisión de un efecto dispositivo eventual

Pronto se pone de manifiesto que la posibilidad de que el donante disponga de bienes donados casa mal con la atribución de la propiedad de los mismos al donatario, pues ello implicaría entender que el donante dispone de bienes ajenos, cuestión imposible cuando la facultad de disponer es aquella cualitativamente imprescindible en la determinación del dominio. Así se acude calificar la donación como de eficacia meramente eventual⁸¹, es decir, sometida a una condición suspensiva: los bienes objeto de la reserva no se entienden donados —la donación no se consuma⁸²— hasta que el donante muera sin haber dispuesto de ellos, en cuyo caso se entienden donados y pasan al patrimonio del donante⁸³.

Se alega a favor de esta tesis el tenor literal del artículo 639 Cc. en el que se afirma que "pertenece" al donatario los bienes o cantidad objeto de la reserva, deduciendo del empleo del futuro que los bienes no se dan de forma inmediata sino sólo en caso de morir el donante sin haber dispuesto de ellos

⁸¹ Cfr. TOULLIER, (*op. cit.*, V, pág. 502.) En contra se había manifestado FURGOLE (*op. cit.* pág. 78), precisamente porque la condición suspensiva no concede al donatario un derecho cierto y obliga a considerar la donación como mortis causa con la lógica consecuencia de caducar por la premoriencia del donatario.

⁸² En palabras de GARCÍA GOYENA en el comentario al artículo 957: *...el donador...sólo se reservó la facultad de poder disponer, dando con esto á entender, que si no disponía de la cosa o cantidad, seguía definitivamente la suerte de los bienes doandos. Fue una donación condicional en cuanto a su consumación, y la condición se ha cumplido por la muerte del donante sin haber usado de la facultad.* En el mismo sentido LAURENT (*op. cit.* XV, pág. 329-330); BRUNELLI-ZAPPULLI (*op. cit.* pág. 552); PLANAS Y CASALS, (*op. cit.* pág. 481); LALAGUNA, Enrique "Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el derecho español" *R.D.P.*, 1973, pág. 415; COSSÍO CORRAL, Alfonso de (*Instituciones de derecho civil*, Madrid, 1975, I, pág. 334).

⁸³ Cfr. SANCHEZ ROMÁN, (*op. cit.* IV, pág. 706: *La reserva se consolida en el donatario a la muerte del donante si éste no la hubiera utilizado.*)

como reza la segunda proposición del artículo⁸⁴. Sin embargo, el tiempo verbal utilizado por este artículo es la traducción exacta de sus antecedentes franceses (arts. 18 de la Ordenanza de 1731 y 1086 del Code) —"appartiendront"— donde esta proposición final no indica el momento de eficacia de la atribución patrimonial porque queda explicado por otra frase *les biens...seront censés compris dans la donation* —luego se entienden donados desde el mismo momento en que aquélla se produzca—; sino que establece el destino de los bienes al final del periodo de ejercicio de la facultad de disponer por parte del donante -su muerte- y viene a confirmar la eficacia atribuída a la donación pues es una consecuencia de aquélla.

Creemos con Biondi⁸⁵ que no se trata de una donación condicionada porque el ejercicio de la facultad de disponer que se ha reservado el donante no puede ser considerado como un hecho-condición; es verdad que se introduce un elemento de incertidumbre en la adquisición de la propiedad pero éste deriva no de un hecho futuro e incierto sino del derecho que nace a favor del donante como resultado de la configuración del título y que se concreta en la facultad de disponer de lo donado⁸⁶ siendo la revocabilidad del efecto adquisitivo una mera consecuencia de aquél.

⁸⁴ MENENDEZ, *op. loc. cit.*, pág. 1.056.

⁸⁵ BIONDI, *op. cit.* págs. 860 a 862.

⁸⁶ Según BIONDI (*ibidem*) la calificación de negocio condicionado no conviene a la donación con reserva de la facultad de disponer porque la facultad no puede ser ejercitada por los herederos -como prevé textualmente el artículo 790 del Codice de 1942-. Así, se admite que la condición a la que someten los efectos de un negocio jurídico sea un acto jurídico, pero si no puede ser ejercitado en cuanto a tal por los herederos cabe pensar que no se trata de un hecho-condición, sino de una situación jurídica calificada como personal cuyo contenido no pasa a los herederos. Sin embargo, cabe objetar a este razonamiento que de la misma manera que se admite una condición consistente en un acto jurídico el hecho de que éste sea de ejercicio exclusivamente personal no altera la configuración como negocio condicionado: los herederos no pueden ejercitar la facultad por su carácter intransferible luego cesa la situación de incertidumbre no pudiéndose ya cumplir la condición.

En este sentido, Irurzun considera que la posibilidad de disponer que se reserva el donante implica una suspensión no condicional de efectos cuya finalidad es determinar el objeto de la donación: la donación se configura como un acto dispositivo con objeto temporalmente indeterminado cuya concreción depende del uso de la facultad reservada. Pero este acto de determinación pertenece a la propia estructura negocial de la que es elemento imprescindible y actúa como "coelemento necesario": sólo una vez determinado el objeto es posible anudar al acto su consecuencia jurídica: el efecto dispositivo. Sin embargo esta postura tiene el inconveniente de convertir a la donación en un acto de formación sucesiva que no produce la transmisión de la propiedad hasta que se usa de la facultad y queda irremediabilmente inconcluso si el donante no ejerce el derecho que se reservó. Con todo, son preferibles aquellas tesis que olvidando el elemento de incertidumbre acerca de la adquisición centran su análisis en el poder del donante de acabar con el efecto adquisitivo del donatario, calificándolo de derecho de resolución⁸⁷.

Sin embargo, negar la revocabilidad o eventualidad del efecto adquisitivo -según el tipo de condición- no resuelve el otro gran problema planteado en torno a la facultad de disponer de bienes que son ajenos. Es por ello que los autores consideran que se trata de donación sometida a condición pero negando que se haya producido transmisión de la propiedad de forma que el donatario ostenta un simple derecho de usufructo que le permite el uso y disfrute de la cosa pero quedando el donante titular de la nuda propiedad a la que es inherente la facultad de disponer⁸⁸. El efecto de insertar la reserva de la

87 PÉREZ GONZALEZ y ALGUER (anotaciones a ENNECCERUS-NIPPERDEY, II, pág. 125).

88 Así, SCAEVOLA (*op. cit.* X, pág. 838). Fijémonos en lo que ocurre en una donación con reserva de la facultad de disponer de alguno de los bienes donados. Mientras el donante no haga uso de su derecho, el donatario conserva en su poder la cosa donada, la disfruta o usa y percibe sus productos. Mientras esta situación jurídica prevalezca ¿qué derecho conserva el donador? El derecho eminente del propietario, la nuda propiedad, la posibilidad de restituir a su uso y disfrute propio la cosa dada en donación. En el mismo sentido, MANRESA, *op. cit.* V, pág. 164; GALINDO PARDO, Lorenzo: *Explicación doctrinal y práctica del Libro III del Código Civil*, Salamanca, 1896, pág. 84; VALLET, pág. 267 y 345 (*Escritos sobre donaciones*), pero calificando la donación mortis causa por producir los efectos plenos —transmisión de la propiedad—

facultad de disponer es constituir un usufructo sobre los bienes objeto de la donación a título gratuito, siendo lo realmente reservado por el donante la nuda propiedad que contiene, en pura lógica, la posibilidad de disponer de los bienes.

Otro tratamiento que deriva de la misma base es convertir la atribución patrimonial en donación de residuo⁸⁹, es decir, de lo que quede en el patrimonio del donante en el momento del fin de la posibilidad de disponer de los bienes -normalmente, su muerte-. en esta caso, se niega el efecto dispositivo de la donación precisamente por la existencia de una facultad de disponer que sólo se reconoce en el propietario⁹⁰.

La disposición de los bienes nunca puede corresponder a quien no sea propietario, por ello no se admite una reserva de la facultad de disponer que afecte a la totalidad de la donación porque en este caso —se argumenta⁹¹— no

a la muerte del donante, aunque en el interín se conceda al donatario sólo un derecho de usufructo. MENÉNDEZ, (*op. loc. cit.*, pág. 1056), considera que en el caso de condición suspensiva existe igualmente la constitución de un derecho temporal de disfrute para el donatario.

⁸⁹ IRURZUN, pág. 29; SANTOS BRIZ, IV, pág. 148.

⁹⁰ Se usa, así, de manera analógica, el argumento de convertir al usufructo con facultad de disposición en propiedad que hace tránsito, en aquello no dispuesto por el usufructuario, al titular inicial cuando termina el usufructo. Sobre este tema, véase LACRUZ BERDEJO, J.L., "Donación obligacional de bienes usufructuados con facultad para disponer inter vivos", en *Estudios sobre derecho privado común y foral*, II, Madrid, 1992, pág. 188 y ss. La crítica de tal idea se basa, como refiere el autor, en que niega la posibilidad de la figura y convierte al usufructo en verdadera transmisión de la propiedad por el hecho de habersele unido la facultad de disponer.

⁹¹ SCAEVOLA, *op. cit.*, XI, pág. 837; GALINDO, *op. cit.*, pág. 83; Irurzun, *op. cit.*, pág. 19 —aunque en este caso el argumento se extiende también al caso de reserva parcial. También véase la sentencia del tribunal Supremo de 7 de julio de 1978 (RCDI, 1980-2, pág. 121), argumentos del demandado en la Resolución de la DGRN de 11 de mayo de 1982 (RDN, pág. 433).

existe efecto transmisivo⁹², idea que abunda en las consideraciones hechas anteriormente, como ya hemos apuntado, la potencial amplitud de la reserva se incluye en la libertad de configurar el título que tiene el donante, y que no conoce límites, no en la imposibilidad de admitir una facultad de disponer en bienes ajenos

Esta configuración de la reserva de la facultad de disponer implica una concepción del dominio como mera suma de facultades⁹³, en la que la de disponer es esencial⁹⁴, con lo que la libre configuración del título que permite

⁹² El enfoque como falta de disposición se encuadra en una coordenadas concretas sobre la titularidad de la facultad de disposición y resulta comprensible en su contexto, lo que ya no lo es tanto es calificar una donación con reserva total como inexistente por falta de animus donandi como realizan la Resolución de la DGRN de 11 de mayo de 1983 (RDN, pág. 435, y la sentencia del Tribunal Supremo del 28 de abril de 1975, que ciertamente, no menciona ni siquiera el artículo 639, porque aunque se dé un usufructo se tiene ánimo de liberalidad. Así lo afirma CASTILLO TAMARIT, José: "Donaciones con reserva de la facultad de disponer, prohibiciones de disponer, gananciales y legítima" *A.D.C. T. XXXV, II*, abril-junio, 1982, pág. 356), para admitir la solución contraria —la validez de la reserva total— sobre la base que no falta en *animus donandi*, ya que se transmite la propiedad al donatario.

⁹³ Así, exactamente, lo afirma SCAEVOLA, *op. cit.*, X, pág. 837: *En el dominio de cualquier bien, mueble, raíz o semoviente, se contienen tres elementos jurídicos, a saber: la substancia, el goce o disfrute y el fruto. Cuando se descompone por disgregación el dominio v.gr. el usufructo, conserva el propietario la substancia dominical (mera propiedad) y el usufructuario adquiere, siquiera sea temporalmente, el disfrute o goce de la cosa, y, por tanto, la percepción y aprovechamiento de los frutos.*

⁹⁴ Cfr. SANTOS BRIZ, Jaime: *Derecho civil. Teoría y práctica*, IV, pág. 138: *la donación no produce sus efectos hasta que se extingue el poder dispositivo del donante que implica reserva del dominio de los bienes. En este caso el donatario no ostenta tampoco la calidad de usufructuaria.* Ya MANRESA (*ibidem*) había puntualizado que no existe donación inter vivos si no se entrega aquello donado al donatario, y es a tal caso, mortis causa si el donante muere sin haber dispuesto.

Algún autor plantea la posibilidad de identificar la propiedad con otra de sus facultades que resulta individualizadora, así PLANIOL (I, 219) la identifica con la

el artículo 639 Cc. no supera la honda contradicción entre donación y reserva de la facultad de disponer, porque niega que el efecto transmisivo de la propiedad se produzca en el momento de la aceptación⁹⁵.

Es preciso remodelar la facultad de disponer para dar respuesta a los interrogantes que la figura en estudio plantea: el efecto transisivo desvinculado de la facultad de disponer que ostenta el donante y el mecanismo que hace posible tal disposición en bienes ajenos; estos serán los temas a desarrollar en la segunda parte de este trabajo.

disposición material; o DOMINGO DE MORATÓ, Domingo Ramón: (*El derecho civil español con las correspondencias del romano tomadas de los códigos de Justiniano* T. I, Valladolid, 1868, pág. 267) opina que la única facultad esencial es la reivindicación, que la propiedad no comparte con ningún otro derecho real. Estas posturas, bien que superan la idea que la facultad de disponer sólo puede corresponder al propietario, caen en el mismo error de considerar que existe una facultad cualitativamente imprescindible. En el caso de PLANIOL el error es menos comprensible, toda vez que critica la definición dada por el Code en el artículo 544 de propiedad, porque esta constituye un poder unitario (*ibidem*).

95 TAPIA (*Febrero Novísimo, ó librería de jueces, Abogados, esribanos y médicos legistas, Refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada ... por*, Valencia, 1837, pág. 461), apunta la imposibilidad de que el donante imponga ciertas condiciones que impliquen disponer de aquello que se ha donado: [el donante] ... *no tiene arbitrio para sujetarla a ningún gravamen ni condición, pues ya transfirió su dominio al donatario, y de cosa agena nadie puede disponer de manera alguna sin anuencia de su dueño*. Así, aún antes del C.c., la idea de reservarse la facultad de disponer —aunque se entiende como poder de decisión sobre la cosa— es incompatible con la noción de dominio: sólo el dueño puede realizar actos dispositivos sobre la cosa.

—Capítulo 4—

FACULTAD DE DISPOSICIÓN
y
LEGITIMACIÓN PARA DISPONER

Planteamiento

La donación con reserva de la facultad de disponer recogida en el artículo 639 C.c. representa el triunfo de la autonomía de la voluntad en lo que respecta a la configuración del título de donación y permite en consecuencia un efecto dispositivo eventual, pero el análisis riguroso de la figura que en él se plantea precisa aún de la determinación de la facultad de disponer en las nuevas coordenadas que permitan, no sólo mantener que no existe oposición entre transmisión de la propiedad y reserva de la facultad de disposición, sino que también expliquen el mecanismo que permite a un no propietario —el donante—disponer de bienes ajenos.

1.—La facultad de disponer del titular del derecho

1.1.-Facultad y posibilidad de actuación dispositiva

La reformulación del concepto de facultad de disponer aparece inicialmente ligada al concepto de propiedad: hace falta llegar a la noción de dominio como poder único respecto del objeto presidido por la idea de señorío o de relación de

pertenencia¹. Ello implica abstracción e indefinición de facultades² y pasa a definir el concepto de propiedad por su esencia —situación jurídica de ventaja del sujeto frente al objeto— y no por su contenido: las posibilidades de actuación que el derecho de propiedad concede a su titular³.

¹ Esta noción es potenciada por los romanistas alemanes del siglo XIX que definen a la propiedad como el señorío más amplio que cabe sobre las cosas y contradiciendo explícitamente las definiciones basadas en la suma de facultades, cfr. THIBAUT, Anton *System des Pandekten-Rechts*, 7 ed., II, Jena, 1828, § 558, pág. 7 y 8; WINDSCHEID, Bernard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 9a ed. Frankfurt, 1906, T. I, § 167; WANGEROW, K.A. von, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Marburg-Leipzig, 1865, § 539; ARNDTS, Ludwig, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Stuttgart, 1872, § 130; DERNBURG, Arrigo, *Pandette*, II, *Diritti reali*, Torino, 1907, pág. 77; WOLFF, *Drecho de cosas*, III-1 en *Tratado de derecho civil por Enneccerus-Kipp-Wolff*, Barcelona, 1944, pág. 297.

En el mismo sentido: VAREILLES-SOMMIERES, marquis de ("La définition et la notion juridique de la propriété", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, IV, 1905, pág. 443 y 444); ZACARIAE VON LIGENTHAL (*Manuale del diritto civile francese*, rimangiato da Carlo CROME, trad. e note di Ludovico Barassi, T.I, Milano, 1907, pág. 448) pero en la doctrina francesa, que considera la posibilidad de reservarse la facultad de disponer como válida sólo en base al favor matrimonii, esta noción tiene poca importancia en el tema que nos ocupa. En la doctrina española, la acogida es patente a nivel de declaración de principios -Cfr. BORRELL Y SOLER, Antonio Ma, *El dominio según el Código civil*, pág. 27-, pero en cambio VISO, Salvador del (*Lecciones elementales de derecho civil*, T. II, Valencia, 1899, p.24) se pronuncia en contra.

² Esta es la idea que destaca KELLER (*Pandekten. Vorlesungen von...*, 2 ed. al cuidado de W. Lewis, I, Leipzig, 1866, § III, pág. 247) en su definición de propiedad como el más pleno y exclusivo derecho sobre una cosa. En la misma línea ARNDTS (*ibidem*) se refiere a la propiedad como el pleno señorío ("*vollkommener Herrschaft*") sobre una cosa en cuyo contenido se distinguen dos esferas: una positiva que se corresponde con la disponibilidad de la cosa, y otra negativa que apela a la noción de exclusividad en relación al sujeto.

³ Se utiliza el recurso de afirmar que la propiedad se define negativamente por aquello que el titular del derecho no puede hacer y, en consecuencia la expresión de las facultades

La consideración de la propiedad como un poder unitario en manos de su titular influye en la consideración de la facultad de disponer:

A un primer nivel, la señoría que comporta la propiedad pasa a medirse por el concepto de "disponibilidad de la cosa" que agrupa cualquier actividad jurídica respecto del objeto de propiedad, como heredera directa de la conocida definición Bartoliana a este respecto: *ius de re...perfecte disponendi*⁴. Este concepto amplísimo —que mezcla las categorías tradicionales de goce y disposición y que deja fuera de su círculo solamente los actos materiales que no tiene trascendencia

dominicales es inútil porque no puede ser exhaustiva: DERNBURG (*op. cit.*, pág. 78); WOLFF, (*op. cit.*, pág. 294 -igual criterio sostienen PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en las anotaciones a la traducción de esta obra, pág. 303)-.

Más contundente se muestra ARNDTS (*op. cit.*, pág. 198), que considera la indicación de las facultades inexacta, infructífera e insegura, porque no enseña el concepto que pretende definir ya que la noción de señorío que preside el derecho de propiedad no se ve disminuido por la falta de alguna de las facultades que normalmente ostenta el dueño. En esta línea, MANRESA NAVARRO, José María, (*Comentarios al Código civil español*, Sexta edición, corregida, aumentada y puesta al día por Pascual Marín Pérez. Madrid, 1951 III, pág. 90) que añade la idea que las facultades no son un *prius* sino un *posterior* en relación al derecho de propiedad, surgen de él, en nuestra opinión del poder del propietario en relación a la cosa que se demuestra como tendencialmente abstracto. Recientemente ZENATI, F. ("Pour une rénovation de la théorie de la propriété", *Revue trimestrielle de droit civil*, n.2, abril-junio 1993, pág. 314) ha retomado esta dualidad de elementos en la noción de propiedad asimilando señorío a disponibilidad de la cosa -en cuanto a posibilidad de realizar actos jurídicos- como ya se había destacado en este trabajo, pero lo que caracteriza a esta posibilidad es, sin duda, la exclusividad que frente al objeto representa el derecho de propiedad.

4 Así, LEHMANN, Hienrich (*Derecho civil. Parte General*, vol. 1, Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José Ma Navas. Madrid, 1956, pág. 126) justifica el señorío del propietario por la facultad que la norma le concede de disponer de la cosa a su libre albedrío.

jurídica⁵— se asimila con la libre actuación del propietario sobre la cosa que hace inútil inventariar los provechos que puede obtener de su situación jurídica⁶. Este sentido tan lato del concepto de disposición acaba relacionándose directamente con la autonomía de la voluntad en el sentido de poder de decisión total respecto de las relaciones jurídicas —de cualquier ámbito— que atañe al sujeto⁷. Este es el sentido con que se utiliza la expresión "poder de disposición" en la ley de Arbitraje —art. 2—1,b—⁸ que, precisamente, excluye de tal posibilidad de resolución de conflictos aquellas materias en las que su titular no tiene poder de decisión total, es decir, no sometidas a la autonomía de su voluntad, es por ello que no puede decidir someter a arbitraje las controversias que surjan sobre ellas.

5 La distinción entre estos dos tipos de actos ha sido puesta de manifiesto por INVREA, F. ("Possibilità giuridica e legittimazione", *Rivista di diritto processuale civile*, Padova 1939 (XVI), I, pág. 313, nota 1) que distingue entre *atto reale semplice* sin contenido jurídico y *atto reale significativo* que es aquél jurídicamente relevante.

6 Así lo expone claramente ZENATI (*op. loc. cit.*, pág. 317): *Disposer d'une chose, c'est en faire ce que l'on veut. C'est dans ce sens que l'on peut comprendre le droit de disposer qu'ont introduit les romanistes médiévaux et qu'ont explicité leurs successeurs à travers le tryptique des utilités de la propriété. Ainsi entendu, le pouvoir de disposer n'apporte rien de plus que le premier attribut de la propriété -la exclusividad-. Grâce à son monopole, le propriétaire peut faire de la chose ce que bon lui semble sans qu'il y ait le moindre intérêt à inventorier les avantages qu'il peut en retirer. Dans ce sens, le droit de disposer ne consitue qu'une explication du régime d'exclusivité.* Este concepto —prosigue el autor— se diferencia del sentido que la palabra disponer tiene en el Code, más técnico, que se identifica con actos de modificación o transmisión del derecho.

En el mismo sentido, NATOLI, Ugo, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I. Milano, Giuffrè, 1965, pág. 87.

7 Así, ROMANO, S. ("Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose", *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1955, pág. 1021 ss.) concibe el poder de disposición como "potere di ordinamento", es decir, poder de decisión total sobre la cosa.

8 Cfr. Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de Arbitraje (B.O.E. 293 de 7 de diciembre de 1988).

Este aspecto no puede ser analizado en este trabajo porque cae fuera de la disposición que atañe el artículo 639 C.c., analizado en sus características históricas. Si en otro momento se hizo mención de él⁹ fue porque su reserva impedía la transmisión de la propiedad de igual manera que la reserva estricta de la facultad de disposición. Ahora, su tratamiento no tiene sentido toda vez que el objetivo es demostrar que la reserva de la facultad de disponer no impide la transmisión de la propiedad, cosa que parece impensable respecto de la disponibilidad—señoría por implicar, aquí sí claramente, una contradicción formal, o en relación a la autonomía de la voluntad ya que el artículo en estudio es, precisamente, una muestra clara de esta posibilidad de decisión autónoma en la configuración del título.

En un segundo nivel, mucho más fructífero para nuestro análisis, la propiedad considerada como poder unitario convierte la facultad de disponer en uno de los contenidos posibles del derecho. Se individualiza porque se refiere únicamente a la realización de actos que puedan caracterizarse como jurídicos y por la necesaria producción de un resultado de modificación del derecho subjetivo¹⁰.

Por la importancia de la facultad de disponer así individualizada, en relación a la permanencia e integridad del derecho en manos de su titular, acaba calificándose como de "normal" en el sentido de que por regla general es una posibilidad de actuación que ostenta el propietario¹¹: La facultad de disponer continua siendo, si bien no el contenido determinante del derecho, una de las posibilidades de actuación que se confiere al propietario en base a su condición de tal.

9 Cfr. cap 2, epígrafe 4.

10 Cfr. ZENATI (*ibidem*).

11 Destaca esta expresión en VAREILLES-SOMMIERES (*op. loc. cit*, pág. 455); PLANIOL, en PLANIOL, Marcel- RIPERT, Georges, *Traité du droit civil*, III, *Les biens*, Paris, 1926, núm. 220, pág. 222; DE VISSCHER, Fernand de, ("Du 'Jus abutendi'", *Revue trimestrielle de droit civil*, XII, 1913, pág. 339). En nuestro país la utiliza SCAEVOLA (*Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial por...*, Madrid, 1896, VI, pág. 226) y, modernamente MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO, Luis (*Pago y transmisión de propiedad. (El artículo 1.160 del Código Civil)*, Madrid, 1.990, pág. 85).

En este momento podemos definir la facultad de disponer, siguiendo a Díez—Picazo¹², como la posibilidad abstracta de realizar actos que afecten a la substancia o la subsistencia del derecho¹³. La facultad de disponer es aquella posibilidad de realizar actos dispositivos genérica y abstracta que tiene el sujeto por el hecho de hallarse en una determinada situación jurídica¹⁴, corresponde, pues, al titular del derecho precisamente por esta relación de pertenencia y viene acotada por el título en virtud del cual se posee el derecho¹⁵. La facultad de disponer pasa a relacionarse directamente con la categoría del derecho subjetivo.

1.2.-Propiedad y facultad de disponer

Este planteamiento permite afirmar que es posible la transmisión de la propiedad —o de otro derecho— aunque exista reserva de la facultad de disponer

¹² Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, II, Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad- La posesión*, 2a ed., Barcelona, 1993, pág. 702.

¹³ Sobre la concreta noción de disposición en relación al artículo 639, véase cap 5.

¹⁴ Cfr. FERRARA, Francesco, *Tratatto de Diritto Civile, Vol.I, Dottrine generali, Parte I, Il diritto-I soggetti-Le cose*, Roma, 1921, pág.602 y ENNECCERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Hans Karl, *Derecho Civil (Parte General)*, en *Tratado de derecho civil por Enneccerus-Kipp-Wolff*, op. cit., T. I, Barcelona, 1953, pág. 280. En España CASTRO y BRAVO, Federico de, *Derecho civil de España. Parte general*, T.I, Libro Preliminar. Introducción al derecho civil. 3a Edición, Madrid, 1955 (Reedición, 1984), pág. 602.

¹⁵ Así lo destaca ESPIAU ESPIAU, Santiago *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, 1992, pág. 137: *La facultad de disposición es consustancial a la existencia de la titularidad del derecho sobre el que recae el negocio, de manera que dicha titularidad puede ser considerada como presupuesto de aquella: el titular de un derecho es -por serlo- titular de la facultad que permite disponer del mismo.*

toda vez que esta facultad no constituye su contenido determinante: la esencia de la propiedad reside en un poderío unitario del que es muestra, precisamente, la indefinición y abstracción de facultades que lo convierte en el derecho más pleno sobre las cosas. La premisa indicada no lleva, sin embargo, a los resultados esperados en cuanto al análisis del artículo 639 C.c. porque la desvinculación de la facultad de disponer del concepto de propiedad se realiza sólo en sentido negativo, no en el positivo.

Efectivamente, la reformulación del concepto de propiedad lleva a considerar como propietario quien, ostentando el señorío sobre la cosa, no puede disponer de ella por la existencia de limitaciones a tal facultad derivadas de una prohibición de disponer, por ejemplo¹⁶. Pero nunca llega a plantearse el aspecto positivo del tema: el caso de un derecho de propiedad en el que la facultad de disposición se atribuya, además del titular, a otro sujeto: en resumen, la posibilidad de disponer de bienes ajenos que sería el supuesto de hecho del artículo en estudio respecto de la facultad de disponer que ostenta el donante.

Así, se continua considerando que la donación con reserva de la facultad de disponer no conlleva transmisión de la propiedad porque no puede llamarse dueño a quien es titular de la propiedad sobre una cosa, pero un tercero puede disponer de ella a su antojo¹⁷. Es este el enfoque que se da a la figura en el proyecto de 1836

¹⁶ Así lo explica PUCHTA, Georg Friedrich (*Vorlesungen über das Heutige römische Recht*, I, Leipzig, 1852, págs. 288 y 289) que, tras la establecer que la facultad de disponer es uno de los posibles contenidos de la propiedad, se refiere a las limitaciones que tal contenido puede sufrir centrándose en las prohibiciones de disponer ya sean legales o voluntarias. De manera muy similar ARNDTS (*op.cit.*, págs. 200 y ss.), WINDSCHEID, (*op.cit.*, I, pág. 595 ss.), al tratar de limitaciones de la propiedad con carácter general. En el mismo sentido VAREILLES-SOMMIERES (*op. loc. cit.*, pág. 455) degrada la propiedad a incompleta si no contiene la facultad de disponer, ya que este derecho *...comprend ou tient àcomprendre le droit de propriété....*

¹⁷ Así, MANRESA considera que el dominio es un poder unitario, y, sin embargo, la reserva de la facultad de disponer acaba traducándose en un mero usufructo en relación al donatario porque le falta la facultad de disponer (*op. cit.*, III, pág. 190 y V, pág. 164 respectivamente). Más matizada es la opinión de SANCHEZ ROMAN que considerando el

—art. 1595—que, variando la redacción tradicional proveniente del precedente histórico francés, se limitaba a decir que la reserva de la facultad de disponer anulaba el efecto dispositivo aunque no se hubiese producido el acto de disposición¹⁸. Así se negaba la transmisión de la propiedad. El artículo obviaba el problema del destino de los bienes sobre los que recaía la reserva para centrarse en la ausencia de adquisición por parte del donatario.

poder -único- que se da al propietario, añade que se divide en dos grandes esferas: goze y disposición de las que sólo la primera es susceptible de pasar a un no propietario: consecuentemente, en el caso del artículo 639 el efecto transmisivo de la parte reservada sólo tiene lugar a la muerte del donante sin usar de la facultad reservada (Cfr. *Estudios de derecho civil...*, III, Madrid, 1900, pág. 200 y IV, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1900 III, pág. 706, respectivamente).

¹⁸ Proyecto de Código civil de 1836, art. 1595: En el caso de haberse reservado el donante la facultad de disponer de alguna de la cosas comprendidas en la donación, no adquirirá el donatario la propiedad de aquella, aunque el donante no haya dispuesto de la misma. Cfr. LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación española 4. Codificación civil (Genesis e historia del Código)* vol. II. Madrid 1970.

2.—*La posibilidad de realizar un negocio dispositivo concreto.*

2.1.—*El poder de disposición como requisito de eficacia de los negocios dispositivos.*

La idea que la facultad de disponer es común a todos los derechos, al menos a los patrimoniales, ayuda a considerar la disposición no sólo en su vertiente estática sino en la dinámica respecto de cada acto dispositivo en concreto y en función de su eficacia: es decir, desde el punto de vista dinámico del ejercicio¹⁹ y en estrecha relación con el concepto de negocio de disposición.

Consolidada la categoría de derecho subjetivo y su actuación mediante el negocio jurídico como expresión más clara de la autonomía de la voluntad, la disposición de los derechos no debía contemplarse como una mera posibilidad de actuación dependiente del contenido del derecho, sino en función del acto dispositivo en concreto. Así, se distingue en primer lugar entre acto dispositivo y obligacional en virtud de su resultado: mientras el acto obligacional se caracteriza por la creación de pasivo con respecto al patrimonio, el acto dispositivo comporta afectar a la subsistencia del derecho ya sea modificándolo o extinguiéndolo²⁰.

¹⁹ Esta es la terminología utilizada por WINDSCHEID (*op. cit.*, I, pág. 416) y que recoge BETTI, E. (*Teoria generale del negozio giuridico. Trattato di diritto civile italiano...* di Filippo Vassalli. Volume quindicesimo, tomo secondo.. Torino, 1950, pág. 21). Ultimamente, en nuestro país LACRUZ, en LACRUZ BERDEJO, J.L. - LUNA SERRANO, A. - RIVERO HERNANDEZ, F., *Elementos de derecho civil*, I, *Parte General del Derecho Civil*, Volumen tercero, *El derecho subjetivo*, Barcelona, 1984, pág. 97.

²⁰ Cfr. LEHMANN, (*op. cit.*, I, pág. 164 ss). Sobre este tema vide supra cap. 5 epígrafe 4.

Desde este punto de vista, en relación a los negocios dispositivos, debe indagarse quien es el sujeto que puede realizar al disposición eficazmente, posibilidad concreta que se identifica con un poder jurídico, el de disposición —*Verfügungsmacht*—.

Es Von Thur²¹ quien formula con claridad el concepto de poder de disposición: Destaca la idea que al lado de la capacidad para disponer, como aptitud del sujeto para disponer de sus bienes que suele ser la más rígida en atención a la importancia patrimonial de este tipo de actos, se presenta un nuevo requisito: el poder de disposición. En oposición a la capacidad, no es una cualidad del sujeto, sino un poder jurídico que permite el ejercicio de la disposición²², y puede definirse como la relación entre sujeto y objeto de derecho que hace posible la disposición de éste²³.

²¹ VON TUHR, Andreas von, *Der Allgemeinen Teil des Deutschen Bürgerlichen Recht*. Zweiter Band. Erste Hälfte, en *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, herausgegeben von Dr. Karl Binding. Zenhte Abteilung Das Deutsche Bürgerliche Recht. Erster Teil. Zweiter Band, München & Leipzig, 1914, pág. 365.

²² Sin embargo, la distinción entre ambos requisitos del negocio jurídico dispositivo a veces no aparece con claridad. Así, COSACK, Konrad (*Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Erster Band, *Die Allgemeinen Lehren und das Recht des Forderungen*, 6a ed., Jena, 1913, § 48, pág. 181 y 182) perfila el poder de disposición como verdadero poder de derecho y no como cualidad personal, que actua como requisito de eficacia de la declaración de voluntad, pero acaba relacionándolo directamente con otro requisito: la capacidad de negocial. Queda pues enturbiada al distinción entre capacidad y poder de derecho que da eficacia a la disposición. En términos parecidos se expresa HELLWIG, K., *Anspruch und Klagerecht, Beiträge zum Bürgerlichen und zum Prozesrecht*, Jena, 1900, pág. 208).

²³ Recogen este mismo concepto BEKKER, E. I. (*System des heutigen Pandektenrecht*, 1, reimpression de la de Weimar, 1886, Weimar, 1979, § 91, pág. 51); ENNECCERUS-NIPPERDEY (*op. cit.*, I-2 (2) (1981), pág. 50 y ss.) y LEHMANN (*op. cit.*, I, § 15, pág. 166 y 269), criterio que recogen también sus anotadores (pág. 60) respecto del derecho español.

Este poder no es, pues, un requisito subjetivo, pero atañe al sujeto en cuanto se refiere a su relación con el derecho del que se dispone y que el ordenamiento considera como apta para realizar una disposición eficaz. Así, Lehman²⁴ afirma que, siendo la disposición el ejercicio intrínseco del derecho, supone el correspondiente poder jurídico, luego sólo puede realizar el acto de ejercicio del derecho quien ostente el determinado poder.

2.1.-La titularidad del poder de disposición.

2.2.1.-Propietario y titular.

Definido el poder de disposición con la relación entre objeto y sujeto del negocio dispositivo es obligado precisar el contenido de la relación, para saber a quien corresponde dicho poder.

El sujeto del acto dispositivo no se identifica necesariamente con propietario de la cosa precisamente porque el objeto del acto de disposición no es la cosa, sino el derecho que recae sobre ella²⁵. En efecto, sólo los derechos y las relaciones jurídicas pueden ser objeto de un acto de disposición ya que tales actos se dirigen a modificar

En el mismo sentido CARIOTA-FERRARA, Luigi, *I negozi sul patrimonio altrui con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, 1936, pág. 37.

²⁴ Cfr. LEHMANN, *op. cit.*, I, pág. 166.

²⁵ Sobre la relación entre estos dos conceptos: objeto del acto de disposición y constatación de la cesibilidad general de los derechos, cfr. PLANIOL (*op. cit.*, I, págs. 217 a 221) y VAREILLES-SOMMIERES (*op. loc. cit.*, págs. 453 a 455) que sostiene el mismo enfoque, aunque con signo diverso.

la subsistencia o substancia de un derecho, luego actúan directamente sobre él y no sobre el objeto —material o inmaterial— sobre el que éste actúa²⁶.

Es así que Larenz distingue entre objetos de derecho de primer orden —cosa, en sentido vulgar— y de segundo orden, refiriéndose aquí a los derechos subjetivos²⁷. Así, el propietario de una cosa tiene poder de disposición sobre ella porque, siendo la propiedad el señorío más pleno sobre un objeto, concede a su titular la posibilidad de alterar el derecho subjetivo que él tiene sobre la cosa. De forma paralela, actuarán los demás titulares de derechos subjetivos en relación a ellos. Así lo dispone el artículo 498 C.c. en relación al derecho de usufructo, o los artículos 1526 y ss C.c. en relación a la transmisión de créditos. En palabras de Fernández de Villavicencio, la propiedad se predica no sólo de las cosas, sino de cualquier derecho²⁸.

Esta visión introduce un cambio importante de perspectiva en lo que se refiere a la facultad de disponer porque lleva tal concepto de la noción de propiedad como derecho subjetivo más pleno a la más amplia de "titularidad" como posibilidad de actuar sobre cualquier derecho que es propio del sujeto²⁹, es por ello que la posibilidad concreta de realizar un acto dispositivo se relaciona inicialmente con la

²⁶ VON TUHR (*Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Traducción directa del alemán... por Tito Ravà, Vol. I, *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, Buenos Aires, 1946, § 18, pág. 393 y § 54, pág. 268); LARENZ, Karl (*Derecho civil. Parte General*. Traducción y notas de Miquel Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid, 1978, págs. 396-397); PLANIOL (*op. cit.*, I, pág. 219); DE VISSCHER (*op. loc. cit.*, pág. 239). En contra se pronuncia VAREILLES-SOMMIERES (*op. loc. cit.*, págs. 451 a 454) negando, en realidad, la diferencia intelectual entre objeto del derecho y derecho subjetivo con el argumento de que cualquier acto dispositivo lo es de la cosa y su incapacidad de ir más allá de la propiedad de una cosa a la titularidad de un derecho.

²⁷ Cfr. LARENZ, *ibidem*.

²⁸ Cfr. FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco, "La facultad de disposición", *Anuario de Derecho Civil*, T.III, Fasc. IV, Octubre-diciembre 1950, pág. 1046.

²⁹ Así lo afirma claramente WINDSCHEID, *op. cit.*, I, pág. 615.

mera noción de titularidad, antes de llegar al concepto predefinido de poder de disposición que corresponde, pues, al titular del derecho precisamente por esta relación de pertenencia³⁰.

2.2.2.-Titular del derecho y titular del poder de disposición

Pero la innovación del poder de disposición radica especialmente en su independencia de la noción de titularidad del derecho: la relación necesaria e imprescindible entre sujeto y objeto del acto dispositivo que constituye su requisito de eficacia no implica relación de titularidad —o de propiedad, en sentido más restringido—. Así, pues, esta categoría da entrada a la disposición de un no titular que, en virtud de su concreta relación con el objeto del acto, posee también un poder de disposición, ampliando notablemente los sujetos habilitados para realizar los actos dispositivos.

Efectivamente, existen situaciones jurídicas que, al margen de la titularidad del concreto derecho subjetivo sometido a disposición, conceden al tercero este mismo poder. Windscheid hace derivar el poder de disposición de un no titular de la autorización ya sea voluntaria —representación— o legal —acreedor pignoraticio—, en cuanto a declaración expresa que otorga eficacia al acto del no titular³¹. Pero pronto la sistemática obliga a distinguir entre los no titulares que actúan en virtud de un derecho propio —acreedor pignoraticio y marido respecto de los bienes de la mujer, por ejemplo— y los que actúan en nombre ajeno —representación voluntaria— Von Thur atribuye a los primeros un auténtico poder de disposición —*Verfügungsmacht*—, mientras a los segundos la posibilidad

³⁰ Cfr. HEDEMANN, *Tratado de derecho Civil*, II, versión española y notas de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez, Madrid, 1955, p. 142.

³¹ WINDSCHEID (*op. cit.*, I, pág. 615 y ss.). En el mismo sentido, PUCHTA (*op. cit.*, I, § 241, pág. 218) se había limitado a enumerar tres casos en los que se daba la disposición de un no titular y que corresponde: representación voluntaria, representación legal y acreedor pignoraticio.

de disponer los bienes viene a través de poder de representación que ostenta carácter más general³² y que incluye la posibilidad de realizar actos dispositivos confirmando para ello el correspondiente poder de disposición.

Sin embargo, parece necesario unir a esta clasificación el caso general de la autorización para disponer regulada en el § 185 BGB³³ en la que el no titular deriva su poder de disposición de la autorización del titular. Es una categoría independiente porque el no titular actúa en nombre propio, por lo que se diferencia de la representación, pero la autorización es revocable por lo que se separa de la disposición en base a un derecho propio³⁴.

En definitiva, la relación del sujeto con el objeto que representa el poder de disposición varía desde un derecho del sujeto no titular al consentimiento del titular que reviste el acto de eficacia³⁵. En el primer caso, el derecho significa bien

32 VON TUHR (*op. cit.*, II-1, pág. 269). En el mismo sentido, BRINZ, Alois (*Lehrbuch des Pandekten*, I, 2a ed., Erlangen, 1873, pág. 241) aunque sin realizar distinciones terminológicas.

33 Cfr. BEKKER (*op. cit.*, I, § 91, pág. 52); COSACK (*op. cit.*, I, págs. 181 a 183); ENNECCERUS-NIPPERDEY (*op. cit.*, I, 2-1 (1981), pág. 51). KELLER (*op. cit.*, I, § 125, pág. 282) por su parte, distingue entre el caso del representante y el autorizado para disponer, pero no menciona la posibilidad de disponer de derechos ajenos en base a un derecho propio. Suele compararse el § 185 BGB con las disposiciones de los artículos 1259 y 1717 C.c, el primero porque concede la posibilidad de "contratar", en el sentido amplio que comprenda cualquier tipo de negocio jurídico, con autorización del titular el segundo porque permite que el mandatario actúa ante terceros en nombre propio, que sería el segundo de los elementos destacados de la autorización. Cfr. PÉREZ GONZALEZ y ALGUER en Anotaciones a ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, I, 1-2, (1981), pág. 69.

34 Cfr. COSACK, *ibidem*.

35 En este sentido LEHMANN (*op. cit.*, I, págs. 166-167) diferencia dos supuestos en relación a la disposición de un no titular: poder derivado del contenido de un derecho propio o fundado en un consentimiento negocial ajeno que incluye la representación y la autorización.

relación de titularidad con el objeto del acto dispositivo, bien titularidad de un derecho en cuyo contenido se halla la posibilidad de disponer de un derecho ajeno. La funcionalidad de este análisis se encuentra en la generalización del requisito del poder de disposición a cualquier negocio jurídico dispositivo para que pueda lógicamente erigirse en requisito de eficacia de tales negocios.

2.3.-Facultad de disponer y poder de disposición.

Así, poder de disposición y facultad de disponer se refieren a una misma realidad³⁶: la posibilidad de realizar negocios dispositivos con eficacia jurídica.

La facultad contempla un punto de vista más romanista, en función del ámbito de actuación lícita que el derecho subjetivo concede a su titular; el poder de disposición individualiza la concreta relación entre sujeto y objeto que permite el acto dispositivo y ambas nociones coinciden en el caso del titular³⁷. Si es un no titular, la mecánica propia de un negocio dispositivo exige el correspondiente poder jurídico de disposición que genera en él la posibilidad de disponer.

³⁶ Así los asimilan terminológicamente, COSACK (*op. cit.*, § 58, pág. 181); ENNECCERUS-NIPPERDEY (*op. cit.*, I 1-2 (1981), pág. 51); LEHMANN (*op. cit.*, I, § 15, pág. 166); MESSINEO, Francesco (*Dottrina generale del contratto* (arts. 1321-149 Cod. Civ.), Terza edizione ampliata e in parte rifatta, Milano, 1948, pág. 54).

³⁷ Así, VON TUHR (*op. cit.*, II-1, pág. 365) asimila poder de disposición como requisito de eficacia y facultad de disponer como contenido del derecho.

3.—*La facultad de disponer como contenido del derecho subjetivo.*

Es precisamente la disociación entre propiedad y facultad de disponer tanto desde el punto de vista negativo: existencia de titulares que no pueden disponer de su derecho, como —especialmente— los casos en que dispone un no titular, lo que lleva a cuestionar si la facultad de disponer se halla dentro del derecho subjetivo, en contra de la doctrina clásica al respecto³⁸.

3.1.—*El poder de disposición como poder externo al derecho.*

Es Thon³⁹ el primero en afirmar que la facultad de disponer no se halla dentro del contenido del derecho, sino que es externa a él. Para ello acude al luego tan manido ejemplo de la piedra y la fuerza que la lanza para afirmar que la ésta no puede estar en el interior del objeto lanzado, luego el derecho —objeto del acto dispositivo— no puede contener en su interior la fuerza que permite la transmisión. Utiliza en su argumentación dos datos:

En primer lugar, la existencia de situaciones en las cuales se disocian titularidad del derecho y de la facultad de disponer, ejemplo claro de que son independientes entre sí. Así, tal facultad viene negada al titular del derecho

³⁸ Cfr. PUCHTA (*op. cit.*, I, 144, pág. 287); WINDSCHEID (*op. cit.*, I, pág. 591); VON TUHR (*op. cit.*, I, págs. 62, 201 a 207; y II-1, pág. 365); ENNECCERUS-NIPPERDEY (*op. cit.*, I-2,1, pág. 60) Y LEHMANN (*op. cit.*, I, pág. 129).

³⁹ THON, A. *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto.*, trad. de E. Lévi, Padova, 1951, pág. 317 y ss.

(pródigo) o corresponde a otro sujeto (tutor), o el acto dispositivo se realiza por un no titular (adquirente de buena fe). Este razonamiento no tiene en cuenta que ya sus antecesores habían destacado el carácter de normal de la facultad de disposición y no su imprescindibilidad y que la versatilidad del poder de disposición había llegado ya a individualizar la disposición de un no titular, y en último lugar, que, a veces, la ley recurre a la producción del efecto dispositivo aún si el negocio que debía generarlo no cumple los requisitos normalmente requeridos.

El segundo argumento se refiere a la posibilidad de disponer de todo el patrimonio que demostraría la necesidad de que el poder se halle en el sujeto y no en los derechos transmitidos. Con todo —y sin entrar a discutir este punto—, no puede negarse que la transmisión de un patrimonio entero se realiza por la actuación conjunta de la facultades de disposición provenientes del conjunto de derechos transmisibles.

En realidad, la construcción de Thon es deudora de su concepción del derecho subjetivo como pretensión —*Aussicht*— que simplemente genera una expectativa de tutela del ordenamiento jurídico para preservar su ejercicio⁴⁰. En estas coordenadas, el goce del objeto del derecho pasa a ser no el contenido, sino el fin del derecho subjetivo⁴¹, mientras la facultad de disponer es un *posse* —*rechtliches Könnens*— que otorga a su titular la posibilidad de actuar⁴².

Sin embargo, la idea de independizar el poder de disposición del contenido del derecho no lleva a Thon a proclamar que se trata de un derecho potestativo: su

⁴⁰ Sobre esta concepción imperativista del derecho que pretende superar la concepción del derecho subjetivo como voluntad de Windscheid y la del interés de Ihering puede verse, por todos, COMPARTI, Marco, "Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo", *Rivista di Diritto Civile*, XVI, I, Milano, 1970, pág. 439 y ss.

⁴¹ Así lo afirma él mismo: THON (*op. cit.*, pág. 317).

⁴² Por ello, CASTÁN TOBENAS, José ("Situaciones jurídicas subjetivas", en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 1963 (septiembre), pág. 199-200) afirma que las teorías normativistas y potencian el sentido objetivo del derecho dejando al derecho subjetivo prácticamente vacío de contenido.

concepción normativista niega a la facultad de disponer su carácter de derecho subjetivo porque le falta el elemento coactivo, es una pretensión sin tutela posible⁴³, se trata de una facultad entendida como posibilidad de actuación concedida al sujeto y a la que el ordenamiento une una cierta eficacia jurídica⁴⁴.

Al contrario, Lehmann⁴⁵, que considera la facultad de disponer como dentro del derecho subjetivo, la califica de derecho potestativo ya que permite a su titular que intervenga en una relación jurídica previa para producir su modificación en cuanto produce la extinción del derecho subjetivo: se trata pues, de un derecho de formación jurídica secundaria o dependiente en cuanto sigue las vicisitudes de la situación principal: la propiedad, que es un derecho de señorío. Es así que ambas categorías no se corresponden como no podía ser de otra manera ya que el concepto de derecho potestativo o de formación traslada al campo de los derechos de formación cuyo concepto arranca de la consideración del derecho subjetivo como señorío de la voluntad y que ve en cada manifestación de aquélla un verdadero derecho subjetivo, y, por ello, en el extremo opuesto a las teorías normativistas⁴⁶. Sin embargo esta misma tesis ha sido defendida más recientemente por

⁴³ Cfr. THON, (*op. cit.*, pág. 327 y ss).

⁴⁴ Cfr. THON (*op. cit.*, pág. 327 y ss). En la misma línea KOHLER (*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Berlin, 1904, pág. 151 y 156) destaca el carácter autónomo de la facultad de disponer respecto del derecho que califica como facultad y no como derecho subjetivo en tanto que posibilidad de hacer una actividad con resultado jurídico.

⁴⁵ Cfr. LEHMANN, *op. cit.*, I, pág. 129.

⁴⁶ Con todo, el poder de disposición no suele incluirse dentro de este tipo de derechos ni aún entre los defensores de esta Categoría: Así, ENNECCERUS-NIPPERDEY (*op. cit.*, I-1,2 (1981) pág. 60 y VON TUHR (*op. cit.*, I-1, pág. 206 y 207). Se entiende que si el poder de disposición se integra en el contenido de cada derecho subjetivo, no existe como entidad autónoma para su titular y no puede ser un derecho de formación jurídica pues actúa como emanación de un derecho de señorío y sin autonomía. Sobre la noción de derecho potestativo, vide supra, cap. 6, epígrafe 4.

Gorla⁴⁷ como respuesta a la caracterización de la facultad de disponer como externa al derecho subjetivo objeto de la disposición.

En cualquier caso, la idea de Thon hace fortuna entre la doctrina jurídica⁴⁸ y genera el debate en torno a la ubicación de la facultad de disponer; especialmente entre los seguidores de sus tesis, se multiplican los intentos de definir en que consista tal poder autónomo.

3.2.-Ubicación de la facultad de disposición en cuanto poder autónomo.

3.2.1.-Facultad de disponer y capacidad

Así, considerada la facultad de disponer como independiente del derecho subjetivo siguiendo las argumentaciones de Thon, Chiovenda⁴⁹ la reconduce a la

47 GORLA, Gino (*La compravendita e la permuta, en Trattato di diritto civile italiano redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di Filippo Vassalli*, Vol. VII. Torino, 1937, pág. 20 y ss.) configura la facultad de disponer como derecho potestativo, pero reconduciendo la posición jurídica que debe ostentar el disponente frente a los bienes a la legitimación para disponer.

48 Entre otros, cuyas aportaciones a continuación detallaremos, PLANIOL (*op. cit.*, I, pág. 756); DE WISSCHER (*op. loc. cit.*, pág. 339) y FINZI, Enrico (*I possesso dei diritti*, Milano, 1968 pág. 204)

49 Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe, "Sulla natura dell'espropriazione forzata", *Rivista di diritto processuale civile*, 1926 (III), I, págs. 85 a 87; y *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I concetti fondamentali. le dottrine dell'azioni*. Ristampa anastatica della 2 ed., Napoles, 1960, págs. 253 a 257.

capacidad de obrar: al no estar la facultad de disponer en el derecho subjetivo debe reconducirse necesariamente al sujeto y, siendo así, se relaciona con cada uno de los derechos subjetivos de su titular dando lugar a otras tantas facultades concretas de disponer que conviven de forma independiente del derecho sobre el que actúan. Debe entenderse, pues, que se refiere a la capacidad de obrar como cualidad subjetiva que señala la aptitud para realizar un acto jurídico en concreto: la disposición de cada uno de los derechos.

Este análisis es recogido también por Barassi⁵⁰ para quien la facultad de disponer es una emanación de la capacidad de obrar dada al titular del derecho por el hecho de serlo y que amplía su facultad de actuar sobre él.

Sin embargo, aún admitiendo que el poder de disposición es extraño al concepto de derecho subjetivo, no puede reconducirse a la capacidad porque, como señala Cariota—Ferrara, existe casos en los que el incapaz, pese a serlo, tiene poder de disposición precisamente porque posee aquella relación necesaria con el objeto del

La evidencia de que la facultad de disponer no se halla dentro del derecho subjetivo se deduce de tres hechos: la propia facultad de disponer puede ser objeto de actos jurídicos cuando se conviene una prohibición contractual de disponer, o se concede a favor de alguien un derecho de prelación en caso de la venta de un objeto, de forma que se cede o condiciona el ejercicio de tal facultad. En segundo lugar, se destacan los casos en los que puede disponer de un derecho quien no es su titular, correspondiéndole a él la facultad de disponer. El tercer argumento, base de la construcción que se realiza de la facultad de disponer, es la existencia de casos en los que se priva al titular del derecho de la posibilidad de usar de su facultad dispositiva y otra persona es la habilitada para disponer de él, con lo que el tercer adquirente sabe que no es titular del derecho quien dispone; ello da lugar a lo que el autor denomina "expropiación de la facultad de disposición" y que sólo conviene al supuesto de la ejecución forzosa, en la que se da al Estado la posibilidad de ejercitar la facultad de disponer del deudor.

Este enfoque, por el resultado obtenido, es calificado por AGUILERA DE LA SIERRA, como de funcional pues sólo se dirige a solucionar el caso concreto sometido a análisis.

⁵⁰ Cfr. BARASSI, Lodovico, *La proprietà nel nuovo codice civile*. Milano, 1941, págs. 9-10.

acto dispositivo⁵¹, siguiendo el planteamiento ya expuesto de separar dos requisitos para la eficacia del negocio dispositivo: capacidad y poder de disposición.

Estas teorías plantean, sin embargo, la relación del sujeto con cada posibilidad de disponer de un derecho, que se califica de facultad de disponer. Ello no obstante, y siguiendo a De Castro⁵², debe distinguirse claramente la capacidad de obrar de la facultad en cuanto posibilidad abstracta de realizar un acto jurídico por hallarse el sujeto en una determinada situación jurídica: aquélla actúa como presupuesto de ésta que conforma un ámbito de actuación lícita y discrecional⁵³: sólo un uso no estricto del término facultad puede relacionarla con la idea de capacidad. En definitiva, como afirma Díez—Picazo⁵⁴, la facultad de disponer se halla al margen de la aptitud general de un sujeto para realizar un negocio jurídico concreto.

⁵¹ Cfr. CARIOTA-FERRARA, L. *I negozi...*, *op. cit.*, pág. 36.

⁵² CASTRO y BRAVO, Federico de, (*Derecho civil de España. Parte general. T.I, Libro Preliminar. Introducción al derecho civil.* 3ª Edición. Madrid, Civitas, 1955 (Reedición, 1984), pág. 602):

Es prácticamente imposible hacer una clasificación de las facultades por su contenido, ya que se refieren a las más diversas formas de actividad social; en cambio, por su origen técnico, pueden distinguirse estos tipos como principales: a) Facultades nacidas directamente de la condición jurídica de la persona b) Facultades que forman parte del contenido general de la relación jurídica (Nota 5: Debe no confundirse con la capacidad y la titularidad a las facultades que cada situación produce, aquéllas son el presupuesto que condiciona a las distintas posibilidades concretas) c) Facultades que forman el contenido de un derecho subjetivo.

⁵³ El mismo argumento utiliza FERRARA SANTAMARIA, Massimo, *Il potere di disposizione*, Napoli, 1937, págs. 4-5) para afirmar que el poder de disposición no es un problema de capacidad, sino que es un derecho de la personalidad. Véase más adelante.

⁵⁴ Cfr. Díez-PICAZO, L. *Fundamentos...*, *op. cit.*, II, pág. 711.

Ferrara⁵⁵, al contrario, considera que el poder autónomo y externo al derecho que es la facultad de disponer se relaciona con la capacidad jurídica ya que es la capacidad que tiene el sujeto de poner en marcha las condiciones establecidas legalmente para llegar a transmitir un derecho: se trata de posibilidades de actuación dispositiva que dependen directamente de la capacidad jurídica. De manera similar Carraro⁵⁶ considera que, dado un objeto disponible⁵⁷, la aptitud subjetiva de quien realiza el acto dispositivo debe relacionarse necesariamente con la capacidad jurídica de lo que se desprende que no existe un efectivo poder de disposición.

La crítica es evidente porque la capacidad jurídica es la aptitud general para ser titular de derechos y obligaciones y depende directamente de la personalidad y no llega a relacionarse nunca con un concreto acto de disposición. Además Ferrara, en última instancia, afirma —para referirse, aquí sí, al acto concreto— que tal capacidad depende de que el sujeto tenga una determinada relación con la cosa objeto de la disposición concepto individualizado ya antes como poder de disposición como ulterior requisito del negocio jurídico al lado, de la capacidad de obrar⁵⁸. Es

55 FERRARA (*Trattato...*, *op. cit.*, pág. 327; y "I negozi sul patrimonio altrui (a propósito di una recente pubblicazione)", en *Rivista del Diritto Commerciale*, XXXV (1937), I, pág. 179 ss)

Siguiendo a Thon considera que el derecho subjetivo es una facultad de pretensión actual o eventual por lo que la facultad de gozar no se halla en su interior, como tampoco la de disponer que necesariamente debe ser una fuerza externa. Sobre la facultad de disponer como emanación de la capacidad.

56 Cfr. CARRARO, Luigi, "Contributo alla dottrina dell'autorizzazione", *Rivista di procedura civile*, 1947, I, pág. 309 y ss.

57 Sobre la importancia de este requisito, vide supra, en este mismo capítulo, epígrafe 4.2.

58 FERRARA (*Trattato...*, *op. cit.*, pág. 339); *tali potere non possono logicamente rientrare nel contenuto dei diritti stessi d'alienari o de distruggere, ma d'altro lato non possono elevarsi a diritti autonomi, ma sono delle semplice possibilità di attuazione de conseguenze giuridiche, manifestazione della capacità giuridica. Certo, in quest'ultimi fenomeni non*

por ello que Carraro opina⁵⁹ que la aptitud para disponer —calificada como capacidad jurídica— se hace operante sólo cuando el sujeto es titular del derecho.

3.2.2.- *Facultad de disponer y derecho de la personalidad*

Menos aceptables parecen aún las tesis de quienes asimilan la posibilidad de disponer a un derecho de la personalidad.

Así Cicala distingue una facultad abstracta y una concreta de disponer: la primera forma parte del derecho de determinar libremente la voluntad respecto del destino económico de los bienes desapareciendo el antiguo titular de la relación con la cosa y haciendo subentrar a un tercero en la misma posición jurídica: se trata del derecho del individuo de modificar los elementos del supuesto de hecho de las relaciones jurídicas de las que forma parte para crear nuevas relaciones y aún nuevos derechos subjetivos⁶⁰. La facultad concreta de disponer, como aptitud para realizar el acto determinado, puede no corresponder al titular del derecho —así al menor o incapaz—, y tiene que ser suplida por un tercero —representante— que ejercita el derecho de otro sujeto.

Ferrara—Santamaría⁶¹ abunda en la idea de la facultad abstracta: la facultad de disponer es la expresión de la señoría del sujeto sobre las cosas y sobre él mismo, sin que llegue a confundirse ni con la personalidad ni con la capacidad jurídica que son los presupuestos de aquélla, de forma que se trata del medio para ejercitar al autonomía individual dentro de los límites de la sociabilidad. Por su inherencia a la persona se relación con su desarrollo y se trata de un derecho de la personalidad.

si tratta d'una manifestazione generale della capacità, ma la possibilità viene condizionata o ristretta alle persone che si trovano in una certa situazione nel rapporto.

⁵⁹ Cfr. CARRARO, *Ibidem*.

⁶⁰ Cfr. CICALA, Francesco Bernardino, *Il rapporto giuridico*, Milano, 1959, págs. 525 a 527.

⁶¹ Cfr. FERRARA SANTAMARÍA, Massimo. *op. cit.*, págs. 4-5 y 23 y ss.

Frente a estas concepciones, cabe oponer que no puede concebirse un derecho de la personalidad que pueda llegar a ser tan restringido como a veces ocurre con la facultad de disponer, y que incluso puede llegar a desaparecer para su titular⁶². Es así que la llamada facultad concreta de Cicala pasa a ser una entidad diferente de la denominada facultad abstracta y por ello corresponde a otro sujeto.

3.2.3.-Facultad de disponer como poder autónomo

En una dirección más técnica se hallan quienes reconducen la facultad de disponer simplemente a la categoría de los poderes jurídicos en general:

Así Cariota—Ferrara, en lógica consecuencia con su idea del poder de disposición como relación sujeto—objeto que los distingue de la capacidad de obrar— lo califica simplemente como "poder jurídico" —en contra de la simple posibilidad de hecho— que surge de la pertenencia del patrimonio sobre el que se cumple el negocio dispositivo al sujeto que lo realiza⁶³. Debe considerarse, pues, como un poder unitario que abarca todos los derechos que se encierran en el patrimonio del sujeto que se confunde, si no se identifica, simplemente con la noción de pertenencia.

De este modo, el autor traslada el problema de la disposición de un no titular a su conocida teoría de la "relevancia excepcional"⁶⁴ de los actos dispositivos de

⁶² Cfr. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 710 y ss.

⁶³ Cfr. CARIOTA-FERRARA, *I negozi...**op.cit.*, págs. 37-38.

⁶⁴ El autor trata del problema del poder de disposición en un intento de crear una teoría acerca de eficacia de los negocios en patrimonio ajeno, entendiendo por tales aquellos en los que no existe identidad entre el sujeto que realiza el acto y el titular del patrimonio al que van a parar los efectos de aquel acto.(Cfr. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui...*, *op. cit.*, págs. 1 a 6).

La regla normal respecto a los negocios en patrimonio ajeno es la irrelevancia respecto del titular de aquel como consecuencia de la regla "res inter alios acta" o de su especificación en el campo de los negocios de disposición "nemo plus iuris...". Sin embargo, tales negocios

quien no es dueño del patrimonio. Tal supuesto —la relevancia— se da, precisamente, cuando el tercero tiene, o bien la facultad de disponer o bien un poder de disposición. La facultad da simplemente al negocio la calidad de lícito y comporta siempre el correlativo poder que produce la relevancia del negocio respecto de su titular. Así, tal efecto descansa siempre en que el tercero goza de un poder idéntico al del titular que hace eficaz la disposición, ya tenga o no la correspondiente facultad.

En este punto, es necesario destacar que quiebra la idea antes dada de poder de disposición que resulta extremadamente inconcreto pues o es la pertenencia del objeto del negocio a su titular o es cualquier situación que comporte un poder de disposición con correlativa facultad —como el caso del acreedor pignoraticio—, o sin ella —como en el negocio dispositivo realizado por un heredero aparente⁶⁵—:

pueden ser relevantes por excepción ya sea en virtud de la voluntad del titular del patrimonio, o por efecto de la ley; y ya sea de forma inmedita o sucesiva. Además el autor distingue entre eficacia interna y externa que aparecen desligadas en el negocio obligatorio, pero dependientes en el dispositivo. (págs. 7 a 26) y centrándose en los negocios de disposición afirma la necesidad que quien disponga, aunque no sea titular, posea el poder de disposición o una facultad para disponer (pág. 37).

Tanto el punto de partida -la excepcionalidad de la relevancia del negocio de tercero- como la heterogeneidad de los supuestos de hecho que conformarían esta categoría se ha pronunciado FERRARA (en *Rivista di diritto commerciale*, 1937 (XXXV), I, pág. 179 a 204). El desarrollo del presente trabajo no permite entrar en el análisis concreto de todos los puntos, basta con apuntar que la generalidad del enfoque diluye el tratamiento propio respecto del poder de disposición como requisito del acto dispositivo. Efectivamente, se trata de un tema donde la disposición de un no titular no es infrecuente, con lo que la relevancia adopta funciones de regla general: referirse a la pertenencia como único dato para individualizar el poder de disposición ofrece un punto de vista demasiado parcial.

⁶⁵ Cfr. CARIOTA-FERRARA (*op. cit.*, pág. 43 y ss.) la distinción entre que el tercero tenga facultad o poder de disposición implica que si existe facultad, esta encierra el poder porque el sujeto "tiene derecho" a realizar el acto dispositivo; si sólo existe poder, estamos ante el caso de la atribución a un negocio de eficacia dispositiva, a pesar de que falte en él el requisito del

el poder jurídico que permite disponer de un derecho deviene obsoleto por su generalidad y enlaza, en realidad con la teoría de la legitimación aparente para disponer⁶⁶.

De forma más clara, Giordano⁶⁷ considera que el poder de disposición es un poder jurídico en sentido estricto —porque no siempre existe en su ejercicio un interés propio—que, teniendo como presupuesto la capacidad jurídica del sujeto, lo habilita para realizar un determinado acto dispositivo. De forma bastante similar Fernández de Villavicencio lo califica como un poder accesorio al derecho subjetivo que acompaña a una determinada situación jurídica y determina una posibilidad de actuar. En este caso es la facultad de disponer de un derecho del que se es titular o respecto al cual se ostenta tal facultad. Una vez realizado el acto dispositivo la facultad permanece en su titular, aún sin posibilidad de actuarla, con lo que se convierte en un reflejo de la libertad de obrar en general⁶⁸.

3.3.-La facultad de disponer como contenido del derecho: sus elementos.

Las doctrinas que defienden la existencia de una facultad de disponer externa al derecho aportan la consolidación del perfil funcional del poder de disposición: El acto dispositivo, sea realizado por el titular o por un tercero, precisa un especial

poder de disposición. Se incluyen en este caso la adquisición a non domino en materia de bienes muebles o la de inmuebles en base al juego de la buena fe registral. En este mismo sentido cfr. FERRARA-SANTAMARÍA (*op.loc.cit.*, págs. 43-44).

⁶⁶ Sobre este concepto véase supra epígrafe 5.

⁶⁷ Cfr. GIORDANO, A. "Tradizione e potere de disposizione nel contratto estimatorio", *Rivista de diritto Commerciale*, 1949 (XLVII), I, págs. 194-195.

⁶⁸ Cfr. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO (*op.loc.cit.*, pág. 1036 y 1045 y ss.).

poder jurídico que actua como requisito de eficacia⁶⁹; en relación a su concreta entidad se aporta, además, un cambio de perspectiva fundamental para el concepto de facultad de disposición:

Así, aquellas teorías que reconducen la facultad de disponer como poder autónomo a la capacidad o los derechos de la personalidad tienen la virtud de destacar que para la eficacia del acto dispositivo es necesario analizar la cualidad personal del sujeto, abriendo el camino a la idea de legitimación para disponer como presupuesto del negocio jurídico dispositivo que atañe al sujeto. Sin embargo, por las razones ya expuestas, tal presupuesto no puede reconducirse a la capacidad, sino a otra cualidad subjetiva que la doctrina individualiza con el nombre de legitimación, en este caso, para disponer.

Además, la idea que en la disposición existe una fuerza externa que actua sobre el objeto (derecho) y por ello no puede comprenderse en su esencia, tiene la relevancia de haber centrado la atención en el derecho como objeto del acto dispositivo y su calidad de disponible.

De estas consideraciones surge la posición de Pugliatti⁷⁰ que, centrando su estudio en el concreto acto dispositivo, considera que se trata de un fenómeno compuesto:

Desde el punto de vista estático, es decir, en relación a la facultad de disposición, ésta se integra por dos elementos: el subjetivo: la legitimación, en este

⁶⁹ Cfr. BINNI, Voz "Potere di disposizione", pág. 454.

⁷⁰ Cfr. PUGLIATTI, Salvatore: "L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti", en *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1951, *passim*, pero especialmente pág. 10 y ss. y pág. 31 y ss. Este trabajo, aunque publicado en una recopilación de ensayos después del que citaremos en segundo lugar se dio a conocer antes como artículo de revista, de ahí la razón del orden de las citas. Del mismo autor "Il trasferimento nella teoria della realizzazione dei diritti", *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935. (Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, Camerino, 1978), págs. 89 a 93.

caso, para disponer⁷¹— y el objetivo o aptitud del derecho para ser dispuesto. Esta consideración dual hace depender la eficacia dispositiva de dos presupuestos distintos: la relación sujeto—objeto y la transmisibilidad de este último. Así, la "facultad de disposición" es una expresión elíptica para designar ambos elementos, sin que deba deducirse de ello que es una entidad autónoma al derecho subjetivo⁷².

En efecto, la aptitud del sujeto en relación al negocio dispositivo no se entiende de forma abstracta, como mera posibilidad de actuación jurídicamente relevante, sino en relación a un derecho concreto entre cuyo contenido destaca la posibilidad de disponer de él⁷³.

Ambos elementos son, pues, presupuestos de eficacia del acto dispositivo que es la vertiente dinámica de la disposición del derecho. A su vez, el acto dispositivo, concretado en la manifestación de la voluntad, contiene dos momentos diferenciados: el acto de decisión, o principio genético del segundo elemento que es la voluntad del contenido, cuya misión es definir el alcance de la disposición. Es este elemento dinámico lo que es exterior al derecho y le imprime la fuerza necesaria para producir la modificación jurídica⁷⁴.

⁷¹ Si bien en un primer trabajo donde expresa esta idea habla de "capacidad de obrar" para referirse al elemento subjetivo de la facultad de disponer ("L'atto di disposizione..." *op. loc. cit.*, pág. 5 y 10 y ss.), con posterioridad se refiere a la legitimación como cualidad personal que permite la realización de un negocio jurídico -en este caso, dispositivo- con eficacia jurídica (*Gli istituti del diritto civile*. Vol. I, Milano, 1943, pág. 144).

⁷² PUGLIATTI, "L'atto di trasferimento...", *op. loc. cit.*, pág. 31.

⁷³ Así lo pone de manifiesto PUGLIATTI ("Trasferimento...", *op. loc. cit.*, pág. 96). El autor vincula la posibilidad abstracta de realizar actos dispositivos a la capacidad de obrar y, aún siendo así, el ejercicio concreto de un derecho, no depende de la capacidad sino de la legitimación en cuanto posición jurídica que ostenta el sujeto agente, como él admitirá luego. Para la concreta exposición de la legitimación, véase *supra*, epígrafe 4.

⁷⁴ Cfr. PUGLIATTI, "L'atto di trasferimento...", *ibidem*. En el mismo sentido, NATOLI en *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, pág. 129; y, de forma más rotunda en *La proprietà...*, *op.*

La fuerza que produce el resultado dispositivo es la voluntad del sujeto que actúa sobre la facultad de disponer y obvia el problema planteado por Thon acerca de la piedra y la efectividad en el lanzamiento. A su vez, la consideración dual de los elementos que forman parte de ella evita poner todo el énfasis del negocio dispositivo concreto en la figura del sujeto⁷⁵.

La facultad de disponer se articula pues, como contenido del derecho subjetivo⁷⁶, en aquella posibilidad abstracta de realizar negocios dispositivos⁷⁷ que

cit., pág. 74 y ss. donde afirma que Thon al separar derecho subjetivo y facultad de disponer confunde tal facultad con el acto dispositivo.

75 En realidad, F. de VILLAVICENCIO (*op. loc. cit.*, págs. 1043 y ss.), que afirma claramente la externidad de la facultad de disposición respecto del derecho, acaba por identificar la facultad de disponer con la legitimación para realizar actos dispositivos. En efecto, califica a la facultad como poder accesorio a la titularidad que actúa sobre un objeto disponible. Tal idea deriva de reconducir la llamada facultad de disposición únicamente a la esfera del sujeto y convertirla en aptitud suya, pero no puede evitarse el recurso al derecho disponible (cfr. págs. 1049 y 1050) con lo que la facultad de disponer es consecuencia de ambos elementos en relación a un derecho concreto, al que pertenece.

76 PUGLIATTI, Salvatore, *Esecuzione forzata...*, *op. cit.*, p.90. En el mismo sentido, en relación a la facultad de disponer, NATOLI (*Il diritto...*, *op. cit.*, pág. 126); MESSINEO (*Dottrina generale...*, *op. cit.*, pág. 44) y COMPORTI ("Formalismo...", *op. loc. cit.*, pág. 460). En nuestro país MONTES PENADES, V.L. (*La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*. (Un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978), Madrid, 1980, pág. 251) y DíEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, *op. cit.*, II, pág. 709).

77 Así, PUGLIATTI (*Esecuzione forzata...*, *op. cit.*, pág. 87): [el contenido del derecho subjetivo]...non può che consistere in una o piú /facoltà/ protette e tutelate dall'ordinamento giuridico. Ogni facoltà non é che un sistema astratto, in quanti rappresenti un'attività considerada come possibile e come tipica: sotto il profilo concreto alla facoltà corrisponde l'effettiva attività, la quale è pure protetta e tutelata dall'ordinamento giuridico, in quanto rientri nei limiti della facoltà protetta e tutelata. Le facoltà non sono

se otorga a un sujeto en virtud de su concreta posición respecto del derecho que se va a disponer. En palabras de De Castro, es la posibilidad de actuar concedida a una persona, por formar parte del contenido de una situación jurídica⁷⁸ y la de disponer depende —añadimos— de la posibilidad de realizar un negocio dispositivo por parte de un sujeto —legitimación— y de la concreta aptitud dispositiva de un derecho que significa contener la facultad de disponer en su interior^{79.4}.

entità autonome, specie de fronte al diritto a cui si riferiscono, ma espressioni sintetiche di parti del suo contenuto: il contenuto medesimo del diritto considerato come suddiviso e ripartito in schemi minori e contigui. En el mismo sentido ALBALADEJO, *Derecho civil*, I-2 (1989), pág. 46.

Sin embargo, esta cuestión es inabordable en los esquemas del presente trabajo porque apela a la construcción de las categorías de derecho subjetivo y facultad con alcance general. Para la idea de facultad como poder autónomo del derecho subjetivo que fundamenta la idea de facultad de disponer como externa al derecho véase FERRARA (*Trattato...*, *op. cit.*, pág. 350) y F. DE VILLAVICENCIO ("La facultad de disposición", *op. loc. cit.*, pág. 1037 y ss.), siendo consecuentes con sus construcciones acerca de la facultad de disponer como externa al derecho.

⁷⁸ CASTRO y BRAVO, Federico de, *Derecho civil de España...*, *op. cit.*, pág. 602.

⁷⁹ La consideración del poder de disposición como formado por la suma de dos elementos lleva a MONACCIANI (*Azione e legittimazione*, Milano, 1951, pág. 167 y ss.) a considerar que no es un poder jurídico sino una posibilidad de hecho de quien se encuentra en una situación jurídica que le legitima para disponer como resultado de la eficacia refleja del ordenamiento. Así, el elemento estructural del acto dispositivo se correpondería con los elementos constitutivos del negocio y los requisitos que requiere la abstracta hipótesis legal, de modo que en este caso necesariamente se produce el efecto típico de tales actos.

De forma parecida MENGONI sostuvo este criterio en la primera edición de su obra pero lo reforma en la segunda donde reconduce el problema de la facultad de disponer del no titular a la legitimación para disponer, cfr. *Gli acquisti "a non domino"*, 1ª ed. de 1948, pág. 28 y ss. y 2ª ed., Milano, 1961, págs. 5 y ss. FERRARA-SANTAMARÍA (*op. loc. cit.*, págs. 43 a 45) limita la eficacia refleja de la disposición a aquellos casos en los que dispone un no titular

4—Individualización de los elementos de la facultad de disponer: legitimación y derecho disponible.

Con base en la afirmación hecha sobre la facultad de disponer como fenómeno complejo, es necesario individualizar sus elementos.

4.1.-La legitimación para disponer

La legitimación es el requisito subjetivo de la facultad de disponer que establece posición jurídica necesaria para la eficacia del acto.

4.1.1 La legitimación: consideraciones previas

La legitimación ha sido construída como una categoría general del derecho por Carnelutti⁸⁰ que diversifica así los presupuestos subjetivos del acto jurídico: al lado de la capacidad se exige también la legitimación.

sin estar legitimado: la eficacia de su disposición en determinados casos -heredero aparente, adquisición a non domino- no supone un poder de disposición, sino el resultado de imponer al titular la necesidad de sufrir las consecuencias del acto, es decir, un deber jurídico que nace de tale ficacia refleja. En contra de esta concepción GIORDANO (*op.loc.cit.*, pág. 182 ss.), argumentando que el negocio jurídico es una posibilidad de autoregulación de intereses que precisa la existencia de los presupuestos necesarios para que se produzcan los efectos previstos. En contra, la tesis antes expuesta parte de un concepto de negocio ancorado en el dogma de la voluntad, cuya manifestación pone en movimiento los efectos que a ella atribuye el ordenamiento jurídico y por ello, el poder de disposición puede degradarse a una mera *conditio iuris* o a elemento de un supuesto de hecho complejo.

⁸⁰ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema del diritto processuale civile*, II, *Atti del processo*, Padova, 1938, pág. 117 y ss.; y *Teoria generale del diritto*. Terza edizione

Tal concepto deriva, por una parte, de la legitimatio ad causam, como posición concreta ante los intereses en conflicto que permite la actuación en juicio; y por otro, de la utilización de tal categoría para justificar las adquisiciones a non domino o, en derecho mercantil, la circulación de los títulos valores. Ambos casos convergen en la relevancia de la posición del sujeto frente al negocio jurídico en concreto para individualizar cuando aquélla es apta para producir la eficacia querida por el negocio.

Es Betti, sin embargo, quien desarrolla la legitimación en la teoría general del negocio jurídico donde es contemplada como un presupuesto negocial al lado de la capacidad y la idoneidad del objeto⁸¹. En este sentido, la legitimación es una cualidad del sujeto que determina la competencia para alcanzar o soportar un determinado efecto jurídico del acto en concreto que resulta de la concreta posición del sujeto en relación con los intereses que trata de regular⁸².

emendata e ampliata. Roma, 1951, pág. 182 y ss. Sobre la importancia de la postura de Carnelutti: MONACCIANI, Luigi, *Azione...*, op. cit., pág. 95, nota 1.

⁸¹ Luego cuando en el acto de disposición se precisa que el objeto sea enajenable simplemente se precisa el alcance del presupuesto general de la idoneidad del objeto. En el acto dispositivo el objeto es idoneo si es disponible.

⁸² BETTI, Emilio (*Teoria generale del negozio giuridico*, Segunda edición, Torino, 1950, pág. 219): *La legittimazione della parte può definirsi come la sua competenza ad ottenere o a risentire gli effetti giuridici del regolamento de interessi avuto di mira: competenza, la quale risulta da una specifica posizione del soggetto rispetto agli interessi che si tratta di regolare*. De forma parecida, añadiendo la idea de qualità personal, MONACCIANI (op. cit., pág. 151) y, en nuestro derecho, BADOSA COLL, Ferran (*Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Comentario al artículo 221 Ley 5/1982, Madrid, 1986, pág. 249).

Sobre la noción de legitimación cfr. CARNELUTTI *Teoria generale...*, op. cit., pág. 183; CARIOTA-FERRARA, L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, sin fecha, pág. 641; GASPARRI, Pietro, *Studi sugli atti giuridici complessi*, Pisa, 1939, pág. 15, que acuña la expresión "título de legittimazione ad agire"; AULETTA, G., *Istituzioni di diritto privato. Parte generale*, Napoli, 1946, pág. 140; RESCIGNO, Pietro, voz

4.1.2.-Legitimación y apariencia: poder de disposición formal

La legitimación, en la esfera del derecho substancial, tiene sus orígenes en la idea de legitimación como apariencia de titularidad —enraizada en la Gewere como exteriorización del derecho que se ostenta y luego en la noción de posesión como indicio de la titularidad⁸³—. Tal concepto es especialmente útil cuando se trata de justificar la transmisión de la propiedad realizada por quien no es el dueño pero aparece como tal.

Con base en la idea de apariencia, se recurre a la legitimación del no titular que se encuentra protegido por aquélla y se da un paso más al atribuir a la apariencia una titularidad formal que permite ejercitar el derecho eficazmente. De ahí que se diseñe un "poder de disposición formal" que justifica las adquisiciones a non domino, siguiendo la regla normal de la atribución de poder de disposición en quien transmite.

Así, Gierke⁸⁴, establece la versión positiva del "nemo plus iuris" cuando limita notablemente el concepto de sucesión, advirtiendo que este concepto de transmisión derivativa debe restringirse pues el cambio de sujeto puede afectar también al derecho, y la identidad del derecho transmitido puede mantenerse aunque varien sus elementos: así, las transmisiones constitutivas entrarían en el concepto porque el derecho nuevo es parte del antiguo. También, y este es el caso

"legittimazione (Diritto sostanziale)", vol. X, *Novissimo Digesto italiano*, 1957, pág. 717; LACRUZ, *Elementos de derecho civil*, I-3, (1884), pág. 144; DIEZ-PICAZO - GULLON, *Sistema de derecho civil*, Vol. I, Quinta edición, revisada y puesta al día, Madrid, 1986, pág. 439; ROCA TRIAS, Encarna, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, Comentario al artículo 29 C.c., Madrid, 1991, pág. 227.

⁸³ Cfr. AGUILERA DE LA SIERRA, Tomás, *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Madrid, 1973, pág. 146.

⁸⁴ GIERKE, Otto von, *Deutsches Privatrecht*, I *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft* herausgegeben von Dr. Karl Binding. Zweite Abteilung, dritter Teil, erster Band. Leipzig, Dunker & Humblot, 1895, pág. 280.

que nos interesa, es el mismo derecho cuando el adquirente obtiene un derecho mayor que el de su causante, en base al efecto de la buena fe, o del cierre registral.

En estos casos, el autor sostiene tiene la idea de que se trata de adquisiciones derivativas porque existe un poder de disposición formal que permite en ciertas circunstancias disponer de un derecho ajeno. Luego el poder concedido al sujeto depende únicamente de factores externos a su propia relación con el objeto del acto dispositivo, por ello el autor afirma la necesaria presencia de un derecho formal en el transmitente que sea instrumento para asegurar la continuidad del derecho. De manera similar, Cosack considera que posee poder de disposición el titular de un derecho aparente —Scheinrecht— que le da la relación de titularidad necesaria para que se acto dispositivo tenga eficacia⁸⁵.

En estos casos, el llamado poder de disposición formal no significa degradar este poder al resultado de la mera situación de apariencia que asimila al sujeto que dispone a los otros no titulares que pueden disponer válidamente de un derecho por ostentar un poder de disposición. El poder emana de la reconocida titularidad formal que otorga a su titular un poder de la misma especie como la titularidad material lo contiene también. La legitimación, en este sentido, no otorga el poder de disposición sino que crea la situación formal necesaria para que éste exista y se cumpla el requisito de eficacia del negocio dispositivo.

La legitimación tiene, además, especial importancia en el campo de los títulos—valores, donde el ejercicio del derecho deriva de la simple posesión del título que legitima a su detentador abstrayendo el problema de la verdadera titularidad⁸⁶: la simple posesión del derecho permite su ejercicio y, una vez más, comporta el consiguiente poder de disposición.

⁸⁵ COSACK, *op.cit.*, I, pág. 182. Más crítico parece BRINZ (*op.cit.*, I, § 76, pág. 240-241) cuando afirma que el poder de disposición es un requisito del acto dispositivo en virtud del cual sin o contra la voluntad del habilitado se transmite el derecho a otro. Ello parece indicar que, más allá del consentimiento del titular que lleva a la eficacia de la disposición de un tercero, este mismo requisito puede prescindir de la voluntad de aquél. Este sería el caso de las adquisiciones a non domino.

⁸⁶ GIERKE, *op. cit.*, I, pág. 280.

La posición de Gierke es contestada⁸⁷ con la afirmación que, en tales casos, el poder de disposición no es preciso pues se trata de adquisiciones originarias que tienen su base en disposiciones del ordenamiento jurídico que por razones superiores —protección de la seguridad jurídica, o a la buena fe del adquirente— determinan el efecto adquisitivo para el tercero, pero no como consecuencia de la eficacia del acto dispositivo que requeriría el poder de disposición, en este caso, simplemente formal⁸⁸. Es, en realidad, el único argumento contrastable: sólo si la adquisición es originaria se evitará el recurso a la titularidad y al poder de disposición formal⁸⁹.

El concepto de legitimación diseñado por Betti i Carnelutti toma de la situación de apariencia y de la noción de titularidad formal simplemente la idea de la "investidura jurídica" que aquélla propone⁹⁰ para crear un concepto de alcance general que lo convierte en requisito del negocio jurídico y ya no se basa en la mera

⁸⁷ Cfr. DERNBURG, *op. cit.*, § 81; VON TUHR, *op. cit.*, II, 1, §60, pág. 379; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, I-2,1, pág. 51. En relación a nuestro ordenamiento, critican también el poder formal PÉREZ-GONZÁLEZ y ALGUER, en las a ENNECCERUS-NIPPERDEY, (*ibidem*) pág. 61 y AGUILERA DE LA SIERRA, *op. cit.*, pág. 127.

⁸⁸ Con todo, el razonamiento es retomado por CARIOTA-FERRARA en su construcción general sobre los negocios en patrimonio ajeno. Los negocios dispositivos pueden ser relevantes para el patrimonio ajeno si quien los realiza posee facultad de disposición, que implica licitud de la actuación, o simplemente poder de disposición que hace eficaz la transmisión, éste sería el poder de disposición formal (Cfr. *I negozi...*, *op. cit.*, especialmente pág. 77 y ss.

⁸⁹ Es especialmente esclarecedora la visión de PUGLIATTI, S. ("Considerazioni sul potere di disposizione", *Diritto civile...*, *op. cit.*, 1951, pág. 46.): en las adquisiciones a non domino, el acto de disposición de quien no es propietario es sólo un elemento de un supuesto de hecho más complicado que, junto con la apariencia, la buena fe del tercero y otros posibles elementos da lugar a la adquisición de un derecho.

⁹⁰ Sobre este concepto cfr. MONACCIANI, *op. cit.*, pág. 101.

idea de apariencia. Esta se convierte en uno de los posibles elementos sobre los que puede descansar la posición jurídica que permite el acto en concreto⁹¹.

Efectivamente, el tratamiento general de la legitimación parte de la idea, única para todo negocio, de la situación idónea del sujeto para producir el efecto jurídico. No se limita a la hipótesis de un sujeto que detenta una simple posibilidad de hecho y que está en la situación más débil —apariencia—, sino que trata cualquier caso y, principalmente, el más frecuente: la eficacia de los negocios del titular sobre su derecho⁹².

La legitimación se relaciona, no con la titularidad del derecho subjetivo, sino con su posibilidad de ejercicio por parte de un sujeto determinado, de ahí que se vea como requisito de eficacia en cada actuación concreta⁹³. Con todo, en el ámbito del presente trabajo, la legitimación se examinará siempre desde el punto de vista del negocio dispositivo en cuanto a presupuesto subjetivo para la eficacia de tal tipo de negocios.

⁹¹ Cfr. LADARIA CALDENTEY, J., *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, págs. 127-128.

⁹² Cfr. MONACCIANI, *op. cit.*, págs. 103 y 104.

⁹³ Cfr. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*. Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino. Padova, 1933, págs. 165-166; RESCIGNO (*op. loc. cit.*), pág. 717). En la doctrina española suele configurarse como un requisito del ejercicio del negocio jurídico DIEZ-PICAZO - GULLON, *Sistema...*, *op. cit.*, I, pág. 439; MALUQUER DE MOTES, C.J., *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Barcelona, 1993, pág. 187.

4.1.3.- *La legitimación como cualidad personal*

Podemos destacar, pues, que la legitimación es un requisito subjetivo y, ya se califique de competencia o de idoneidad⁹⁴ para producir un determinado efecto jurídico, es una cualidad personal del sujeto que realiza el negocio. Esta primera afirmación lleva a la necesidad de distinguir entre dos presupuestos subjetivos: la capacidad y la legitimación, partiendo de la idea que, precisamente, el concepto de legitimación como presupuesto del negocio, viene a romper el monopolio de la capacidad respecto de las calificaciones subjetivas.

Carnelutti⁹⁵ y Betti⁹⁶ destacan dos criterios para la distinción entre ambas categorías: natural—jurídico y absoluto—relativo. Así, la legitimación es una situación jurídica y no natural —como la capacidad— y se tiene en cuenta en relación a un concreto negocio jurídico para calibrar su eficacia en relación al cual es elemento intrínseco, mientras la capacidad es la abstracta posibilidad de actuar.

Se suele hablar de un tercer criterio que distingue entre la capacidad como criterio general y la legitimación como presupuesto especial sólo en relación a determinados intereses. Sin embargo, Monacciani⁹⁷ destaca que este último criterio ha perdido su funcionalidad porque la capacidad no puede definirse siempre como

94 Este es el término utilizado por CARNELUTTI, F. *Teoria della circ.*, *op. cit.*, págs. 165, y *Teoria generale del reato*, secondo migliaio. Padova, 1933, pág. 135.

95 CARNELUTTI, *Teoria grale. diritto...*, *op. cit.*, págs. 183 a 188. Añade que la legitimación se dirige principalmente a la relación jurídica que le sirve de base, mientras que sólo indirectamente se refiere a la persona. Así se relaciona a este requisito directamente con el acto jurídico más que con su sujeto. La óptica del sujeto, en cuanto a su posibilidad de actuar es defendida por PUGLIATTI (*Gli istituti...*, *op. cit.*, I, Milano, 1943, pág. 132).

96 Cfr. BETTI, *Teoria generale...*, *op. cit.*, pág. 219.

97 Cfr. MONACCIANI, *op. cit.*, págs. 105 y ss.

general: A veces el sujeto la ostenta —o no— para una clase especial de actos o para unos determinados efectos solamente⁹⁸.

Es así que no puede incluirse en el concepto de legitimación la (in)idoneidad para ser titular de una determinada relación jurídica⁹⁹ pues tal aptitud —siguiendo a Badosa¹⁰⁰— es el carácter fundamental de la llamada capacidad jurídica, cuando ésta se refiere a un acto en concreto —es decir, especial— y fundada en una previa situación personal respecto de la otra parte negocial —osea, relativa—. Esta

⁹⁸ Es precisamente la inclusión de casos en los que la falta no es de legitimación sino de capacidad, lo que da un buen argumento en contra de la admisión de la figura con carácter general. DI MAJO, Adolfo, "Legittimazione negli atti giuridici", *Enciclopedia del diritto*, XIV, págs. 53 a 58) objeta que la mayoría de casos que se reconducen a la legitimación -o, mejor dicho, a la falta de ella- pueden reconducirse a la capacidad aún a riesgo de tener que considerarla específicamente referido a una determinada relación jurídica. La objeción de fondo va destinada a poner de relieve que, en estos casos, la voluntad de crear una categoría intermedia entre el sujeto en general y el concreto negocio jurídico se ve menoscabada porque la reunión de figuras heterogéneas que son muestra de inaptitud -prohibiciones, limitaciones, incompatibilidades...- acaba reconduciéndose a la autonomía privada y pierde nuevamente la idea de concretización. También destaca la heterogeneidad de los casos que pretenden reducirse a la legitimación.

Se muestran también contrarios a la categoría SANTORO-PASARELLI, Francesco (*Istituzioni di diritto civile I*, 3a ed., Napoli, 1946, pág. 91) y MESSINEO (*Taritato...*, op. cit., pág. 44).

⁹⁹ En este sentido distinguen dos sentidos de la noción de legitimación BETTI, *Istituzioni...*, pág. 109, CARIOTA-Ferrara, *Teoria generale...*, op. cit., pág..., y PUGLIATTI, *Istituzioni...*, op.cit., pág. 144. Este autor, además trata de la legitimación en un apartado titulado "Atitudini del soggetto" pero expresa la duda que ciertas de las figuras que normalmente se conciben como problema de legitimación nos e relacionen con la capacidad.

¹⁰⁰ Cfr. BADOSA, *Comentario al artículo 221, Ley 5/1982*, op. cit., pág. 249.

incapacidad jurídica especial relativa¹⁰¹ comporta la nulidad el acto y no debe confundirse con la legitimación que no es inidoneidad sino falta de la posición jurídica necesaria respecto del objeto del negocio¹⁰².

En cuanto a la capacidad de obrar, la diferencia está en el binomio validez—eficacia como resultado de la presencia de un presupuesto en una relación jurídica¹⁰³: la capacidad es la posibilidad concreta de actuación dotando de firmeza la relación privada que surge de ella: la legitimación da a la relación generada su carácter de eficaz¹⁰⁴, ello permite que ambas categorías actúen sobre un mismo negocio de forma independiente¹⁰⁵.

¹⁰¹ También distingue entre capacidad jurídica absoluta y relativa SANTORO-PASARELLI, *op. cit.*, pág. 90.

¹⁰² La diferencia entre ambos conceptos, siguiendo nuevamente a BADOSA (*op. cit.*, pág. 251 y ss.) se hallaría en los párrafos 1º y 3º del artículo 221 C.c. sobre las prohibiciones a que se somete el tutor:

Mientras la incapacidad para recibir liberalidades del tutelado antes de haber aprobado al gestión es un caso de incapacidad jurídica especial relativa; la imposibilidad de adquirir o transmitirle bienes a título oneroso es falta de legitimación. Ello es así porque la incapacidad para ostentar la cualidad jurídica de donatario que se da en el artículo 221-1º viene a contradecir el criterio general de capacidad natural establecido en el artículo 625, redactado en sentido negativo, pues el C.c. permite donaciones a "quien no esté especialmente incapacitado por la ley", que es el supuesto del artículo 221-1º C.c.. En cambio, en el 221-3º, el supuesto es de falta de legitimación porque la prohibición no proviene de la propia naturaleza de la relación -como en el otro caso- sino en que la posición del sujeto -gestor- impide la eficacia de las transmisiones patrimoniales onerosas.

¹⁰³ Cfr., MONACCIANI, *Azione...*, *op. cit.*, págs. 111-112; BADOSA, *ibidem*.

¹⁰⁴ INVREA, Francesco ("Possibilità giuridica e legittimazione", *Rivista di diritto processuale civile*, Padova 1939 (XVI), I, pág. 316) relaciona legitimación con posibilidad jurídica: *...la possibilità giuridica considerata in relazione al soggetto agente è la possibilità, che gli è offerta del diritto oggettivo, di produrre, in ordine ad un determinato oggetto, con il proprio atto giuridico un determinato effetto giuridico, e più precisamente l'effetto*

La diferencia entre capacidad y legitimación es especialmente clara en los negocios dispositivos, donde el Código distingue en el sujeto dos requisitos: capacidad de obrar y legitimación para disponer. En efecto, en tales negocios ostentar la capacidad de disponer no es suficiente, se exige, además, lo que el C.c. denomina "libre disposición de la cosa" en los artículos 1160 —en relación a la entrega de una cosa en pago de una obligación de este tipo— y en el 624 en sede de donación¹⁰⁶.

giuridico normale da quell'atto. Tale possibilità dipende dalla posizione giuridica dell'oggetto rispetto dall'agente... [a este concepto corresponde el de legitimación que es] ...la posizione giuridica dell'agente rispetto dell'oggetto.

Pero en este caso, tal expresión tiene un significado distinto pues se refiere al fundamento de la actuación del sujeto: en virtud de una facultad que le concede un derecho propio, en virtud de un poder que le permite incidir en la esfera ajena, o una simple posibilidad como tipo residual. Véase, del mismo autor, *La parte generale del diritto*, Padova, 1934-35, pág. 171 ss.

En cambio adolece de imprecisión y no se aprecia la diferencia con la capacidad de obrar en la definición de LADARIA (*op. cit.*, pág.2): [Es legitimación] *el reconocimiento, hecho por la norma, de la (p.1) posibilidad concreta de realizar con eficacia un acto jurídico determinado.* La legitimación del autor constituye un presupuesto de la eficacia del acto.

¹⁰⁵ En contra de este punto de vista GORLA (*La compravendita...*, *op. cit.*, pág. 21) considera que la legitimación es una "casi capacidad específica" para realizar un acto y que, en lógica consecuencia se trata de un requisito de validez y no de eficacia porque, según él, no es posible un negocio dispositivo realizado sin el necesario poder —que concede la legitimación—: el poder debe preexistir en cualquier caso, luego no puede degradarse la legitimación a una pura condicio iuris necesaria para la eficacia.

¹⁰⁶ Con todo, esta locución no tiene en nuestro ordenamiento un sentido unívoco, porque en relación a la aceptación y repudiación de herencia (art. 992), en la partición de herencia (art. 1052), tal locución no expresa la necesidad de tener poder de disposición, sino que se refiere a la capacidad de obrar necesaria para realizar tales actos. Es por ello que a continuación se habla en ambos casos de la posibilidad de que tal acto sea llevado a cabo por los

En relación a la hipoteca, si bien el artículo 1857—2 C.c habla simplemente de ser propietario, no se excluye la posibilidad de que exista legitimación de un no titular para este negocio dispositivo pues el artículo 138 LH utiliza, ahora sí, la expresión "libre disposición de los bienes". En estos casos, se exige, además de la capacidad de disponer la legitimación para realizar el negocio dispositivo de la que deriva su eficacia¹⁰⁷.

representantes legales de menores e incapacitados: tal previsión no tendría sentido se se tratase de falta de legitimación para disponer. Cfr. MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, pág. 5.

En la regulación de la hipoteca, tras la imprecisión terminológica es todavía más notable, toda vez que en el párrafo 2 se exige que el sujeto sea "propietario" de la cosa hipotecada, que sí hace referencia a la legitimación para disponer; en cambio, cuando en el párrafo 3 se alude a la "libre disposición de la cosa" debemos entender que se está aludiendo al requisito de la capacidad de obrar, igual que en los dos artículos antes citados.

¹⁰⁷ Tampoco los autores de la órbita del C.c. distinguen con claridad ambos requisitos, así suele identificarse "libre disposición de la cosa" con capacidad específica para disponer, así, por ejemplo, en relación al artículo 624: SCAEVOLA, *op. cit.*, IX, pág. 615: *El precepto esquemático del art. 624 se diversifica en dos reglas, según se trate de las donaciones inter vivos o de las mortis causa: Regla 1a: Podrán otorgar donación inter vivos todos los que tengan capacidad para enajenar. Regla 2a: Son capaces para donar por causa de muerte todos los que pueden disponer de sus bienes por actos de última voluntad.* DE BUEN, Demófilo, *Curso elemental de derecho civil por Ambrosio Colin y H. Capitán*, T. VII, Madrid, 1928, pág. 456: [a parte de la capacidad para contratar se exige] *capacidad para disponer de la cosa objeto de la donación, pues no otro sentido puede tener la frase general formada por las dos últimas palabras del art. 624;* y CASTAN VAZQUEZ, José María (*Derecho civil común y foral*, IV, Madrid, 1962): [para donar] *se requiere no sólo la capacidad para contratar, sino también la libre disposición de los bienes (art. 624). Falta esta última condición en los menores emancipados. Sin embargo, no ha de entenderse que aquéllos no pueden donar en absoluto, siempre que se cumplan las formalidades legales o se supla la falta de capacidad de obrar.*

4.1.4.-La legitimación como posición jurídica

El segundo dato a tener en cuenta es que la posibilidad de actuar con eficacia jurídica que concede la legitimación para disponer se basa en la "posición jurídica" del sujeto frente al concreto negocio jurídico que le sirve de fundamento y que debe indagarse en cada caso para analizar el requisito de la legitimación¹⁰⁸.

En este sentido, Carnelutti¹⁰⁹ se refiere al fundamento de la legitimación como a la existencia de una relación jurídica calificante respecto de la otra de la que debe predicarse la legitimación del sujeto actuante. La legitimación se basa en una relación jurídica simultánea que actúa como presupuesto de eficacia, de forma que la simultaneidad implica que la primera relación jurídica debe continuar en el momento de nacer la segunda, si es así, el sujeto puede actuar en la relación jurídica calificada con eficacia: está legitimado para ello¹¹⁰.

En el otro extremo se sitúan algunos autores, como MESSINEO (*Trattato...*, *op. cit.*, pág. 63) que limitan el campo de la legitimación a los negocios dispositivos en los que, considera, sí puede distinguirse entre capacidad y legitimación, cfr., del mismo autor, "La distinzione fra capacità di agire, capacità di disporre e potere di disporre in una sua applicazione", en *Tem. Rivista di giurisprudenza italiana*, 1949, pág. y ss. 1040.

¹⁰⁸ FERRARA (*Trattato...*, *op. cit.*, pág. 340), sin embargo, se limita a destacar como único contenido de la legitimación esta posición jurídica que concede al sujeto y de la que deriva la eficacia jurídica.

¹⁰⁹ CARNELUTTI (*Sistema...*, *op. cit.*, pág. 178 y ss.) La legitimación se explica pues, por una combinación de relaciones jurídicas de las que una es el presupuesto de la otra a la que califica. Al contrario, si se trata de relaciones relativas a un mismo acontecimiento conforman la noción de estatus jurídico.

¹¹⁰ En el mismo sentido BETTI (*Istituzioni di diritto romano*, Vol. I, Ristampa inalterata della seconda edizione, Padova, 1947, pág. 220) y MONACCIANI (*op. cit.*, pág. 103).

4.1.4.1.-Legitimación directa.

El fundamento normal de la legitimación es la titularidad del objeto sobre el que recae el negocio jurídico, así se refleja claramente en el artículo 634 C.c. El titular de un derecho subjetivo posee legitimación para actuar sobre él. Se caracteriza porque el ligamen la relación jurídica calificante y calificada se establece por la identidad entre los titulares de ambas¹¹¹. Se trata de la llamada legitimación directa u ordinaria y comprende el ejercicio del propio derecho: así en el caso de los negocios dispositivos, la facultad de disponer comprendida en el artículo 348 C.c. como correspondiente al titular viene a confirmar este tratamiento.

Este tipo de legitimación se relaciona directamente con la autonomía de la voluntad, en cuanto es la esfera de arbitrio de los propios intereses¹¹². Sin embargo, más que eso, en la legitimación directa se confunden legitimación y titularidad del derecho de forma que la posición jurídica de la que deriva la legitimación —titularidad— es la propia esfera de actuación que ésta comporta para el sujeto, es decir, el derecho subjetivo. Así, con Maluquer de Motes, definimos al derecho subjetivo como el ámbito de legitimación concedido a un sujeto para actuar sobre una cosa o derecho de forma autónoma¹¹³, como así aparece en el artículo 399 C.c. cuando delimita la esfera de actuación —es decir, legitimación— de cada copropietario, o el 1412 C.c. en relación a la legitimación exclusiva de cada cónyuge

¹¹¹ Cfr. BETTI (*Istituzioni...*, *op. cit.*, pág. 219) y DIEZ-PICAZO - GULLON, *Sistema...*, I, *op. cit.*, pág. 439.

¹¹² Cfr. BETTI (*Istituzioni...op. cit.*, pág. 225). Esta es una de las razones que DI MAJO ("Leggittimazione...", *op. loc. cit.*, pág. 56) utiliza como argumento para negar la autonomía de esta noción.

¹¹³ Cfr. MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, págs. 181 y ss. Esta definición del derecho subjetivo por la esfera de actuación de su titular más que por el aspecto estático que comporta la calificación como dueño se inserta en las modernas coordenadas de investigación que desplazan su atención hacia la esfera autónoma que presenta el derecho para y en las posibilidades concretas que encierra su contenido frente al control del Estado, en contra de la óptica liberal que veía en la titularidad abstracta, la plasmación de la libertad del individuo. Cfr. COMPORTI, M. "Formalismo...", *op. loc. cit.*, pág. 456 y ss.

respecto de los bienes privativos en base a su titularidad. Así, la esfera de autonomía de la voluntad depende de la legitimación y, por tanto, de la titularidad.

4.1.4.2.-Legitimación indirecta.

El concepto de legitimación es, sin embargo, mucho más operativo cuando no se produce aquella coincidencia entre los titulares de ambas relaciones jurídicas de forma que el legitimado no es titular del derecho subjetivo. En estos casos la legitimación —indirecta¹¹⁴— permite una actuación con eficacia jurídica en una esfera de actuación ajena¹¹⁵. Así, lo que nuestro C.c. califica como "libre disposición de la cosa" es un concepto más amplio que el de titularidad —o propiedad—¹¹⁶.

¹¹⁴ Preferimos utilizar esta terminología ya que hablar de legitimación ordinaria y contingente comporta un juicio sobre la normalidad de ambas del que es mejor prescindir (sin embargo, BETTI, *ibidem*), de la misma manera que la oposición primaria/secundaria utilizada por Auletta (*Istituzione...*, *op.cit.*, págs. 140-141). Carnelutti utiliza la expresión derivada para esta segunda clase de legitimación, pero, como afirma Betti, esta situación subordinada no siempre existe. Utilizan las nociones de legitimación directa e indirecta LADARIA (*op. cit.*, págs. 50 y 63), y DIEZ-PICAZO - GULLON (*Sistema...*, *op. cit.*, pág. 439).

¹¹⁵ Esta noción es la misma que la utilizada por CARIOTA-FERRARA (*I negozi sul patrimonio altrui*, *op. cit.*, pág. 21) para sentar las categorías de negocio relevante e irrelevante para el titular del negocio sólo que no puede partirse de la irrelevancia de los negocios en patrimonio ajeno para detallar luego los supuestos de relevancia por cualquier circunstancia identificando en el sujeto que actúa una habilitación que le permite la ingerencia. El camino a seguir es identificar, de entrada, los supuestos en los que el sujeto - sea o no titular- puede actuar con eficacia jurídica. Si ello no es así en un caso concreto -es decir, no existe esta legitimación excepcional- podrá hablarse de negocio irrelevante, que no afecta al titular del derecho subjetivo.

¹¹⁶ La asimilación a la noción de "propietario" es patente en el Proyecto de Código de 1851 de García Goyena que exige para los actos dispositivos la titularidad del derecho: quien realiza el pago de una obligación con la entrega de una cosa debe ser su propietario -art. 1098-, de la misma forma que si quiere hipotecar cualquier bien -art. 1794- opinando que no puede ser de otra manera, pues sólo el propietario puede enajenar la cosa.

La legitimación indirecta tiene su origen en una atribución ya sea voluntaria o legal. En ambos casos, la autorización del titular del derecho o la concesión de la ley a un sujeto para disponer de un derecho ajeno componen la posición jurídica necesaria para realizar un negocio dispositivo eficaz: otorgan, pues, una legitimación indirecta para disponer. En cualquier caso, se precisa siempre un acto o declaración expresa al respecto que rompa la identidad entre titularidad del derecho subjetivo y legitimación, permitiendo la eficacia de actuaciones en bienes o derechos ajenos¹¹⁷.

4.1.5.-Legitimación y poder de disposición

La legitimación para disponer es un elemento— el subjetivo— de la facultad de disponer y a él se remiten todos los problemas que a éste afectan en relación a un acto dispositivo. Así, el *Verfügungsmacht* como poder individualizado en relación a cada concreto acto dispositivo se corresponde, substancialmente, con la legitimación para disponer, pero lejos del enfoque unitario, la posibilidad concreta de realizar el negocio dispositivo con eficacia depende también de la disponibilidad del objeto.

En cambio en el Código vigente, el artículo correspondiente al primero de los citados -el 1160- contiene ya una expresión más técnica: "libre disposición de la cosa", que se repite en el artículo 624 C.c. que contempla los requisitos de la donación. Sin embargo, para la hipoteca, el artículo 1857 sigue requiriendo la calidad de "propietario", como hacía su antecedente, pero la omisión queda salvada con el artículo 138 LH que habla de "libre disposición de la cosa"...

Sin embargo, MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO (*El pago...*, *op. cit.*, pág. 69) limita el alcance de esta expresión legal a la noción de propietario no limitado en su facultad dispositiva, sin tener en cuenta la posibilidad de disponer en la esfera ajena. Se manifiesta, luego, en consonancia con su punto de partida, contra la idea de legitimación (*ibidem*, pág. 85).

¹¹⁷ Ya sea sobre esferas ajenas en general, mediante el poder del artículo 1259.1 C.c., 1725 o 439; o sobre bienes en concreto, art. 1175 o en el 639 C.c. Vide supra, cap. 6.

Podemos seguir hablando de "poder de disposición" si con éste término entendemos referirnos al conjunto de requisitos que permiten realizar con eficacia un negocio dispositivo y que podemos identificar, también, con facultad de disponer¹¹⁸. El uso de ambos términos deriva de posicionamientos teóricos sobre las categorías generales del derecho y la concreta esfera de actuación que se da a cada una¹¹⁹.

¹¹⁸ Así, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, T. III, 6a ed., Barcelona, 1968., pág. 651. En contra, CANIZARES LASO, Ana ("Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias", *Anuario de Derecho Civil*, T. XLIV, fasc. IV octubre-diciembre, 1991, pág. 1464) utiliza ambos términos con distinto alcance: la facultad de disponer es la general posibilidad de realizar actos dispositivos que depende tanto de la disponibilidad del objeto como del poder de disposición que se asimila a la legitimación para disponer. La utilización del término "poder de disposición" no se hace coincidir con poder jurídico que asegura la eficacia del acto sino con uno de sus elementos, el subjetivo.

¹¹⁹ En este sentido, CASTRO (*Derecho civil de España, op. cit.*, pág. 606) apunta la posibilidad de llamar directamente "poder" a toda posibilidad de actuación que conlleve a la pérdida o modificación de un derecho subjetivo, de forma que poder es un tipo del conjunto más amplio de las facultades en cuanto a posibilidades de actuación. En una línea parecida, COMPORTI ("Formalismo..." op. loc. cit., págs. 467 y 468) propone hablar de "facultad de goce" y "poder de disposición", distinguiendo según la posibilidad de producir actos jurídicos: *La possibilità de godimento della cosa consistite nella facoltà riservata al proprietario di utilizzare ed usare il bene, e, piú in generale, di compiere sul bene stesso una qualunque attività lecita, cioè consentita dal diritto: tale possibilità di azione soggettiva materiale non si realizza attraverso atti giuridici, è puo essere convenzionalmente designata col nome di facoltà. (...) La possibilità de disporre del bene comporta invece la produzione, mediante veri e propri atti giuridici, di modificazioni nell'ordinamento perchè attraverso l'esercizio del potere di disporre del bene vengono a nascere, a modificarsi o ad estinguersi le situazione giuridiche. Questa entità semplice, diversa dalla precedente, puó essere convenzionalmente designata col nome di "potere" (...potere come possibilità de determinare, nell'interesse proprio, la produzione di effetti giuridici, ossia de modificazioni nella realtà giuridica n.112).*

En contra de esta idea amplia de poder o facultad de disponer se manifiesta Ladaria¹²⁰ para quien sólo el titular —que posee la legitimación directa para disponer— tiene el correlativo poder de disposición. El no titular, excepcionalmente habilitado para la disposición, sólo tiene la legitimación que el titular o la ley le dan para intervenir con eficacia en un acto dispositivo. Así, el poder de disposición es el fundamento de la legitimación directa y se corresponde con la titularidad del derecho subjetivo, mientras el legitimado de forma indirecta

De manera similar, pero desde otro punto de vista, PUGLIATTI ("Considerazione sul potere di disposizione", *Diritto civile...*, *op. cit.*, págs. 33 a 61) considera el valor del poder de disposición en su perfil funcional: si quien dispone es un no titular, la eficacia de su disposición puede explicarse por efectos legales y circunstancias diversas que no proceden de la existencia de un poder de disposición —así, por ejemplo, la adquisición a non domino depende, entre otras, de la buena fe del adquirente—, si es el titular quien realiza el acto dispositivo, la eficacia deriva simplemente de la pertenencia del objeto dispuesto a su propio patrimonio. Así, más que de poder de disposición debe hablarse de sujeto capaz para disponer y de objeto transmisible que lo es en función de la facultad de disponer que ostenta en su interior que no puede ser considerada como un poder autónomo. No varía el enfoque del expuesto con anterioridad en relación a la configuración dual pero matiza que no existe un poder jurídico de disponer, pero sí una facultad de hacerlo para quien ostente el derecho subjetivo. Ello no significa desconocer la idea de legitimación indirecta en el sujeto no titular que le permite la disposición porque en tal caso, la atribución del particular le confiere un poder de actuación que engloba la posibilidad de disponer.

¹²⁰ Cfr. LADARIA CALDENTEY, *op. cit.*, págs. 26 y 50 y ss. De manera parecida, CANIZARES LASO (*op. loc. cit.*, pág. 1464 y ss.) considera que la facultad de disponer siempre se mantiene en el titular del derecho, pasando, en cambio, el poder de disposición a quien en cada momento pueda realizar el acto dispositivo. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que esta autora limita el poder de disposición al aspecto subjetivo —con lo que viene a coincidir con la legitimación para disponer—, con lo que esta separación entre facultad y poder de disposición viene a ser sólo terminológica. En cualquier caso, la facultad de disponer del titular en casos de legitimación para disponer de un no titular es un problema que depende de si existe o no una prohibición de disponer, y no del hecho de que exista una legitimación indirecta. sobre este tema véase *infra*, cap. 6, epígrafe 3.

se limita a ejercitar un derecho ajeno sin que ostente sobre el un poder de disposición¹²¹.

En todo caso, y aún siendo cierto que la legitimación se mueve en la esfera del ejercicio y no de la titularidad del derecho que va a ser objeto de disposición, la legitimación indirecta crea para el sujeto legitimado una nueva situación jurídica que contiene una serie de posibilidades de actuación y que representan para él una concreta posición jurídica activa de ventaja. Es así que, a menudo, la palabra legitimación no designa la relación entre sujeto y concreto negocio jurídico, sino su resultado: la situación jurídica habilitante para el sujeto que toma especial relevancia cuando se legitima a alguien en relación a un patrimonio ajeno¹²². En efecto, la legitimación indirecta en el campo de los negocios dispositivos otorga al no titular una facultad de disposición de la que deriva la eficacia de la disposición de bienes ajenos.

¹²¹ No es esta la postura de AGUILERA DE LA SIERRA (*op. cit.*, págs. 115 a 125) que pretende contrastar la necesidad funcional de poder de disposición en los actos dispositivos de un no titular que asume, entonces, el poder que le corresponde a su titular, señalando que nunca se separa titularidad del derecho y de la facultad de disponer. Ello es precisamente lo que busca la categoría de la legitimación que hace posible la concurrencia de diferentes posiciones jurídicas aptas para disponer de un mismo derecho en base a fundamentos distintos. Así, en el caso que nos ocupa, el donatario como titular de los bienes y el donante, no titular legitimado para disponer. Pero el autor argumenta que la legitimación no cabe en un no titular porque, si no tiene la titularidad del derecho subjetivo que contiene la facultad para disponer de él, resulta imposible estar legitimado frente al vacío. En cambio, sostiene que el no titular realiza con eficacia el acto dispositivo porque o bien *la voluntad del titular coopera adecuadamente para conseguir el efecto dispositivo o la ley decide producir tal efecto, atendidas las circunstancias* (cfr. pág. 157). Pues bien, si el autor admitiese como distintas las categorías de titularidad y legitimación que se ocupa sólo del ejercicio del derecho con eficacia jurídica, podría admitir que la voluntad del titular o la ley "legitima" la actuación del no titular.

¹²² Sobre esta situación jurídica del legitimado, vide supra, cap. 6

Es precisamente este aspecto el tema que nos interesa en especial para justificar la posición del donante en el artículo 639 respecto de la disposición de bienes que ya ha transmitido mediante la donación. En este caso, una vez hecha la donación, nos encontramos con un no titular —el donante— que ostenta legitimación para disponer de bienes ajenos cuya constitución, contenido, alcance y ejercicio habremos de analizar. Sin embargo, es preciso antes poner de relieve el otro elemento del poder de disposición: la disponibilidad del objeto.

4.2.-Objeto disponible

La determinación de la importancia del elemento objetivo del poder de disposición se realiza, en un principio, precisando la doctrina de Thon y su ejemplo sobre el lanzamiento de una piedra y la fuerza para lanzarse. Así, Jellinek¹²³ puntualiza que no sólo es preciso la fuerza de quien lanza, sino también la idoneidad del objeto para ser lanzado, de forma que, además del sujeto, también el objeto es uno de los elementos causales de cualquier acto dispositivo¹²⁴.

La importancia del objeto y su cualidad de disponible es destacada posteriormente por Pugliatti cuando afirma que este requisito es esencialmente importante ya que mientras la situación jurídica habilitante puede darse por vía de

¹²³ JELLINEK, Giorgio, *Diritti pubblici subbiettivi*, traduzione italiana riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca con note de... G. Vitagliano. Milano, 1912, pág. 61, nota 1.

¹²⁴ ENNECCERUS-NIPPERDEY (*op. cit.*, I, 1-2, (1981), § 144, pág. 51.), en cambio, sólo toman en cuenta la posibilidad de que el objeto sea disponible para decir que, en caso contrario, la facultad o poder de disposición se halla excluído o limitado. Así, el poder de disposición se limita a individualizar la posición jurídica del sujeto que le permite disponer de un determinado derecho subjetivo. Los demás elementos que pueden influir en la eficacia del acto dispositivo, ya sean el objeto y su calidad de no transmisible o por la existencia de prohibiciones de disponer, se analiza como elementos accidentales que limitan el poder de disposición o situación jurídica inicialmente apta para producir el efecto dispositivo.

la apariencia o por efecto legal, la intransmisibilidad del objeto nunca puede llegar a hacer eficaz la disposición¹²⁵.

La idea de Pugliatti sobre la importancia decisiva de la idoneidad del derecho para ser transmitido es recogida en España por Roca Sastre, que lo lleva a sus máximas consecuencias: El único dato a tener en cuenta para la eficacia del concreto acto dispositivo es la cualidad de disponible del objeto de la disposición: el derecho. Ello es así porque la titularidad del derecho siempre existe ya que no hay derechos sin sujeto, aunque éste se encuentre transitoriamente indeterminado, mientras que si existen derechos que son esencialmente intransmisibles. Además, el caso de falta de titularidad puede ser cubierto mediante la apariencia, así en las adquisiciones a non domino, mientras ello no ocurre en relación al objeto¹²⁶.

De este planteamiento se deduce, pues, que la fuerza de la facultad de disponer radica en la transmisibilidad del derecho y, matizando la afirmación de Pugliatti que atribuye la fuerza del acto dispositivo a la manifestación de voluntad del sujeto, admite que si bien tal facultad no integra el contenido del derecho subjetivo, no puede separarse completamente de él, en concreto, de sus cualidades intrínsecas¹²⁷.

¹²⁵ Cfr. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata...*, op. cit., págs. 89 a 93; y del mismo autor: "L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti", *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica. Saggi*. Milano, Giuffrè, 1951, pág. 32.

¹²⁶ GONZALEZ, Jerónimo ("El titular", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1928, pág. 672) había planteado el problema de manera muy similar, pero sin llegar a una conclusión.

¹²⁷ Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario...*, op. cit., III, págs. 655-656. Destacamos el siguiente párrafo: Por consiguiente, la aptitud o potencialidad para ser objeto de disposición es cualidad del derecho subjetivo patrimonial que permite a su titular, en tanto lo sea y mientras lo sea, para disponer del mismo, pero sólo si tal derecho reúne la cualidad de disponible. La capacidad de su titular es indiferente, pues de carecer de ella puede suplirla sus representantes legítimos. La titularidad del derecho subjetivo y la cualidad de disponible del mismo, son ambas necesarias; pero aquélla siempre se da cuando no por la vía de la legitimación aparente, más no siempre ésta. Por ello, lo decisivo radica en el derecho subjetivo, en su cualidad de disponible, sea quien fuere su titular.

Con todo, nos parece que la importancia de la disponibilidad del objeto no puede desorbitarse. Algunos autores incluyen también en el concepto de legitimación los casos en que la adquisición se produce de un no titular no autorizado para disponer ni por la ley ni por el titular, en base al concepto de legitimación aparente que recuerda, si no es la misma, la construcción acerca del poder de disposición formal. Así, se relaciona directamente esta categoría jurídica con la de apariencia de título como uno de los elementos que llevan al efecto adquisitivo, a la vez que la buena fe, por ejemplo —así, el artículo 464 C.c—¹²⁸.

Sin embargo, en estos casos no debe hablarse de legitimación¹²⁹ sino de protección de la simple apariencia por lo que la legitimación no siempre existe y ello permite discernir cuando un acto dispositivo es eficaz mediante el análisis de los elementos del poder de disposición: la legitimación —directa o indirecta para disponer— y la transmisibilidad del objeto.

De ello deriva que aunque exista un titular que esté legitimado para disponer, nunca tendrá eficacia al acto de disposición si el objeto no es apto para serlo del mismo. La consideración de la cualidad de disponible del objeto rompe el prisma estricto del poder de disposición basado sólo en la situación jurídica subjetiva que permite este tipo de actos, y incorpora la cualidad de derecho disponible a los requisitos del acto dispositivo¹³⁰.

El Código recoge la idea en el artículo 1858 con la expresión "derechos reales enajenables" y la aplica en el artículo 1874—2º cuando excluye los derechos no enajenables de la posibilidad de constituir una hipoteca. En la misma línea, el

¹²⁸ Cfr. BETTI, *Teoria generale...*, *op. cit.*, pág. 22; LADARIA *op. cit.*, pág. 125 y ss.

¹²⁹ Así, LACRUZ, *op. cit.*, I,3, pág. 113.

¹³⁰ Así, DE WISSCHER, *op. loc. cit.*, pág. 339; FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, (*op. loc. cit.*, pág. 1053) que da la cualidad de disponible como presupuesto del acto dispositivo.

artículo 1112—1^a prop. C.c. sienta con carácter general el principio de que todos los derechos patrimoniales son transmisibles¹³¹.

La determinación concreta de los casos en los que el derecho es indisponible rebasa, sin embargo, los límites de presente trabajo¹³² porque el artículo 639 —en

¹³¹ Aunque el artículo hable específicamente de "derechos adquiridos en virtud de una obligación", siguiendo a ROCA SASTRE (*op. cit.*, III, pág. 113) tal disposición debe generalizarse, al menos, por lo que hace referencia a los derechos patrimoniales.

¹³² Así, sin ánimo de ser exhaustivos, es posible determinar aquellos casos en los que no existe facultad de disposición porque el derecho no es transmisible bien porque se trata de derechos inherentes a su titular -derechos personales o derechos personalísimos-, bien porque una existe una declaración legal que determina su intransmisibilidad (Cfr. CHIOVENDA, "Sulla natura de l'espropriazione...", *op. loc.cit.*, pág. 85; PUGLIATTI, "L'atto di trasferimento...", *op. loc.cit.*, pág. 32).

Este es el mismo criterio recogido en el C.c.: Son indisponibles por ser personales el derecho de alimentos (art. 151 C.c) y el derecho de uso y habitación (art. 525) dada la inherencia a la persona de su titular que hace imposible pensar en otro que ocupe su puesto. En la misma línea el artículo 1111 C.c. impide a los acreedores el ejercicio -en el marco de la acción subrogatoria-de aquéllos derechos inherentes a la persona del deudor.

En cuanto a la determinación legal -y como indica CAÑIZARES LASO (*op. loc. cit.*, pág. 1454)- existen otros casos en los que el derecho es disponible, pero el objeto sobre el que recae no es susceptible de disposición en general, o lo es con ciertas limitaciones, derivadas de su régimen específico en base a la categoría del bien. Ello no implica que se trate de una cosa extra comercio, pues es de esta categoría más general que implica derechos sobre los que no puede recaer ningún derecho privado, o sobre los que sólo pueden recaer algunos derechos limitados; en estos casos de la categoría general deriva la concreta situación de inalienabilidad, es por ello que ENNECCERUS (*op. cit.*, I-1, 1933, pág. 582) distingue en este caso entre cosas no susceptibles de derecho y cosas no susceptibles de tráfico y de manera similar, FERRARA, F. (*Trattato...*, *op. cit.*, pág. 750). Como afirma PUIG BRUTAU (*Fundamentos del derecho civil*, III, Barcelona, 1953, pág. 240), una res extra commercium supone una destrucción jurídica del objeto de derecho, con lo que no es susceptible de ninguna actuación jurídica y, por tanto, tampoco es disponible.

cuyo análisis nos centramos— presupone este elemento del poder de disposición y se limita al aspecto subjetivo ya que sólo en relación a un objeto disponible cabe legitimar al donante mediante la "reserva de la facultad de disponer".

5.—Eficacia de la disposición de bienes ajenos y reserva de la facultad de disponer.

La posibilidad que recoge el art. 639 C.c que el donante —no titular— realice un acto dispositivo eficaz que exige examinar la legitimación para disponer que el título transmisivo le otorga.

El donante aparece, pues, como un sujeto legitimado —de forma indirecta, ya que no es el titular— para disponer de bienes ajenos, es decir, de aquellos que por la donación han pasado al patrimonio del donante. En torno a su legitimación cabe destacar dos aspectos diferentes:

- 1.— El negocio que atribuye la posibilidad de realizar negocios dispositivos eficazmente y que determina el objeto y el contenido de aquélla. La

En cambio, existen bienes dentro del comercio pero que no pueden ser transmitidos a causa de su régimen especial, este es el supuesto, por ejemplo, de los bienes arrendados sometidos a tanteo o retracto, art. 51 LAU, o de los bienes sometidos a la legislación del patrimonio artístico. (Cfr. BIONDO, Biondi, *I beni*, Torino, 1953, págs. 160-161). Sin embargo, estas limitaciones a la facultad de disponer se discute si afectan directamente a la disponibilidad del objeto o presuponiendo tal calidad actúan como prohibiciones de disponer en el concreto acto de ejercicio de la facultad dispositiva. Sobre este punto, y las prohibiciones de disponer en general, vide supra, cap.6, epígrafe 3.

En la misma dirección debe entenderse el inciso final del artículo 1112 que establece la transmisibilidad del derecho *...si no se hubiese pactado lo contrario* tal restricción se refiere a la existencia de prohibiciones de disponer voluntarias impuestas en actos gratuitos o mortis causa, para las que también remitimos al cap. 6, epígrafe 3.3.

legitimación indirecta para disponer es el requisito de eficacia de la disposición de un no titular y condiciona su ámbito de actuación.

- 2.— La situación jurídica que la legitimación crea para el donante. Tal situación que surge para el donante en virtud de la concesión de legitimación para disponer permite definir la naturaleza jurídica de la donación regulada en el artículo 639 más allá de la eficacia en la disposición de bienes ajenos¹³³ en la que se identifiquen las posiciones jurídicas de donante y donatario. Es evidente que el hecho de que el donante esté legitimado para disponer condiciona los derechos y deberes de ambas partes porque emanan de ella, pero no puede reducirse el estudio del artículo 639 a la disposición eficaz por parte de un no titular. Ambos aspectos serán tratados en los capítulos siguientes de esta obra.

¹³³ Sobre esta distinción cfr. BIONDI, Biondo, *Le donazioni*, Torino, 1961, pág. 862.

—Capítulo 5—

*LA DISPOSICIÓN EFICAZ
DE LOS BIENES DONADOS:
LA LEGITIMACIÓN
PARA DISPONER DEL DONANTE.*

Introducción

La legitimación para disponer que el título configurado conforme al artículo 639 C.c concede al donante puede dar lugar, eventualmente, a una actividad dispositiva por parte de aquél. Por este carácter de mera posibilidad preferimos hablar de legitimación que de actividad dispositiva que es, en realidad, su materialización y que puede o no llevarse a cabo. Lo que el donante tiene, mediante el negocio atributivo de legitimación, es la facultad de disponer de unos concretos bienes y en un concreto ámbito que hace la disposición eficaz.

1.—El negocio atributivo de la legitimación

El primero de los elementos que deben destacarse acerca de la legitimación que ostenta el donante en relación a la disposición de bienes ajenos es el negocio atributivo de tal posición jurídica que hará eficaz su eventual disposición. En el caso del artículo en examen, tal negocio consta, en realidad, de dos partes:

De un lado, el donante, en uso de su libertad en la configuración del título adquisitivo de la propiedad que es la donación, incluye en él la voluntad de disponer de los bienes una vez que estén en el patrimonio del donatario. Pero el acto de disposición gratuito que crea el título adquisitivo para el donante precisa, para su eficacia dispositiva externa, de la aceptación del donatario, ya que el donante no puede provocar unilateralmente tal efecto¹.

¹ Para la configuración de la donación como negocio dispositivo y título adquisitivo cfr. MALUQUER DE MOTES, C.J., *Apuntes de tercer curso de derecho civil*, inéditos,

Así, la aceptación del donatario tiene un doble efecto para la donación: convierte el efecto dispositivo en irrevocable —el donante no puede alterar el destino de los bienes— y produce la transmisión de la propiedad (arts. 623 y 629)². Ahora bien, en el caso del artículo 639 C.c. la aceptación tiene aún otra función: conceder la legitimación al donante por parte de quien es el dueño de los bienes, es decir, el donatario que ha aceptado la disposición que existía a su favor.

Ante la disposición realizada por el donante y su concreta configuración, el donatario puede aceptar o repudiar la donación. Si acepta, en el mismo momento que adquiere los bienes donados —y por el hecho de que no puede realizar una aceptación que excluya una parte del título dispositivo que ha configurado el donante— accede a la eventual disposición del donante sobre aquéllos y, en definitiva, le atribuye la consiguiente legitimación para disponer.

Desde el punto de vista puramente intelectual, es posible distinguir un momento ideal anterior a la concesión de la legitimación que sería la adquisición de la propiedad de los bienes que le sirve de substrato: siendo titular el donatario puede legitimar de forma indirecta a quien ya no lo es: el donante. Sin embargo, tal momento no tiene entidad propia porque la aceptación suma ambos efectos: transmisión de la propiedad y concesión de la legitimación para disponer.

Barcelona, 1987 y CASANOVAS MUSSONS, A.: *La doble consideració de la donación en el Codi civil espanyol: com a negoci dispositiu y com a títol adquisitiu*, inédito, Barcelona, 1992.

² Así, la aparente contradicción entre la perfección de la donación que aparece en estos artículos, se soluciona en función de si la aceptación de la donación se realiza entre presentes -art. 629, basta con que se acpete la donación, porque el donante tiene conocimiento inmediato de este hecho- o entre ausentes, caso en el que, además de emitida, se exige que la aceptación sea conocida por el donante. cfr. CASANOVAS MUSSONS, *op. cit.*, págs. 99 y ss.

2.—*El fundamento de la legitimación indirecta del donante.*

Distinto del concreto negocio que ha atribuido la legitimación para disponer es el fundamento de esta situación o la relación jurídica que la justifica. En efecto, y como ya hemos prejuzgado al hablar de un negocio atributivo de la legitimación, ésta es voluntaria, nacida del acuerdo entre las partes, y se concede en nombre e interés propio.

Así, el donante, cuando dispone de los bienes ajenos lo hace en su propio beneficio e interés³ de forma que si la disposición tiene contrapartida, ésta pasará a formar parte de su patrimonio. Sólo de esta forma se mantiene una de las finalidades prácticas de la institución que es permitir al donante aprovecharse de la productividad de los bienes donados en caso de situación económica adversa.

En este sentido, suele estilarse la limitación de la facultad dispositiva a la venta en caso de necesidad⁴, para que el donante se quede con el precio de la

3 Así. DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, 5a. ed., Madrid, 1988, págs. 353 y 354.

4 No debe olvidarse que el ejemplo de MASUERIUS, Ioannes, (*Aureus ac per utilis tractatus Masuerii, iudiciorum praxim, haud contenendas consuetudines curieque Parlamenti supreme ac aliarum curiarum stilum continens. Al final: Explicit practica domini Masuerii, stilum supreme curie Parlamenti continens, noviter impressa*, Caen, s.d., fol. LXI) que da lugar al inicio de la vinculación del *donner et retenir* a la reserva de disponer de la cosa se refiere a este caso. En el mismo sentido BEGAT, Jean, (*Decisiones*, en *La Coutume du Duché de Bourgogne... par Jean Bouhier*, Dijon, 1717, dec. LXXXII); DELALANDE, Jacques (*Coutume d'Orléans commentée par... Seconde édition...*, Paris, 1772, comt. C. Orléans, art. 283, pág. 602) y LE CARON, Claude (père), (*Commentaire sur les coutumes du Gouvernement de Péronne, Montdidier et Roye*, en *Le coutumier de Picardie*, II, Paris, 1726, comt. C. de Péronne, art. 109, pág. 41). Así, y por el principio de derecho consuetudinario ya expuesto, la reserva anula la donación precisamente porque sólo el propietario puede aprovecharse de la disposición de sus propios bienes.

cosa y se excluya, por tanto, la subrogación real de éste en el patrimonio del donatario.

También se ha relacionado la reserva de la facultad de disponer del donante con la reserva para la subsistencia del artículo 634 C.c. en el caso de una donación universal⁵. Ciertamente, tal artículo exige reserva de bienes en propiedad o usufructo, y no de reserva de la facultad de disponer de ellos una vez que se ha transmitido su dominio⁶. Sin embargo, nada parece impedir que la reserva del artículo 639 C.c. se utilice para los fines de garantizar, aunque sea indirectamente, la subsistencia del donante universal siempre que la facultad concedida a aquél contenga la posibilidad de realizar negocios dispositivos onerosos y sea el donante quien reciba la contraprestación.

La actuación en interés propio —que implica el nombre propio— la distingue claramente de la representación voluntaria en la que el poder de representación legitima para actuar sólo en interés ajeno, es decir, del poderdante, de forma que los efectos de la eventual disposición pasan al patrimonio de éste. De ello deriva la irrevocabilidad de la concesión de la legitimación para disponer, y la idea que, salvo pacto en contra, si la disposición está limitada al caso de necesidad, tal estado es libremente apreciable por el donante que puede decidir cuando dispone⁷.

3.—*El alcance objetivo de la legitimación.*

La legitimación para disponer se concede al donante en relación a un determinado objeto sobre el que puede operar dentro del ámbito de eficacia que le concede la posición jurídica de legitimado indirectamente. El alcance objetivo de la legitimación plantea dos problemas: los criterios de determinación

5 Cfr. BONEL, *Código civil español*, III, Barcelona, 1890, pág. 112.

6 Recuérdese la diferencia trazada entre reserva de bienes o reserva de la facultad de disponer de ellos en el capítulo 3, para centrar la figura del artículo 639 C.c. en el segundo grupo.

7 Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1993 admite la libre apreciación de la necesidad por parte del donante, FJ núm. 1.

del objeto de la legitimación y su posible amplitud, que serán analizados por separado.

3.1.-Determinación objetiva de la legitimación para disponer: bienes concretos y cantidad determinada.

El objeto de la legitimación para disponer del donante es el límite de su actuación eficaz. Así, el donante no puede realizar actos dispositivos que se refieran a objetos excluidos del campo de la legitimación. El artículo 639 C.c. establece un doble criterio para la delimitación de la esfera de legitimación para disponer: la individualización de bienes concretos entre los donados de los que el donante puede disponer, o fijación de una medida de su valor expresada por la suma de cierta cantidad.

3.1.1.-Disposición sobre bienes concretos ajenos.

El artículo 639 C.c. la legitimación se concede, en primer lugar, para la disposición de bienes determinados de entre los donados

...facultad de disponer de los bienes donados...

este encuadre permite realizar dos exclusiones:

Ya que el objeto de la legitimación para disponer que puede deducirse del artículo 639 C.c. viene delimitada por los objetos donados, no se hace referencia a la posibilidad de actuar con eficacia en relación a la genérica esfera de intereses del donatario —titular—, como hacen los artículos 1259,1 y 1725 C.c., la legitimación para disponer del donante se dirige a bienes concretos ajenos individualizados porque han sido objeto de la donación que contiene la cláusula de reserva de la facultad de disponer.

Por otra parte, este límite no permite reservarse la facultad de disponer de otros bienes del donatario, pues el límite impuesto a la donación no puede superar el enriquecimiento que con ella se otorga a quien la recibe. Tampoco,

por supuesto, puede alcanzarse los bienes de un tercero que no hayan sido donados, pues nunca podría haber concedido la pertinente legitimación para disponer.

Según Rodríguez Adrados⁸, de este límite deriva la imposibilidad de crear, en la esfera de la donación, una figura semejante al legado o sublegado de cosa propia del testador, del gravado o de un tercero. Sin embargo, que el texto del artículo impida tal posibilidad no depende del objeto de la legitimación que se haya atribuido al donante, pues en los supuestos planteados por el autor no se trata de reserva de la facultad de disponer sino de la imposición de una determinada carga al donatario en favor de tercero que exige una actividad del gravado para llevarse a cabo —adquirir y librar al beneficiario (861 C.c.), o librar simplemente (art. 864 C.c)— y en cuya transmisión de la propiedad el testador —o sea, el donante— no interviene. Luego tal figura no encaja en el artículo 639 C.c.

3.1.2.-Disposición de cantidad sobre los bienes donados

El objeto de la legitimación para disponer del donante se puede delimitar también a partir de otro criterio que consiste en fijar una cantidad máxima en relación a su valor hasta la que pueden realizarse los actos dispositivos: este es el sentido que debe darse a la expresión

...reservarse... la facultad de disponer... de alguna cantidad con cargo a ellos

3.1.2.1.-La reserva para testar de cierta cantidad.

La inclusión de un doble objeto de la legitimación para disponer en el artículo 639 C.c. deriva directamente de la regulación de esta figura que se realiza en el artículo 946 Code que reproduce el 16 final de la Ordenanza de 1731. En ambos casos, la posibilidad de un doble tipo de reserva —de bienes o

⁸ Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "Donación con reserva de facultad de disponer", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XVI (1968), pág. 447.

de cantidad— deriva de la confusión con la reserva de testar convalidatoria de la donación universal en los países de derecho escrito.

En efecto, la reserva para testar típica de las donaciones universales solía referirse a una parte de los bienes o a una cantidad de dinero en relación a la totalidad del patrimonio. Era una manera de reducir éste a una valoración económica y permitía exigir que aquello reservado fuese de cierta entidad respecto a la universalidad y solía fijarse un límite mínimo en una veintava parte del patrimonio para evitar reservas ilusorias que incluirían fraude a la ley⁹.

9 Cfr. CLARUS, Iulius, *Opera omnia, sive practica civilis atque criminalis*. Genevae, 1666, lib.4, Donatio, q. 19, n.8: *Secundo principaliter ex ratione posterius posita, quod scilicet donatio omnium bonorum non valet, nec quis eo modo ammittere possit facultatem testandi, infertur quod si donator huiusmodi donatione reservaverit, sibi aliquid pro facultate testandi, donatio ipsa valevit. Talis enim donatio non tollit in totum, sed solummodo restringit testandi facultatem: intellige tamen, ut illud, quod reservatur, non fit quid minimum, sed saltem excedat vigesimam partem illius patrimonii, quod donatur.*

Este mismo requisito exige también BASMAISON POGNET, Jean de (*Paraphrase sur les coutumes du bas et haut pays d'Auvergne*, avec des annotations de Charles du Moulin, Clermont, 1696, pág. 139) respecto de la donación de todos los bienes presentes y futuros en la costumbre de Auvergne: *...l'intention de la coutume qui valide la donation si partie des biens est retenue, sans determiner ladicte partie par quote certaine, moitié, tiers, quart ny autre, selon que el mot portion ou partie doit estre entendu amplifié ou restraint au subiect qu'il est accomodé, ou que la dite partie retenue doive estre taxée à l'arbitre du juge, déterminée au vingtième, qu'est le moins que le donnant puisse iustement retenir...que si la retention est au dessus de ladite moindre quote, la vilité esbranlera la donation au hazard de nullité avant que retrancher d'icelle pour remplir la suite retention...*

En tanto que aplicable a donaciones de todos los bienes presentes y futuros, la reserva debía necesariamente individualizarse por cuota de bienes¹⁰ o cantidad de dinero¹¹ que representaba un cierto valor en relación al patrimonio donado. Tal cantidad —en cuanto parte del valor de los bienes— se apartaba de la donación universal con lo que no se trataba de reserva de la facultad de disponer de los bienes sino reserva de estos directamente, por el propio funcionamiento de la figura.

3.1.2.2.-*La reserva de valor sobre los bienes.*

El planteamiento se mantiene en su esencia cuando la reserva se relaciona con la máxima *donner et retenir ne vaut* que exige un efecto dispositivo real incompatible con la reserva de la facultad de disponer sobre los bienes donados, de forma que la solución es la nulidad parcial de la donación. Así, la reserva de cantidad en cuanto reserva de cuota o de valor se aplica a la interpretación del inciso final del artículo 16 de la Ordenanza sobre la reserva de la facultad de disponer de una "somme fixe à prendre sur les biens".

Basmaison¹² identifica la reserva de cantidad con la reserva de cuota de bienes, mientras la reserva de bienes propiamente dicha se refiere a objetos singulares. Prohet, al contrario, apunta que la reserva de bienes se da en el caso de donación de más de un bien, mientras que la de cantidad suele acompañar a

¹⁰ Así, MAINARDUS, Ierardus (*Notabilium et singularium questionum iuris scripti decisarum aut praeiudicatam per arreata memorabilia Parlamenti Tholosani*, Toulouse, 1610, dec. 94, núm. 2) habla directamente de la reserva de una cuarta parte de los bienes.

¹¹ Precisamente, el criterio de modicidad en la reserva actuada, que podría conllevar la nulidad de la donación universal porque la reserva par testar es despreciable, conduce a la validez de la donación precisamente porque la reserva carece de importancia material en comparación con el enriquecimiento que la donación supone para el donatario (Cfr. BARDET, Pierre (*Recueil d'arrests du parlement de Paris*, I, Avignon, 1773, II, pág. 277). Se observa la influencia del tratamiento que en la zona de derecho escrito se realiza de la reserva para testar.

¹² Cfr. BASMAISON, *op. cit.*, pág. 138-139.

la donación de un sólo bien en la que el donante se reserva de disponer de una parte de su valor¹³.

En el mismo sentido, Bardet¹⁴ aclara el concepto de reserva de valor al expresar que tal reserva de disponer puede hacerse hasta la concurrencia de una determinada cantidad en relación al valor de los bienes, que son los efectivamente donados, y tal interpretación deviene usual¹⁵: la reserva de cuota se justifica en la donación de todo el patrimonio y en la de algunos bienes y significa la reserva de una parte de su valor.

Sin embargo, la donación con reserva de cantidad no puede ser analizada de la misma forma que la reserva para testar porque contradice el *donner et retenir ne vaut*: no contiene efecto dispositivo pleno y adquisitivo irrevocable

¹³ Cfr. PROHET, Claude Ignace (Les Coutumes du Haut et Bas Pays d'Auvergne, conferées avec le droit civil, & avec les Coutumes de Paris, de Bourbonnois, de la Marche, de Berry & de Nivernois, Paris, 1765, comentario al art. 18, costumbre de Auvergne, pág. 115.

¹⁴ Cfr. BARDET, *op. cit.*, II, pág. 276 y 277.

¹⁵ Así lo expresa POTHIER (*Traité des successions. Des donations testamentaires. Des donations entre vifs. Des substitutions. Des propes*, en *Oeuvres*, T.VII, Paris, 1827, pág. 457) en relación a una reserva genérica de vender la cosa donada: *...s'il [el donante] a limité la somme jusqu'à laquelle il pouvait disposer, elle [la reserva] n'est nulle que jusqu'à la concurrence de cette somme...*; y, muy gráficamente COCHIN (*Oeuvres*, Contenant le recueil de ses Mémoires et Consultations. Dernière édition, Paris, 1788, IV, pág. 486): *...cette maxime de notre Droit François, que donner & retenir ne vaut, c'est-à-dire, que le donateur ne peut retenir aucun droit sur la propriété des biens jusqu'à concurrence de la somme donnée, il ne peut plus les aliéner, les hypothèquer, les substituer d'autres, il faut que dans l'instant même le donataire devienne propriétaire incommutable.*

En general, cfr. FURGOLE, *Ordonnance de Louis XV Roy de France et Navarre pour fixer la jurisprudence sur la nature, la forma, les charges & les conditions des Donations. Donnée à Versailles au mois de février 1731*, Toulouse, 1733, pág. 78; BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, Paris, 1770, pág. 115; MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Cinquième édition, VIII*, Bruxelles, 1826, pág. 447.

en aquello reservado de forma que se llega a la nulidad parcial de la donación en el objeto de la reserva: El valor de los bienes hasta la cantidad determinada en el correspondiente título no se consideran comprendido en la donación —tal como lo expresa el artículo 16 de la Ordenanza de 1731—, luego permanece en el patrimonio del donante subrogándose en la posición de los bienes efectivamente donados¹⁶. Así, que la cantidad reservada se entiende no donada cuando no se dona cantidad, sino bienes, significa apartar de la donación una parte de su valor que queda en el patrimonio del donante y comporta para el donatario la obligación de devolver tal valor, es decir, su importe¹⁷.

La idea de reserva de valor expresada en una cantidad, como diferente a la reserva de bienes permite a Pothier distinguir entre reserva de bienes y de cantidad en relación a la imputación de un acto dispositivo del donante en la reserva nacida de la donación. El autor considera que si se reserva cantidad, es el valor determinado lo que queda en el patrimonio del donante y al que afectará, necesariamente, cualquier acto de disposición del donante posterior a la donación¹⁸. En cambio, si se reservan bienes, el acto de disposición deberá dirigirse a aquél bien en concreto no pudiendo, en este caso, entender que los actos dispositivos del donante afectan al valor concreto del bien: sólo pueden

¹⁶ Modernamente defiende esta concepción en relación al artículo 639 C.c. MENÉNDEZ ("Las donaciones con pactos especiales", en R.D.P., diciembre 1972, pág. 1061).

¹⁷ En este sentido, POMMIER, Alexandre, *De la règle donner & retenir ne vaut. Son origine historique, ses consequences, ses exceptions en droit français*, Paris, 1876, pág. 211.

¹⁸ POTHIER (*op. cit.*, VII, pág. 471): *Lorsqu'une personne a donné tous les biens qu'il laisserait à sa mort, sous la réserve de disposer d'une certaine somme, il n'est pas douteux que les dispositions, soit générales, soit de sommes particulières, qu'il fait depuis, sont censées faites sur la somme dont il s'est réservée de disposer, ne lui restant rien d'autre chose. mais, lorsque la donation faite sous cette réserve n'est que d'une partie des biens du donateur, les dispositions, qu'il a fait par la suite, sont plutôt censées faites sur les biens qui lui restent, que sur ce dont il s'était réservé de disposer, s'il ne l'a pas exprimé; car le donataire ayant en sa faveur une volonté expresse, qui comprend dans la donation la chose réservée, au cas que le donateur n'en dispose pas, il faut une volonté également expresse pour l'en excepter.*

afectarle los actos dispositivos que se dirijan concretamente a su sustancia o subsistencia. La reserva de bien es del objeto como tal y no de su valor¹⁹.

*3.1.2.3.-Reserva de disponer de valor sobre los bienes donados:
art. 639 C.c.*

En el artículo 639 C.c. se mantiene la doble posibilidad de reserva²⁰, pero necesariamente debe variar el enfoque como sea que la reserva de la facultad de disponer es ahora válida. En este contexto, la individualización de los bienes sobre los que actúa la legitimación del donante por su singularidad o por su valor cobra toda su importancia. La reserva de valor —es decir, de cantidad— se encuadra mejor porque la donación transmite realmente la propiedad de los bienes donados y el donante no se reserva cierta cantidad, sino simplemente, la posibilidad de disponer de cierta cantidad en relación a los bienes donados, o sea, del valor de aquéllos hasta la concurrencia de la cantidad estipulada²¹.

Ciertamente, el artículo no se expresa en este punto con suficiente claridad²²: La expresión

¹⁹ Cfr. POTHIER, *ibidem*; FURGOLE, *ibidem*. En el mismo sentido, BOURJON, *op. cit.*, pág. 115.

²⁰ La tradición, sin embargo, se había visto trunca por el proyecto de 1836, art. 1595, que, contrariamente a todos los precedentes, recoge únicamente la reserva de bienes y decreta su nulidad.

²¹ Cfr. BIONDI *Le donazioni*, Torino, 1961, pág. 857; CRISTÓBAL-MONTES, *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971 pág. 146; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Curso de derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, pág. 93; ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. VIII. vol. 2, Madrid, 1986, Comentario al artículo 639 del Código Civil, pág. 256.

²² En ello parece de acuerdo la mayor parte de la doctrina, BIONDI, *op. cit.*, pág. 863 y ss; CRISTÓBAL-MONTES, *op. cit.*, pág. 146. El problema que ofrece la redacción del artículo 639 C.c. es la dificultad de individualizar el supuesto de hecho: la facultad de disponer de cierta cantidad que ostenta el donante.

Podrá reservarse el donante la facultad de disponer...de alguna cantidad con cargo a ellos [los bienes donados]

es ambigua porque se dispone de derechos —y mediatamente de los objetos sobre los que recaen—, pero no de su valor: El valor es más la medida que el objeto de un acto dispositivo, y ahí está la clave, pues la facultad de disponer de alguna cantidad acota el valor al que pueden ascender los actos dispositivos que el donante realice, ahora sí, sobre los bienes donados. De manera gráfica, como afirma Biondi, los bienes soportan las consecuencias económicas²³ de tales actos hasta una cierta cantidad que es medida de su valor: la cantidad expresa la importancia económica que, sobre el patrimonio del donatario, pueden comportar los actos dispositivos que el donante realice en uso de su legitimación para disponer.

Este es el sentido de la reserva de cantidad que excluye considerar que tal reserva se dirige exclusivamente a las donaciones de dinero. En ellas, tal reserva sería, también, de los bienes donados en cuanto que cantidad sería una parte del objeto inicial de la donación²⁴.

Tampoco debe vincularse este tipo de reserva a la calidad de fungible del dinero que determina su confusión en el patrimonio del donante por lo que la eventual disposición no actúa exactamente sobre el objeto de la donación. En este caso, común a la donación de cualquier bien que ostente la característica de la fungibilidad, la reserva se centra no en objetos específicos sino en su

En contra, RODRIGUEZ ADRADOS (*op.loc.cit.*, pág. 450) apunta que es difícil imaginar una reserva de cantidad cuando se han donado bienes por existir disparidad de objetos. Este razonamiento, que ya hemos expuesto en relación al sistema del Code -art. 946- que comporta la nulidad de la donación en cuanto a la reserva, no puede sostenerse en nuestro sistema donde se dan los bienes y se reserva sólo la facultad de disponer.

²³ Cfr. BIONDI, *op. cit.*, 863.

²⁴ Cfr. CRISTÓBAL-MONTES, *op. cit.*, pág. 145.

"tantundem": objetos similares y equivalentes²⁵. Que tales objetos sean distintos a los inicialmente donados no influye en la configuración de la legitimación para disponer y es simple consecuencia de su propio régimen jurídico.

3.1.3.- Reserva de disponer de cantidad y carga de pagar deudas futuras hasta cierto valor.

La disposición de cantidad sobre los bienes donados, en cuanto reserva de valor, ha sido interpretado²⁶ como posibilidad de que el donante tenga el patrimonio del donatario como centro de imputación de responsabilidad por sus propias deudas, obligando al donatario a satisfacerlas hasta una determinada cantidad. Así, los bienes donados no sirven de medida de los actos dispositivos que incluye la legitimación, sino de referencia para la imputación deudas hasta determinada cantidad. En este caso no se dispone, sino que se obliga bienes ajenos.

En efecto, ya Henrys, antes de la Ordenanza de 1731, identifica la reserva de disponer de una cantidad de dinero con la obligación del donatario de pagar deudas futuras hasta cierta cantidad²⁷. Este planteamiento se adelanta, sin embargo, a su época y a la interpretación usual de la cláusula de pagar deudas futuras por parte del donatario que deriva del imperio del *donner et retenir ne vaut*. Ciertamente, esta regla no tiene aplicación en nuestro sistema que ha abandonado el requisito de la irrevocabilidad de la donación, por lo que este recurso a la doctrina francesa podría parecer supérfluo, pero la interpretación

²⁵ Cfr. BIONDI, *op. cit.*, pág. 857; CRISTÓBAL-MONTES, *op. cit.*, pág. 145. RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. loc. cit.*, pág. 450) duda, sin embargo, de que en la donación de dinero se pueda construir una reserva de disponer de los bienes donados.

²⁶ Cfr. BIONDI, *op. cit.*, pág. 82-3; BALBI, Giovanni, *Le donazione*, Torino, 1964, pág. 56-7, CRISTÓBAL-MONTES, *op. cit.*, pág. 145; BONEL, *op. cit.*, III, pág. 113; GULLÓN, *op. cit.*, pág. 92; ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 256.

²⁷ HENRYS, Claude, (*Oeuvres de...*, contenant son Recueil d'Arrets ses plaidoieres et harangues... Paris, 1708, II, pág. 335) Así, la reserva de cantidad no significa reservarse la disposición de esta parte de la donación, sino *une convention personnelle, qui équipolle á une dette mobiliare que contracte le donataire envers le donateur*.

dada a este punto en el sistema francés, por los azares de la evolución de la máxima consuetudinaria, condiciona también su tratamiento en la esfera de nuestro Código civil y aporta la solución al problema aquí planteado.

*3.1.3.1.-La carga de pagar deudas futuras hasta cierta cantidad
(art. 945 Code).*

La posibilidad de que el donatario asuma deudas del donante de forma indeterminada es analizada por la doctrina francesa anterior a la Ordenanza de 1731²⁸ como un supuesto de reserva tácita de la facultad de disponer toda vez que, aun no reservándose propiamente la disposición de los bienes, se llega al mismo resultado de alterar el efecto inicialmente previsto.

La nulidad se centra en la calidad de futuras de las deudas y proviene de la imposibilidad de determinarlas a priori, de forma que pudiendo el donante aumentarlas a su libre albedrío, convierte el efecto adquisitivo de la donación en incierto y esto es, indirectamente, *donner et retenir*²⁹. No se plantea, sin

²⁸ Este tratamiento deriva indirectamente de la solución dada por Ricard -y que sigue la Ordenanza de 1731- de considerar nula la donación de todos los bienes presentes y futuros con lo que debe decidirse la validez de las cláusulas que solían acompañarla de forma autónoma. Este es el caso de la carga de pagar deudas futuras. Para el análisis de este punto vide supra cap. 1, epígrafe 4.2.2.1.

²⁹ Cfr. BASMAISON, op. cit., pág. 137; RICARD, Jean M., *Traité des donations entre-vifs et testamentaires*, I, Paris, 1713, núm. 1017; FERRIÈRE, Claude de, *Nouvelle institution coutumière qui contient les regles de tout droit coutumier...de France*, Paris, 1692, pág. 307; POCQUET DE LIVONNIERES, Claude, *Règles du droit français*, Paris, 1768, pág. 254; LAMOIGNON, Guillaume de, *Recueil des arrêtés de M. le Premier Président de Lamoignon, Nouvelle édition, revue & corrigée*, Paris, 1777, arrêté XIII; BOUTARIC, François de, *Explication de l'Ordonnance de Louis XV. Roi de France & de Navarre. Du mois de février 1731, concernant les donations*, Avignon, 1744, pág. 71; DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, Guy, *Commentaire sur les nouvelles ordonnances concernant les Donations, les Testaments, le Faux principal, Faux accident, & la Reconnaissance des écritures & signatures privées en matière criminelle, & sur la Déclaration concernant les Cas Prévôtiaux ou Présidiaux*, Paris, 1753, pág. 63; PREVOST DE LA JANNES, Michel, *Les principes de la jurisprudence*, T. II, Paris, 1780, pág. 185; DAMOURS, M., *Conference de*

embargo, la posibilidad de limitar las deudas futuras hasta una cierta cantidad que obviaría el problema descrito y que, como argumenta Henrys, en tal caso, el donatario quedaría obligado a asumir las deudas futuras del donante sólo hasta la cantidad determinada. La donación se convierte en modal y no presenta problemas a cerca de una posible reserva tácita de la facultad de disponer que comportaría retención porque aparece claramente determinada y el donatario conoce, en el momento de aceptar el título, cual va a ser su enriquecimiento³⁰.

Al contrario, su opinión es aislada y el caso de reserva para disponer de cantidad sobre los bienes donados se limita a declarar la nulidad parcial siguiendo el mismo régimen que si se reserva la disposición directamente sobre los bienes. Este planteamiento cristaliza en una doble regulación en el artículo 15 de la Ordenanza de 1731:

Este texto legal establece, en su primera parte, la nulidad de toda la donación por el pago de deudas futuras, mientras en la segunda impone la nulidad parcial en el caso de reserva de disponer de cantidad sin que se intente una interpretación sistemática de ambos preceptos, en la línea propuesta por Henrys.

A Pothier se debe la distinción clara entre ambas cláusulas: La donación es nula por el todo si existe carga de pagar deudas futuras —luego indeterminadas—. Por la misma razón, si el donante se reserva la facultad de disponer hasta cierta cantidad en relación con los bienes donados, la nulidad sólo es parcial y abarca aquella parte de la donación que, afectada por la reserva, no concede al donatario un derecho irrevocable. Siguiendo este modelo, si la carga de pagar deudas futuras se limita hasta cierta cantidad, la donación sólo se anula en la cantidad fijada, puesto que es la única que puede llegar a utilizar el donante³¹.

l'Ordonnance concernant les donations, avec le droit romain, les anciennes ordonnances, la jurisprudence des Parlemens, et le sentiment des auteurs, Paris, 1753, pág. 157; MERLIN, *op. cit.*, VIII, pág. 446-7.

³⁰ Cfr. HENRYS, *op. cit.*, II, pág. 335.

³¹ Cfr. POTHIER, *Traité des donations...*, *op. cit.*, VII, pág. 457 y *Coutume d'Orléans...*, *op. cit.*, X, pág. 468.

Se distingue claramente entre la carga de pagar deudas futuras, que se remite a la primera parte del artículo 15 de la Ordenanza, y la reserva de disponer de cierto valor sobre los bienes donados, que pertenece a la cláusula regulada en la segunda parte del texto legal citado.

Esta interpretación correctora de la nulidad total por el pago de deudas futuras cuando se determina la cantidad máxima de la que debe responder el donatario cristaliza en la regulación del Code que, además, aporta la separación total de ambos supuestos atribuyendo a la regulación del pago de deudas futuras hasta cierta cantidad una regulación autónoma al lado de la reserva de disponer de cantidad.

En efecto, el artículo 945 de este texto legal establece un doble criterio de exclusión para la carga de pagar deudas: que sean futuras y que no consten en un documento anexo al de donación o en éste mismo. Así, se admite el pago de deudas futuras si constan de forma expresa porque, entonces, a pesar de ser futuras, son determinadas³²: en definitiva, se conoce su valor total de forma que puede determinarse perfectamente la entidad del derecho que se transmite al donatario³³.

³² Cfr. GRENIER, *Traité des donations, des testaments, de toutes autres dispositions gratuites suivant les principes du Code civil*, 3^a ed., Clermont-Ferrand, 1826, I, pág. 194; MOURLON, Frédéric, *Répetitions écrites sur el Code civil*, 12 a edición, al cuidado de Ch. Demangeat, T. II, Paris, 1885 II, pág. 381; DEMANTE, A. M., *Cours analytique de Code Napoléon*, Continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, T. IV, Paris, 1858 IV, pág. 208; TROPLONG, *Delle donazioni fra vivi e dei testamenti*, Traducción italiana de Giacinto Mosca, T. I, Napoli, 1855, pág. 1212; LAURENT, F., *Principes de Droit civil français*, T. XII, Paris-Bruxelles, 1874, pág. 527; MICHAUX, Alexandre, *Traité pratique des donations*, Paris, 1866, págs. 166-167; TASSARD, Paul, *Droit français: De la règle donner & retenir ne vaut*, Tesis doctoral leída en la Universidad de Nancy, 1872, pág. 107; BONNECASSE, Julien, *Elementos de derecho civil*, traducción por... Jose M. Cajica, Puebla, 1946, III, pág. 395; BONNECASSE, *Curso elemental de derecho civil*. Traducción... por Demófilo DE BUEN, VII, Madrid, 1927, pág. 610; PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique du droit civil*, Paris, 1957, V, pág. 566.

³³ MARCADE, V. (*Explication théorique et pratique du Code de Napoléon*, T. IV, 5^{ième} édition, Paris 1852, pág. 560) habla literalmente de "valeur totale"; MICHAUX

La determinabilidad de las deudas futuras que evita la nulidad de la donación, debe contener, en palabras de Delvincourt³⁴ su estimación o descripción, es decir, bien la individualización de las deudas que se impondrán³⁵ bien la fijación de una cantidad máxima hasta la que el donante puede imputar el pago de las deudas³⁶. Como puede observarse, es este segundo supuesto el que nos interesa puesto que podría argumentarse que se produce una coincidencia de supuestos de hecho entre esta carga de pagar deudas futuras hasta cierta cantidad y la reserva de la facultad de disponer de alguna cantidad. Sin embargo, ello no es así:

La carga de pagar deudas futuras hasta cierta cantidad significa realizar una donación válida, según el tenor literal del artículo 945 Code. Sin embargo, a nadie se le oculta que la donación no es irrevocable en la cantidad susceptible de abarcar las deudas, a pesar de que sean determinadas. Para salvar este inconveniente se acude al razonamiento que el artículo 946 realiza en relación a la reserva —ya sea de bienes o de cantidad— para aplicarlo de forma analógica: La determinación de la carga por la fijación de una cantidad máxima debería conducir a la plena validez de la donación pero, en atención al 946 C.c., se interpreta como un caso de nulidad parcial³⁷, es decir, sólo en la parte que

(*op. cit.*, pág. 168) se refiere a "chiffre totale" de las deudas futuras impuestas que es la medida del valor. De forma similar, BONNECASSE (*op. cit.*, VII, pág. 615).

34 Cfr. DELVINCOURT, *Istituzioni di diritto civile secondo le disposizioni del Codice Napoleone*, traducción italiana de la segunda edición francesa, Milano, 1812, II, pág. 15.

35 Así, GUILHON, C.G. (*Traité des donations entre-vifs*, Toulouse, 1818, pág. 10) acude al ejemplo de la carga de realizar una determinada obra que ya se individualiza de antemano, y MOURLON (*op. cit.*, II, pág. 381) establece la determinación en función del tipo de deudas: dotar a las hijas, alimentar al donante...

36 Cabe también un supuesto a medio camino entre los descritos que es la individualización de la deuda directamente por su cantidad, cfr. GUILHON, *op. cit.*, pág. 10 y BONNECASSE, *op. cit.*, III, pág. 395).

37 Cfr. TOULLIER, G.B.M. *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice*, Terza edizione Napoletana, conforma alla seconda fatta sull'ultima edizione di Parigi per cura

pueden llegar a abarcar las deudas, pues en relación a ella la donación no es irrevocable y el donatario se obliga a pagar tal cantidad a los herederos del donante³⁸.

Es evidente que esta regulación del Code ambos supuestos aparecen claramente diferenciados y regulados en artículos distintos (945 y 946 Code). Precisamente por ello, la solución de la nulidad parcial en el caso de reserva de disponer hasta cierta cantidad es aplicada por vía analógica al artículo 945 Code. En definitiva, la posibilidad de que el donante imponga al donatario el pago de deudas hasta una cierta cantidad no se identifica con la reserva de disponer de determinada cantidad.

3.1.3.2.-Libertad en la carga de pagar deudas futuras (art. 642 C.c).

Esta dualidad de regulación sobre el pago de deudas hasta cierta cantidad y la reserva de la facultad de disponer de cierta cantidad se mantiene en nuestro Código civil³⁹. Así, el artículo 642 C.c. se refiere a la carga de pagar deudas, y el ya tan citado 639 C.c. a la reserva de disponer de bienes o de su valor

di Francescopaolo del Re. T.V Napoli, 1839, V, pág. 156; MICHAUX, *op. cit.*, pág. 168; LAURENT, *op. cit.*, XII, pág. 529; DURAND, Augustin, *De la règle: donner & retenir ne vaut en Droit français*, Paris, 1876, pág. 189; TASSARD, *op. cit.*, pág. 108; POMMIER, Alexandre, *De la règle donner & retenir ne vaut. Son origine historique, ses consequences, ses exceptions en droit français*, Paris, 1876, pág. 211; BONNECASSE, *op. cit.*, VII, pág. 616.

³⁸ Cfr. MARCADE, *op. cit.*, III, pág. 560; GUILHON, *op. cit.*, pág. 10; POMMIER, *op. cit.*, pág. 211.

³⁹ También se observaba la misma dirección en el Proyecto de 1851: el artículo 946 establecía la necesidad de que constasen las deudas de las que el donatario se hacía responsable. Según GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, Zaragoza, 1974, pág. 468), la intención del precepto era que el beneficiado conociese el valor de lo donado y el donante no pudiese aumentar ni disminuir su cuantía, atentando, en definitiva, a la irrevocabilidad de la donación. Por otro lado, el artículo 957 regulaba la reserva de la facultad de disponer de alguna cantidad.

—cantidad—. Sin embargo, de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad que en materia de donación rige en nuestro C.c. por el carácter lucrativo del título, el donante puede imponer el pago de deudas tanto presentes como futuras. El artículo 942 C.c se limita a dar una regla de interpretación de la voluntad de las partes cuando establece que la mención genérica de la carga de pagar deudas se limita a las existentes antes de la donación. Así pues, las deudas futuras, y cualquiera de las modalidades que a la estipulación de su pago se pudiese hacer, caen dentro de la libertad de configuración del título.

Ambos supuestos de hecho aparecen plenamente diferenciados: el artículo 642 C.c. se dirige a toda donación con carga de pagar deudas futuras bajo cualquier modalidad que las partes establezcan en el título; el artículo 639 C.c. contiene, en cambio, una reserva de disponer del valor de los bienes hasta cierta cantidad que determina la entidad de la legitimación para disponer del donante.

En contra se argumenta⁴⁰, que mientras la carga de pagar deudas futuras (art. 642 C.c.) es real porque se crea en el mismo momento que la donación, la reserva de disponer de cierta cantidad, interpretada como la posibilidad de imponer el pago de deudas es meramente eventual y depende de que el donante haga uso de la facultad que se ha reservado⁴¹. Ello determinaría que el artículo 639 C.c. englobase esta concreta posibilidad de imponer el pago de deudas futuras.

⁴⁰ Cfr. BONEL, *op. cit.*, III, pág. 113; BIONDI, *op. cit.*, pág. 863; BALBI, *op. cit.*, pág. 56 y 57. ALBALADEJO (*op. cit.*, pág. 267) no distingue de forma tan tajante, pero expresa la idea que la carga sólo nace en el momento del uso de la reserva. Los autores no se pronuncian, tampoco, acerca de la necesidad de un acto de imputación expreso.

⁴¹ Este matiz era constatable también en la esfera del Code. Ello no obstante, la idea de nulidad parcial de la parte de la donación que podía verse disminuída por la imposición de deudas futuras llevaba a considerar que posibilidad de imponer una carga equivalía a la carga ya impuesta pues en ningún caso se concedía la donatario un derecho irrevocable. Cfr. DEMANTE, *op. cit.*, IV, págs. 212-213; MARCADE, *op. cit.*, III, pág. 562; LAURENT, *op. cit.*, XII, pág. 534; POMMIER, *op. cit.*, pág. 216, nota 1 y 217.

Con todo, la distinción parece más querida que real toda vez que la eventualidad del pago de una deuda futura, una vez impuesta la carga, se limita a la necesidad de una imputación expresa. Así, la carga de pagar deudas hasta cierta cantidad tendría una imputación automática de forma que todas las deudas posteriores a la donación contraídas por el donante serían a cargo del donatario hasta llegar a la cantidad fijada. Al contrario, la reserva de la facultad de disponer hasta cierta cantidad exigiría un acto de imputación expresa del donante para entender que usa de la facultad de imponer deudas que se ha reservado. En cualquier caso, la imputación expresa de la deuda a los bienes donados bajo reserva de valor, implicaría, como así lo admite Biondi⁴², la imposición de una carga.

Así, parece más lógico entender que el artículo 639 C.c. no se refiere al pago de deudas futuras del donante porque, además, al amparo de la libertad de pactos, es posible establecer mecanismos que limiten el criterio de imputación automática en el marco del artículo 642 C.c. y ello determinaría, en la práctica, la existencia de una carga no cierta sino posible. La posibilidad de imponer eventualmente el pago de deudas al donatario no queda prohibido por el hecho de no hallarse regulado en el artículo 639 C.c. y la interpretación del texto legal en este punto es mucho más armónica.

3.1.3.3.-Obligación y disposición.

Como segunda objeción, puede destacarse que la reserva de valor sobre los bienes que permite el artículo 639 C.c. se refiere a "facultad de disponer", es decir, a actos dispositivos, condición que, a mayor abundamiento, no cumple la carga de pagar deudas futuras.

En realidad, la regulación paralela de los dos preceptos indicados hunde sus raíces en el propio concepto de disposición: la donación con carga de deudas futuras se vincula al tratamiento de la máxima *donner et retenir ne vaut* como muestra de reserva de disponer tácita en tanto que cláusula que inducía, aunque

⁴² Cfr. BIONDI, *op. cit.*, pág. 863. Tampoco parece decisivo el hecho de que mientras la carga puede ser exigida por cualquiera, la reserva de valor corresponde únicamente al donante porque a él le correspondería la imputación expresa. Una vez utilizada la facultad, cualquier interesado puede exigir el cumplimiento de la carga ya impuesta efectivamente al donatario.

no determinase claramente, la posibilidad de disponer de los bienes donados. Este concepto general de reserva amplía el de facultad de disponer que, fuera del campo de los actos dispositivos, incluye los obligacionales y maneja un concepto de disponibilidad como poder de decisión de la cosa que anula el requerido efecto de transmisión de propiedad⁴³.

Así, mientras la reserva de la facultad de disponer en sentido técnico se polariza en torno al artículo 946 Code (y 639 C.c.), otros preceptos, como el 945 C.c. no relacionan la irrevocabilidad de la donación exclusivamente con aquél concepto. Este es el origen de su tratamiento diversificado que conduce a la dualidad de preceptos por lo que reserva de la facultad de disponer de alguna cantidad debe interpretarse como determinación del valor máximo de los actos dispositivos que puede realizar el donante en relación a aquellos donados. No es, como afirma Rodríguez Adrados⁴⁴, que la posibilidad de disponer de bienes ajenos incluya —ad maiorem, ad minus— la posibilidad de obligar tales bienes.

En el Código, la posibilidad de imponer la donatario el pago de deudas del causante es posible en el marco de nuestro C.c., pero en relación al artículo 642 C.c.. El artículo 639 C.c. se refiere, por especialización, a los actos dispositivos individualizados ya sea en relación a un determinado objeto, ya sea referidos a una cierta cantidad máxima.

3.2.-Límite de la legitimación: los bienes donados

El único límite al objeto de la legitimación son los bienes donados y, por tanto, coincide con su suma total. Nos pronunciamos, pues, claramente, a favor de la admisibilidad de la reserva total. En efecto, ni del tenor literal del artículo —interpretado conforme a sus precedentes históricos—, ni de la configuración de la legitimación puede deducirse otra alternativa.

⁴³ Para estas nociones vide supra cap 2, epígrafe 2.3.

⁴⁴ Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. loc. cit.*, pág. 451.

Después de analizar la determinación del objeto de la legitimación, conviene fijar el límite objetivo de la reserva.

3.2.1.-Reserva total y determinabilidad

El artículo 639 C.c. se refiere a la reserva de la facultad de disponer de algunos bienes o de alguna cantidad — y esta expresión literal es utilizada para pronunciarse en contra de la reserva total⁴⁵— sin embargo, la dicción de este artículo debe interpretarse en clave histórica⁴⁶.

La reserva de la facultad de disponer como caso específico que comporta la nulidad de la donación nace al amparo de la reserva parcial convalidatoria de cualquier donación universal que sólo era posible configurarla como reserva de una parte de lo donado o de un cierta cantidad. Cuando esta figura se acoge en el ámbito del *donner et retenir ne vaut*, la idea de reserva parcial continua siendo lógica: sólo puede plantear dudas de validez una donación en la que el

⁴⁵ Cfr. SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial por...*, T. XI, Madrid, 1896, XI, pág. 838; IRURZUN GOICOA, *La donación en reserva de la facultad de disponer (Algunos problemas que plantea el artículo 639 del Código Civil)*, Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 25 de mayo de 1963, Valencia, 1967, pág. 15; usa el mismo razonamiento la STS de 7 de julio de 1978 (RCDI, 1980-2, pág. 1215) y el Registrador de la Propiedad en la RDGRN de 11 de mayo de 1983 (RDN, pág. 433).

También se utiliza el mismo argumento en relación al artículo 790 C.c. italiano de 1942: *...riserva di qualche oggetto compreso nella donazione o di una determinata summa sui beni donati...*: AZZARITI, F. S.- MARTÍNEZ, G.- AZZARITI, G., *Diritto civile italiano. Successioni per causa di morte e donazioni*, Segunda edición ampliada e correcta, Padova, 1948, pág. 737; BIONDI, op. cit., pág. 855; GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, Comentario del codice civile, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna-Roma, 1976, pág. 333.

⁴⁶ Sobre la conveniencia de no descontextualizar la expresión contenida en el artículo 639 C.c. RODRÍGUEZ ADRADOS (op. loc. cit., págs. 455 y 459).

donante retiene una parte para decidir si la donación es nula por el todo o sólo en la parte de la reserva⁴⁷.

La solución es la nulidad parcial porque sólo la parte en la que opera la reserva vulnera la transmisión irrevocable de la propiedad, y así, la donación subsiste en aquello que no se opone al efecto dispositivo necesario en la donación⁴⁸. Utilizando la misma lógica, y a mayor abundamiento⁴⁹, se considera que la reserva total conduce necesariamente a la nulidad de toda la donación por falta absoluta de efecto dispositivo⁵⁰.

47 En el mismo sentido, RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. loc. cit.*, págs. 436 a 438.

48 Así, PITHOU, Pierre (*Les coutumes du Bailliage de Troyes en Champagne*, Troyes, 1609, pág. 279): *que si le donateur se réserve par exprès la disposition de la chose donnée, quant a la propriété, il me semble que c'est donner & retenir: mais s'il se réserve seulement de disposer d'une partie, la donation vault pour le reste.* Aquí se observa el paralelismo perfecto en la consideración de ambos tipos de reserva, sólo variando la entidad de aquella. La mezcla de ambos tipos es aún más evidente en BILLECART (*Coutumes de Chaalons avec des commentaires de Maistre...où sont traités les plus belle & les plus importantes questions du droit coutumier*, Paris, 1686, pág. 183): *le donateur peut se réserver la disposition d'une partie de ce qu'il donne, par exemple s'il donne une terre & seigneurie à la réserve du bois de haute fustaye, desquels il veut qu'il n'en appartienne au donataire que ce qu'il s'en trouvera au iour de son decez, ce qui n'empêche la validité de la donation pour le reste.* La reserva parcial de un bien de los donados, no anula la donación, simplemente aparta el bien del conjunto de los donados.

En el mismo sentido, LE MAISTRE, *La coutume de la prevosté et vicomté de Paris*, Paris, 1700, pág. 358; PROHET, *op. cit.*, págs. 114-115; HENRYS, *op. cit.*, II, pág. 533; FERRIERE, *op. cit.*, pág. 307; LAURENT, XII, *op. cit.*, pág. 532; POMMIER, *op. cit.*, pág. 216; BONNECASSE, *op. cit.*, III, pág. 395.

49 Cfr. BRILLON, Pierre Jacques, *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence univverselle des Parlemtes de France*, Paris, 1727, núm. 218, pág. 803; LAURENT, *op. cit.*, X, pág. 532; POMMIER, *op. cit.*, pág. 216, BONNECASSE, *op. cit.*, III, pág. 395.

50 DUMOULIN, *Consilia et responsa iuris analytica*, en *Omnia quae extant opera...*, Paris, 1681, cons. 60, núm. 15: *...dicta reservatio testandi non est facta de omnibus bonis donatis, sed super bonis donatis...quod probatur recté ponderando verba dictae*

Sin embargo, en el marco de libre configuración del título por parte del donante que rige en nuestro ordenamiento, el tenor literal del artículo aporta poca luz sobre la solución que deba adoptarse:

En el caso de reserva de bienes, porque desaparecida la lógica interna que tal redacción tenía en el sistema francés de donación irrevocable, nada impide considerar que "algunos" se refiere a todos, pues se trata de un indefinido⁵¹. No creemos, sin embargo, que usar esta expresión responda a que se trata del caso normal⁵² pues el supuesto que parece como más usual no es el de la reserva p rcial sino el de donación de más de un bien en la que la reserva se reduce a uno de los donados⁵³. Tampoco puede decirse que sea meramente

clausulae, in qua non sit reservatio disponendi de omnibus bonis donatis, sed super eisdem bonis donatis & verbum super bonis aequae & sic proclivius se habet ad partem qu m ad totum, & sic assumendo partem secundum quam actus principalis valet & non vitatur...; En el mismo sentido, PITHOU, *op. cit.*, pág. 279.

⁵¹ Así, el Proyecto de 1851 habla de la reserva de "alguno" de los bienes que acentua este carácter (art. 957) (Cfr. GARCIA GOYENA, *op. cit.*, pág. 471); sin embargo, el artículo 638 del Anteproyecto de 1882-1888 cambia la expresión por "algunos" tal como aparece en el C.c. vigente. (Cfr. *El Anteproyecto del Código civil español* (1882-1888), Publicado con un estudio preliminar, notas y concordancias, por Manuel Peña Bernaldo de Quirós, Madrid, 1965, pág. 182)

⁵² Así, ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 258

⁵³ Así, la interpretación de GARCIA GOYENA (*op. cit.*, pág. 471, comentario al artículo 957): [la] *solución se funda en que la donación comprendió la misma cosa o cantidad: el donador no la exceptuó de ella, y solo se reserv  la facultad de poder disponer, dando con ello á entender, que, si no dispona de la cosa   cantidad, segun definitivamente la suerte de los demás bienes donados.* Sin embargo, el argumento de la entidad del objeto donado es el que permite al Tribunal decidirse en contra de la posibilidad de reserva total en la Resolución de la DGRN de 11 de mayo de 1983 (RDN, CXX, abril-junio, 1983, pág. 435): en la donación de un sólo bien nunca puede admitirse una reserva total.

ejemplificativa⁵⁴: el artículo 639 C.c. adapta al principio de libre configuración del título de donación la reserva de la facultad de disponer, luego el tenor literal del artículo debe interpretarse de forma amplia⁵⁵.

Además, si tal expresión se toma en sentido literal, debe excluirse la reserva de la facultad de disponer en la donación de un sólo bien a riesgo de tener que interpretar que, en este caso, algunos o alguna se refiere a una cuota, y si es así⁵⁶, deberemos concluir que no puede interpretarse el artículo según su tenor literal. Además, puede asegurarse que la reserva de cuota ha sido interpretada como reserva de cantidad en cuanto que es una expresión numérica la que determina el objeto de la legitimación.

Otro problema que puede plantearse es la necesidad de valorar la entidad de la reserva en cada caso para que sea menor que la donación⁵⁷ para evitar fraudes al límite presumiblemente impuesto por la ley, y ello es, obviamente, ir más allá de lo que del artículo 639 C.c. se puede deducir.

En cuanto a la reserva de cantidad, "alguna" no aporta ningún dato a favor o en contra de la reserva parcial, de modo que el único límite es el valor total de los bienes sobre los que aquélla puede actuar⁵⁸: la cantidad máxima que puede fijarse para la determinación del objeto de la legitimación es el valor total de los bienes donados. Aquí aparece claramente el sentido indefinido y no restrictivo de la expresión utilizada.

⁵⁴ Así, GARDANI CONTURSI-LISI, *op. cit.*, pág. 338; y el Notario recurrente en la R. de la DGRN de 11 de mayo de 1983 (*RDN*, CXX, pág. 432).

⁵⁵ Sobre la reserva total, vide, *Bolletín de información del Ilustre colegio Notarial de Granada*, n. 124, noviembre de 1961, pág. 646.

⁵⁶ AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI (*op. cit.*, pág. 737) si bien se pronuncian en contra de la reserva total, admiten la posibilidad de reserva en la donación de un sólo bien.

⁵⁷ Esta postura enormemente restrictiva es, sin embargo, defendida por BALBI, *op. cit.*, pág. 50.

⁵⁸ Cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 258 y argumentación del Notario recurrente en la R. de la DGRN de 11 de mayo de 1983 (*RDN*, pág. 432).

En realidad, las expresiones "algunos" o "alguna" cumplen una finalidad distinta a la de impedir la reserva total: la de exigir su determinación o determinabilidad; sólo así se da un marco objetivo a la legitimación para disponer de bienes concretos ajenos o de cantidad con cargo a ellos que el artículo 639 C.c. concede al donante siendo imprescindible la individualización de éstos⁵⁹.

Este requisito no se relaciona, pues, con la irrevocabilidad de la donación según el sistema francés o con la imposibilidad de hacer ilusoria la donación que recogían los artículos 942 y 946 del Proyecto de 1851⁶⁰: Se trata de una necesidad impuesta por la presencia de una legitimación para disponer de un no titular que debe acotarse en su objeto y en su contenido, de forma que, fuera de este marco trazado en el acto de donación, la disposición de los bienes donados es ineficaz⁶¹.

59 Esta interpretación aparece confirmada por el tenor literal del artículo 790 del C.c. italiano cuyo título es, precisamente, *Riserva di disporre di cose determinate* y que utiliza la expresión determinada para la reserva de cantidad: "...*facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione o di una determinata summa sui beni donati*."

Sin embargo, este requisito era señalado ya por ASCOLI (*Trattato delle donazioni*, 2a ed., Milano, 1935, págs. 142-145) en relación al artículo 1069 del C.c. de 1865 -que exigía en la donación un efecto irrevocable- para indicar que la reserva de la facultad de disponer se admitía porque era determinada. Así, al estar condicionada por un hecho objetivo, aunque la donación fuese nula en la parte de la reserva por falta de irrevocabilidad, la determinación de la reserva permitía que la donación subsistiese en la parte no reservada.

60 Así, que la reserva de la facultad de disponer fuese admitida por García Goyena en el artículo 970 porque, conocida la reserva por el donatario, no conlleva alterar luego el efecto previsto tiene una doble lectura: suaviza el requisito de la donación irrevocable al admitir un efecto adquisitivo eventual y exige la determinación del objeto de la facultad de disponer del donante.

61 Esta es al razón por la que de la admisión de la reserva total no se llega a la admisión de la reserva genérica porque ello impide dibujar el ámbito de eficacia de la disposición de un no titular. En contra, RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. loc. cit.*, pág. 459.

Por ello es posible que el objeto de la legitimación sea simplemente determinable⁶²: el donatario no conoce la medida exacta de la reserva —luego estamos en sede de libertad de configuración del título y no en sede de donación irrevocable—, pero aquélla es susceptible de un alcance objetivo concreto. La determinabilidad puede relacionarse con un acontecimiento objetivo o surgir por la voluntad de un tercero⁶³. Lo que no es admisible es que decida el donante a su libre albedrío porque, en tal caso, desaparecería el elemento objetivo de la legitimación.

3.2.2.-Reserva total y efecto transmisivo

Aparte de la dicción literal del artículo, se argumenta que la reserva total es nula porque impide el efecto dispositivo propio de la donación ya que, en tal caso, no existe transmisión de la propiedad⁶⁴ y ni el donante queda vinculado⁶⁵ ni el donatario adquiere nada⁶⁶.

Sin embargo, ello no es así: si es posible transmitir la propiedad y poder disponer de aquello que se ha donado, poco importa si la reserva abarca una

⁶² En la doctrina española se afirma a veces que la reserva debe *determinarse con precisión* (SCAEVOLA, *op. cit.*, IX, pág. 837; y GALINDO PARDO, Lorenzo, *Explicación doctrinal y práctica del Libro III del Código civil*, Salamanca, 1896, pág. 83) pero no parece que con ello se quiera indicar que no cabe una reserva determinable si cumple el requisito de la precisión, con el que no está reñido. En la doctrina italiana se pronuncian a favor de ella ASCOLI, *op. cit.*, págs. 144-145 y BIONDI, *op. cit.*, pág. 857, y, entre nosotros, expresamente, RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. loc. cit.*, pág. 460.

⁶³ BIONDI (*ibidem*) aporta el ejemplo de una reserva determinable "boni viri arbitratu".

⁶⁴ Cfr. SCAEVOLA, *op. cit.*, XI, pág. 837; GALINDO PARDO, *op. cit.*, pág. 83; IRURZUN GOICOA, *op. cit.*, pág. 19; STS de 7 de julio de 1978 (*RCDI*, 1980-2, pág. 1215) Resolución de la DGRN (*RDN*, pág. 435).

⁶⁵ Así, BALBI, *op. cit.*, pág. 56

⁶⁶ Este fue el criterio de la STS de 28 de abril de 1975.

parte o la totalidad de los bienes⁶⁷. Podría argumentarse al respecto que incluir la parte deja fuera al todo⁶⁸, pero el tema a debatir no es este sino el punto de partida del 639 C.c. que es la admisión de la reserva de la facultad de disponer en la donación que lleva a la libre configuración del título. De esta premisa deriva que la donación vincula al donante porque el donatario adquiere la propiedad de los bienes⁶⁹; luego, como afirma Albaladejo⁷⁰, la donación con reserva total es plenamente útil al donatario que es propietario de los bienes mientras el donante no disponga, o, aún más, si llega a disponer pues el ejercicio de la legitimación es meramente eventual.

De ello se deduce, en contra de Rodríguez Adrados⁷¹, que no puede limitarse la admisión de la reserva total a la reserva de realizar actos dispositivos onerosos con subrogación real, es decir, a aquellos en los que el donatario se beneficia directamente de la contraprestación. El donatario satisface siempre un interés, aunque en el caso planteado por el autor, éste sea mayor, pero precisamente admitir la reserva total en base a aquél debería significar su aceptación sin reservas en todos los casos: siempre el donatario adquiere algún provecho. Además, la amplitud de la autonomía de la voluntad en la donación como aquí se contempla aparece plenamente justificada por el ánimo de liberalidad que informa la figura y que comporta un enriquecimiento para el donante aunque sea eventualmente temporal.

⁶⁷ Cfr. TORRENTE, Andrea, *La donazione*, Milano, 1956, pág. 466.

⁶⁸ Cfr. BIONDI, *op. cit.*, pág. 858; RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. loc. cit.*, pág. 458.

⁶⁹ Cfr. CASTILLO TAMARIT, José, "Donaciones con reserva de la facultad de disponer, prohibiciones de disponer, gananciales y legítima", *A.D.C.*, T. XXXV, II, abril-junio, 1982, pág. 356.

⁷⁰ Cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 258

⁷¹ Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. loc. cit.*, pág. 458.

4.—*Contenido de la legitimación: actividad dispositiva eficaz*

La legitimación para disponer concedida al donante en virtud del artículo 639 C.c. viene delimitada en su extensión por el título que determina su exacto contenido y fija la amplitud de la actividad dispositiva eficaz que se concede al donante. Más allá de sus previsiones, los actos dispositivos que realice el donante serán ineficaces por falta de poder de disposición ya que no aparece legitimado para realizarlos⁷².

El contenido de la legitimación de disponer que ostenta el donante se concreta en base a la noción de acto dispositivo como mecanismo que ejemplifica la abstracta actividad de extinción o modificación del derecho que comporta la facultad de disponer.

⁷² En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1993 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1993, núm. 2029, marzo de 1993) distingue entre la eventual nulidad de una reserva total y el alcance que el título de donación prescribe para la legitimación del donante. Así, el tribunal decide que en la donación se reserva la facultad de disponer de una parte de las fincas donadas, luego no es posible la disposición de todo lo donado por falta de legitimación, de forma que *...la nulidad del contrato de compraventa declarada proviene porque cuando la vendedora efectúa dicha compraventa, carecía del poder de disposición sobre los bienes objeto de la compraventa, al haberse excedido, en el ejercicio de su capacidad de vendedora, de las facultades expresamente reservadas en la escritura de donación.* (Obsérvese que la sentencia califica de "capacidad" lo que es, en realidad, libre disposición de la cosa conforme al artículo 1160 C.c.)

Así, no se prejuzga la validez de la reserva total, se declara probada la parcialidad de la reserva, lo que excluye, por exceder del contenido de la legitimación concedida, la venta de la totalidad de lo donado.

4.1.-"Disposición" en sentido jurídico formal.

La noción de acto dispositivo que aquí se maneja se centra en la eficacia del acto individualizada por su resultado —la modificación o extinción del derecho—: será acto dispositivo aquél que comporte la alteración del derecho subjetivo sobre el que actúa. Esta concepción jurídico—formal opone negocio dispositivo a negocio obligacional, de forma que, siguiendo a Von Tuhr⁷³, ambos tipos pueden implicar una pérdida del derecho, pero el negocio dispositivo implica siempre una alteración del activo patrimonial mientras el obligacional crea un pasivo sin que se altere el activo directamente.

En base a la eficacia descrita como típica de los negocios dispositivos pueden distinguirse dos grandes grupos según el concreto resultado al que tienden, a saber, los que producen la pérdida y los que producen la modificación del derecho subjetivo⁷⁴. A estos dos resultados jurídicamente relevantes corresponden tres tipos de actos⁷⁵:

— la pérdida del derecho producirse mediante transmisión que significa atribución del derecho a un tercero, o bien renuncia que representa la

73 VON TUHR, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Traducción directa del alemán... por Tito Ravà, Vol. II-1, *Los hechos jurídicos*, Buenos Aires, 1947, § 54- II, pág. 276.

74 Esta es la distinción utilizada por ENNECERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil. (Parte General)*, I-2, 1 (1981), § 143, pág. 40 y 41; GORLA, Gino, *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937, pág. 27; y, entre nosotros, ALBALADEJO, *Derecho civil*, I-2 (1989), § 79, pág. 163. La recoge también DIEZ-PICAZO (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1993, pág. 709) cuando define los actos dispositivos como aquellos que afectan a la sustancia o subsistencia del derecho.

75 Cfr. VON TUHR, *op. cit.*, II, § 54-II; SOHM, Rudolph, *Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Leipzig, 1905, § 2, pág. 7; ENDEMANN, F. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, 9 ed., Berlin, 1903, § 62-3, pág. 284-5; ENNECERUS-NIPPERDEY, *ibidem*; LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte General*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid, 1978, pág. 434.

extinción del derecho para su titular sin que ingrese en el patrimonio de otro sujeto de derecho⁷⁶

- la modificación implica la creación de un nuevo derecho a favor de un tercero que, sin embargo, conserva la esencia del derecho en su titular inicial⁷⁷.

Así, la división deviene tripartita, enunciándose como negocios dispositivos—tipo la transmisión, la modificación o gravamen y la renuncia⁷⁸. En principio, este sería el posible contenido de la legitimación para disponer concedida al donante, en vista de la expresión genérica —disponer— que el artículo 639 C.c. utiliza, pero tal afirmación debe matizarse.

4.1.1.-Disponer y enajenar: actos transmisivos del derecho

Históricamente, el tratamiento de la reserva de la facultad de disponer se vertebraba en torno a los actos transmisivos y no alcanza, pues, a todos los actos dispositivos. Así, Masuer, primero que vincula donación y reserva de la facultad

⁷⁶ Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, III, *Derecho de cosas*, Barcelona, 1953, pág. 241. Se excluye, pues, la renuncia traslativa de este concepto cuando se utiliza en sentido estricto porque es, en realidad, una transmisión, y se centra en la llamada renuncia abdicativa. Cfr. ENNECERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, I-2,1 (1981), pág. 44.

⁷⁷ Cfr. ENNECERUS-NIPPERDEY, *ibidem*.

⁷⁸ A veces, la renuncia se califica directamente como extinción, para destacar que el derecho no pasa a un nuevo titular, mientras transmisión se centra en la idea de atribución a un tercero desdenando la pérdida del derecho que tal acto supone para el titular inicial. Cfr. LARENZ, *ibidem*, AGUILERA DE LA SIERRA, *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Madrid, 1973, pág. 211; DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos...*, *op. cit.*, I, pág. 79. ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, 1992, pág. 177.

de disponer, presenta la reserva de vender como único caso a tener en cuenta⁷⁹. Más tarde, las costumbres redactadas bajo su influjo, relacionan el *donner et retenir* con la reserva de la facultad de *disposer*⁸⁰ o con la idea de *disposition*⁸¹ en sentido genérico. Los autores identifican tal expresión con *pouvoir d'aliéner et de vendre*⁸².

La vinculación señalada se comprende con facilidad ya que en el marco de la máxima consuetudinaria, la facultad de transmitir ulteriormente la cosa ataca de manera frontal el efecto dispositivo propio de la donación porque el donante continua siendo su dueño por lógica consecuencia de que no se puede disponer de los derechos ajenos.

Sin embargo, la posibilidad de disponer inter vivos se identifica solamente con actos a título oneroso, nunca con la posibilidad de variar la atribución patrimonial inicialmente prevista a través de una segunda donación. En efecto, a pesar de que la reserva de vender anula la donación, cabe plantearse este supuesto porque el donante puede perseguir con él alguna finalidad, como por ejemplo, evitar situaciones de necesidad; en cambio, la reserva de donar ulteriormente, además de contradecir la máxima consuetudinaria, significa dejar la donación al libre capricho del donante. Ello comporta un doble problema:

79 Cfr. MASUERIUS, Ioannes (op. cit., folio LXI), la donación es nula por ser *donner et retenir* si *...donator retineat quod rem quandam dedit possit vendere per sua necessitas aut alias...*

80 Véase las costumbres de Bourbonnois, art. 212, segunda redacción, (NCG, III, pág. 1257); Paris, art. 274, segunda redacción (NCG, III, pág. 49), y, evidentemente, las que copian su contenido: costumbre de Normandía, art. 445 (NCG, IV, pág. 83) y costumbre de Orléans, art. 283, segunda redacción, (NCG, III, pág. 793).

81 Así, las costumbres de Nivernois, art.27, (NCG, III, pág. 1151) y de Auvergne, art. 18 (NCG, III, pág. 1170).

82 Cfr. PROHET, op. cit., pág. 113; DELALANDE, op. cit., pág. 602; LE CARON, op. cit., pág. 41; COCHIN, V, op. cit., pág. 489; POTHIER, *Coutume d'Orléans...*, op. cit., X, pág. 468; DENISART, J.B., *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives a la jurisprudence actuelle*, Sixième édition, Paris, 1768, pág. 525; BOURJON, op. cit., pág. 100; MERLIN, op. cit., VIII, págs. 492-493.

falta de efecto dispositivo por la reserva de disponer y configuración de una donación revocable a la libre voluntad del donante.

No ofrecen duda, sin embargo, los actos mortis causa, que se admiten de forma generalizada⁸³ en base a la confusión generada acerca de la reserva de testar. En efecto, la aplicación de la máxima consuetudinaria al mecanismo convalidatorio de las donaciones universales identifica disponer también con testar y conduce la nulidad de la reserva que incluye este tipo de actos.

La prohibición de las donaciones de bienes futuros en el Code (art. 943) y, sobre todo, la descontextualización de la máxima en el ámbito de este texto legal —donación irrevocable asimilada a la presencia de una condición potestativa del donante (art. 944 Code)—conducen a identificar disponer con enajenar en sentido general⁸⁴, como cualquier acto por el que un derecho ya existente en un patrimonio hace tránsito a un tercero. Ello implica, como reconoce Troplong⁸⁵, también la posibilidad de donar ulteriormente la cosa, no sólo la facultad de vender o disponer mortis causa. La idea de una donación esencialmente irrevocable que defienden los exegetas, borra la distinción apuntada entre venta y donación. En conclusión, la idea de *aliéner* como transmitir por cualquier título, resume la de disponer.

Así, cuando la libre configuración del título admitida en el artículo 639 C.c. da al donante legitimación para disponer, cabe mantener el mismo punto de vista en cuanto al contenido de la legitimación.

⁸³ Cfr. DUMOULIN, *Consilia...*, *op. cit.*, cons. 160; POTHIER, *Traité des donations...*, *op. cit.*, VII, pág. 446; BOURJON, *op. cit.*, pág. 113.

⁸⁴ Cfr. MARCADE, *op. cit.*, IV, núm. 309; TROPLONG, *op. cit.*, I, pág. 446; LAURENT, *op. cit.*, XII, pág. 532; AUBRY, C.- RAU, C. *Cours de droit civil français d'après le méthode Zachariae*, VII, 4 ed., Paris, 1878, pág. 663.

⁸⁵ Cfr. TROPLONG, *op. cit.*, II, pág. 463.

En efecto, la libertad en la configuración del título que preside el C.c. recoge el sentido tradicional de disponer⁸⁶, que, además, concuerda con la terminología que para los actos transmisivos utiliza nuestro texto legal:

En efecto, este tipo de actos dispositivos se denomina a veces con la expresión general "transmitir a título oneroso o lucrativo" (art. 1617, 1652, regla 3, 1950 C.c.), pero también se utilizan, aún con más frecuencia, otros conceptos que tienen menos rigor técnico:

- "disponer", en los artículos 1633, 1377 y 1644 C.c.. Se trata aquí de una expresión global que debería referirse también a actos de gravamen o renuncia, pero que, en estos casos, individualiza a los actos traslativos.
- "enajenar" o "enajenación" en los arts. 166—3, 396—3, 869—2, 974, 975, 976, 1522 C.c. A veces se precisa que es enajenación a título oneroso (art. 878, 1297—2, 1377 C.c.), a la que se contrapone la enajenación a título gratuito (arts. 878, 978, 1078, 1297—2 C.c.). Se utiliza, pues, un tipo concreto de acto para individualizar cualquier negocio traslativo.

Así, enajenar o disponer serían las expresiones—tipo para el negocio dispositivo que comporta transmisión⁸⁷. Por la ambigüedad con que nuestro

⁸⁶ Bien que la venta sea en nuestro ordenamiento un contrato con efectos meramente obligatorios (art. 1445 C.c.), es un acto dispositivo el desplazamiento posesorio de la cosa mediante la tradición del artículo 1160 C.c. que transmite la propiedad de acuerdo con los artículos 1095 y 609-20 C.c. Tal artículo concreta el efecto real -transmisivo- de la tradición en cumplimiento de la obligación asumida en el contrato de compraventa, es por ello que en el citado artículo se expresan dos requisitos: la capacidad de disponer y la legitimación para disponer. Este último permite la eficacia de la transmisión de la propiedad. Cfr. BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1992, pág. 71.

⁸⁷ Tales expresiones no se utilizan, a veces, con alcance tan general y, perfilando un poco más, con frecuencia el Código habla de disposición o disponer a título gratuito para individualizar sólo la donación (arts. 196-2, 227, 272-6, 221-3, 618 C.c.); y, en lógica consecuencia, enajenar se utiliza también en su estricta acepción técnica como transmisión a título oneroso en los arts. 399, 1000, 1521 C.c. donde se contrapone a ceder que es la expresión genérica para designar el negocio traslativo. Finalmente, la acepción más estricta como cambio de cosa por precio utiliza la expresión venta (art. 1030 y, especialmente, 567, donde se contrapone a permuta).

Código usa la palabra "enajenación" y el modo indeterminado con que "disposición" aparece en el artículo en estudio puede seguirse el criterio determinado en las fuentes históricas y considerar que la legitimación para disponer alcanza a todos los actos dispositivos transmisivos, ya que la terminología del C.c. sigue fielmente el criterio adoptado por la doctrina francesa sobre disponer como enajenar.

Disponer viene concretado, así, por dos elementos que determinan los actos que se entienden comprendidos en esta expresión:

- Transmisión del derecho preexistente, con la máxima amplitud.
- El derecho se transmite siempre a un tercero, es decir, a alguien distinto de donante y donatario.

4.1.1.1.- Títulos mortis causa y periodo de ejercicio de la legitimación para disponer.

La doctrina⁸⁸ se expresa, pues, a favor de incluir en la expresión genérica "disponer" utilizada por el artículo 639 C.c. como equivalente a cualquier acto transmisivo del derecho por cualquier título y tanto inter vivos como mortis causa.

Con todo, Irurzun⁸⁹ plantea el problema de si la expresión general incluye también los actos mortis causa, duda que aflora a raíz de considerar que dada su peculiar estructura, vulneran el periodo máximo de ejercicio de la facultad de disponer del donante que acaba con su muerte, puesto que su eficacia es posterior a ella.

⁸⁸ En este sentido, GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, comentario al art. 957; MANRESA NAVARRO, José Maria, *Comentarios al Código civil español*, T.V, Sexta edición, corregida, aumentada y puesta al día por Pascual Marín Pérez. Madrid, 1951, V, pág. 164; SCAEVOLA, *op. cit.*, XI, pág. 844; AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI, *op. cit.*, pág. 738; BALBI, *op. cit.*, pág. 56; MENÉNDEZ, *op. loc. cit.*, pág. 1057; RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. loc. cit.*, pág. 447; ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 262.

⁸⁹ Cfr. IRURZUN *op. cit.*, pág. 34.

Sin embargo, este análisis olvida que la muerte actúa en este tipo de actos como presupuesto de eficacia elevando a disposición normativa la voluntad privada⁹⁰, pero la declaración preexiste y se sitúa siempre dentro de la duración de la legitimación para disponer del donante: sólo su eficacia es posterior a la muerte porque depende de ella. En este sentido, conviene más a los actos mortis causa la calificación de "destinación" que la de "disposición", porque el dueño del patrimonio debe determinar el destino de los bienes para el momento de su muerte cuando, irreversiblemente, pierda la titularidad de ellos (art. 659 C.c.)⁹¹.

En conclusión, usar de la legitimación para disponer del donante mediante una disposición mortis causa extiende sus efectos más allá de la vida del donante, pero el acto dispositivo se produce dentro del periodo de la legitimación concedida que conduce necesariamente a su eficacia.

4.1.1.2.-Reserva de enajenar y donación reversional

La segunda característica de la enajenación en sentido global es que implica el paso del derecho a una tercera persona que, en consecuencia, resuelve el derecho del donatario⁹². Así, no se trata —como opina Balbi⁹³— de que los bienes objeto de la disposición vuelvan al patrimonio del donante y de éste pasen a un tercero en virtud de su ulterior disposición. Mantener este criterio significa desconocer el mecanismo de la legitimación para disponer que el artículo 639 C.c. concede al donante.

En efecto, la legitimación es la posibilidad de realizar eficazmente un negocio jurídico, en nuestro caso, un negocio dispositivo que hemos determinado como transmisión del derecho subjetivo. La transmisión comporta

⁹⁰ Sobre la configuración de los actos mortis causa cfr. BADOSA COLL, Ferran, *Anotaciones al Derecho de sucesiones*, de Th. KIPP, en *Tratado de derecho civil de Enneccerus-Kipp-Wolff*, V-I, 2a ed., Barcelona, 1976, pág. 188 y ss.

⁹¹ Véase BADOSA, *ibidem*.

⁹² Sobre los efectos del eventual ejercicio de la facultad de disponer cfr. *supra*, cap 6, epígrafe 5.

⁹³ BALBI, pág. 56.

el paso del derecho a un tercero, esta es la eficacia que la legitimación concede, excepcionalmente y en base a la configuración del título de donación, a un no titular, es decir, al donante.

No cabe, pues, decir que el donante puede disponer en favor de sí mismo, ello no constituye un negocio dispositivo sino una reversión. En este sentido, la alternativa es:

- considerar que la reserva para disponer no otorga una legitimación, sino que implica un mero *ius poenitendi*⁹⁴ que resuelve la donación y devuelve los bienes al patrimonio del donante quien decide, como dueño, si dispone o no a favor de alguien
- decidirse por el mecanismo de la legitimación que concede eficacia al acto dispositivo *recta vía* y que hace pasar el bien dispuesto directamente del patrimonio del donatario al del tercero⁹⁵.

Acogiendo la segunda solución, que es la basada en la posibilidad de disponer de bienes ajenos gracias a la legitimación concedida por el donatario en la aceptación del título de donación, el artículo 639 C.c. se diferencia claramente del 641 C.c. que regula la donación con cláusula reversional⁹⁶: Si el donante pretende recuperar la cosa para obtener de ella cualquier provecho, o

94 Sobre esta idea, cfr. AZZARITI-MARTINEZ-AZZARITI, *op. cit.*, pág. 737.

95 También RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. loc. cit.*, pág. 467) sostiene la idea del paso *recta vía* sin pasar por el patrimonio del donante cuando fija sus argumentos en contra de la existencia de una condición resolutoria en el artículo 639 C.c., ya que tal elemento implicaría el paso, aunque fuese meramente intelectual, del bien al patrimonio del donante.

Sin embargo, creemos que el problema presentado surge de la configuración de la legitimación para disponer, una vez resuelto en base a la eficacia del acto dispositivo, podemos analizar cómo se resuelve la propiedad del donatario.

96 Así, IRURZUN, *op. cit.*, pág. 14; RODRÍGUEZ ADRADOS, *ibidem*. En contra, BUTERA, Antonio, *Codice civile italiano. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*. Commentato secondo l'ordine degli articoli (R.D. 2 ottobre 1939-XVII; n.1586), Torino, 1940, pág. 531.

incluso disponerla de nuevo, puede pactar a reversión a su favor condicionada a su libre declaración de voluntad. Mientras que si desea simplemente variar la atribución o bien obtener el producto de su enajenación a título oneroso, debe acudir al artículo 639 C.c. que simplifica el procedimiento.

En contra de la distinción propuesta cabe argumentar que la reversión a favor del donante que regula el artículo 641 C.c. comporta la estipulación de una condición o un plazo a cuyo cumplimiento o llegada debe someterse la reversión. De este modo, carece de la libertad que el esquema del 639 C.c. permite para la configuración del título pues la llegada del término o condición comporta el paso automático de la cosa al patrimonio del donante⁹⁷. Con todo, no cabe olvidar, como señala Albaladejo⁹⁸, que la redacción del artículo 641 prevé la posibilidad de reversión

en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias,

lo que implica posibilidad de que éste decida libremente cuando debe ocurrir la devolución de la cosa donada⁹⁹.

Además, esta idea de libertad no concurre en la segunda parte de este artículo 641 C.c., cuando —tal vez impropriamente— el Código habla de reversión a favor de terceros y ello es lógico: variar al atribución inicialmente prevista se puede conseguir más fácilmente, usando la reserva de la facultad de disponer por parte del donante, según lo dispuesto en el artículo 639 C.c. En cambio, la reversión a favor de terceros que establece el artículo 641 C.c. tiene otras finalidades, como disponer a favor de un no concebido o, mediante la

97 Cfr. MENÉNDEZ, *op.loc.cit.*, pág. 1057.

98 Cfr. ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. VIII-1, Madrid, 1986, comentario al art. 641, pág. 281.

99 Fieles a nuestra idea de libertad para configurar una reserva total, no podemos admitir que la diferencia entre ambos supuestos -639 C.c.: donación con reserva a favor del donante, y 641 C.c.: donación con reversión limitada- fuese la distinta entidad de la reserva o reversión, respectivamente.

aceptación del primer donatario, hacer irrevocable la atribución a favor de los ulteriores¹⁰⁰.

4.1.2.- Interpretación estándar: mención expresa de gravar o renunciar

La delimitación realizada en torno a los actos que provocan la transmisión del derecho subjetivo no significa que la enajenación en sentido amplio sea el único contenido posible de la legitimación para disponer del donante: este ámbito configura su interpretación usual que da a la expresión disponer del artículo 639 C.c. un posible contenido a falta de especificación en el título.

Ello no obstante, es posible una ampliación de las facultades dispositivas en virtud la libertad de configuración que permite el artículo ya tan citado que no puede limitar la autonomía de la voluntad. En consecuencia, el criterio histórico debe superarse en este aspecto como resultado del distinto tratamiento que la figura recibe en nuestro ordenamiento.

Por otra parte, el criterio sistemático permite claramente el dibujo de una cláusula estándar¹⁰¹ limitada a los actos transmisivos ya que el contenido exacto de la expresión enajenar adopta todo su significado en oposición a las otras dos categorías de actos dispositivos en el lenguaje del Código: Así, de forma muy

¹⁰⁰ Sobre éste tema véase DÍEZ PASTOR, "La donación al no concebido", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, VI, 1952, pág. 147 y ss., y LACRUZ BERDEJO, J.L., "Donación con cláusula de reversión", en *Estudios de derecho civil*, Barcelona, 1958.

¹⁰¹ Empleamos este término en un sentido muy distinto a RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. loc. cit.*, pág. 454) para quien estándar significa interpretación usual que limita el alcance del artículo 639 C.c. en el sentido de no poder ir más allá de la que se intuye de su tenor literal: el artículo 639 considera excepcionalmente válida la posibilidad de disponer de bienes ajenos, luego no es posible extender su ámbito de aplicación. Contrariamente, creemos que estándar es la interpretación que se ofrece como modelo a falta de especificación de las partes que tienen, sin embargo, la posibilidad de variarla en uso de la libertad configuración del título que el artículo 639 C.c. pone a su alcance.

clara en el artículo 166, 1º donde se habla de *renunciar... enajenar... [y] gravar*.

En este sentido, la renuncia y el gravamen se mencionan de forma específica, por lo que no cabe entender su inclusión a partir de fórmulas genéricas que el código asimila a transmisión, como hemos comprobado.

4.1.2.1.-Renuncia de los derechos

La renuncia suele constar de forma expresa y, a menudo, el Código no la vincula a los otros dos tipos de actos dispositivos (enajenar y gravar), pero, como opinan Pérez González y Alguer¹⁰², su carácter de acto dispositivo se deduce de los artículos 1935 y 970 C.c. que piden para ella la capacidad para disponer. En este caso, la necesidad de pacto expreso parece fuera de toda duda: la renuncia abdicativa del derecho sobre la cosa donada comporta el mismo efecto de pérdida del derecho que la transmisión, pero no existe ningún beneficiado ni el donante persigue un interés evidente. Así, no excluyéndose a priori, debe pactarse de forma expresa.

El mismo criterio, por la gravedad del efecto del acto respecto del patrimonio del donatario y la escasa funcionalidad objetiva para el donante, cabe adoptar en el caso de la transacción o el sometimiento a arbitraje. Estos actos, que podemos llamar dispositivos en sentido ampliado¹⁰³, no comportan directamente la pérdida de un derecho, pero pueden producir este resultado, por ello son tratados por el Código de la misma manera (arts. 271—3 y 1713 C.c.).

4.1.2.2.-Actos de gravamen

Respecto de los actos de modificación del derecho, el C.c. suele usar la expresión gravar —a menudo, al lado de enajenar (arts. 271—2, 323—1, 324

¹⁰² PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en *Anotaciones a ENNECERUS-NIPPERDEY, op. cit.*, I-2,1 (1981), § 143, págs. 45 y 46.

¹⁰³ Cfr., MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni, *L'administració de patrimonis en el Dret civil: l'activitat d'administració i la legitimació per a administrar (L'estatut jurídic d'administrador)*, inédito, Barcelona, 1992, pág. 197.

C.c.)— a los que se refiere también con la expresión genérica imposición de gravamen en el art. 813 C.c.. Pero también en otros casos se detalla más, distinguiendo los negocios constitutivos de un derecho real —gravar—, de los derechos reales de garantía —hipotecar o dar en prenda—, como ocurre en el artículo 186—3 C.c.¹⁰⁴.

El sentido tradicional de *disposer* no solía incluir la idea de gravar aquello donado con un derecho real de garantía. Así, Le Caron¹⁰⁵ admitía la reserva de hipotecar uno de los bienes donados por cuanto tal acto suponía una carga para el donatario que conocía y aceptaba y no impedía, al menos de entrada, el efecto dispositivo propio de la donación. Ciertamente Bérault varía el enfoque y da a la reserva de disponer un doble contenido: *vendre ou hypothéquer*¹⁰⁶, pero en este caso, la hipoteca no se contempla en sí misma y en relación al gravamen que supone para el donatario, sino que señala la idea que la posibilidad de hipotecar el objeto donado, pese a no comportar enajenación inmediata, sí que la supone, al menos de modo eventual. Es probable, pues, que se llegue al mismo resultado que en el caso de reserva de vender y se ocasione la pérdida del derecho por parte del donatario. Así, no importa que la imposición de un gravamen comporte disposición del derecho, sino que, admitiendo la donación con carga, se prohíbe si ésta puede llevar a una disposición transmisiva —reserva de hipotecar—. Es por esta lógica que no se aborda nunca la idea de constitución de derechos reales de goce con carácter general. La interpretación histórica identifica siempre disposición con enajenación en sentido amplio.

¹⁰⁴ En este sentido, F. DE VILLAVICENCIO ("La facultad de disposición", *Anuario de Derecho Civil*, T.III, Fasc. IV, Octubre-diciembre 1950, págs. 1028 y 1029) distingue entre ambos tipos de derechos reales para decidir que sólo los de goce son realmente una disposición del derecho. Se reduce así, el concepto de disposición a aquellos actos que significan la salida del patrimonio de alguna posibilidad de disfrute que cree en poder de otra persona un derecho protector de un interés de conservación. Este requisito no lo cumplen los derechos reales de garantía que simplemente significan una afección preferente de un bien a la responsabilidad de su dueño como deudor.

¹⁰⁵ Cfr. LE CARON, *op. cit.*, pág. 41.

¹⁰⁶ Cfr. BERAULT, Josias, *Commentaires sur la coutume de Normandie*, T. II, Rouen-Paris, 1786, pág. 259.

En el ámbito del Código no parece, sin embargo, plausible limitar una eventual legitimación para gravar a la posibilidad de hipotecar o dar en prenda; siguiendo a Rodríguez—Adrados¹⁰⁷, parece que no existe ningún inconveniente en admitir la reserva de constituir cualquier tipo de derecho real de goce. Con todo, la inteligencia de la figura varía si la legitimación para disponer se concreta en la posibilidad de imponer derechos reales sobre aquello donado porque no significan variar la atribución patrimonial inicialmente prevista a favor de tercero, sino que comportan una disminución del valor de lo donado que pasa a soportar un gravamen. Efectivamente, en el marco del artículo 639 C.c. no puede tenerse en cuenta el eventual efecto dispositivo que un acto de modificación del derecho puede comportar, luego es preciso analizarlos como actos que imponen un gravamen sobre bienes ajenos —los del donatario— y, en este sentido, disponen de ellos.

En consecuencia, entendemos con Cristóbal—Montes¹⁰⁸ que los actos de imposición de gravamen disponen directamente de los bienes, no de su valor, es por ello que no puede decirse que la hipoteca o la prenda supongan utilizar la reserva de disponer de cantidad, porque ésta es simplemente la medida de la disminución del valor del bien derivada de la imposición del gravamen; pero se modifica, y por tanto, se dispone, del propio bien¹⁰⁹.

En definitiva, y por exclusión de actos de gravamen y renuncia que aparecen claramente especificados, cualquier expresión que se vincule a actos dispositivos y no sea una de las dos reseñadas, se referirá necesariamente a actos traslativos, coincidiendo con la interpretación acerca de la cláusula estándar.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. loc. cit.*, pág. 447.

¹⁰⁸ CRISTÓBAL-MONTES, *op. cit.*, págs. 146-7.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. loc. cit.*, págs. 450 y 451) distingue aquí entre acto dispositivo -constitución de un derecho real de garantía- desde el punto de vista jurídico, y disposición de cantidad -valor del bien- que tal acto supone desde el punto de vista económico. Tal construcción permite sostener a su autor que la reserva de cantidad es reserva del valor sobre los bienes en sentido económico. En contra, nosotros (vide supra epígrafe 3.1) consideramos que la cantidad no es objeto de disposición sino forma de determinar el objeto que abarca la legitimación para disponer dada al donante.

En cuanto a los actos de renuncia o gravamen, deben pactarse expresamente, pues parece osado dar a la cláusula estándar un contenido para el que inicialmente no estaba concebida.

Además del sentido de las palabras, esta interpretación es verosímil: De las tres categorías de actos dispositivos, los transmisivos son los que más sentido tienen en relación a la figura propuesta porque permiten variar la atribución inicial, modalizando la eficacia normal de la donación por su consideración de acto de liberalidad, de modo que el beneficio del donatario puede verse disminuído.

En cualquier caso, ya se trate de una reserva de disponer genérica, concretada en los actos transmisivos, o se estipule la posibilidad de gravar o renunciar, también se concede al donante el llamado poder de disposición registral que permite adecuar el Registro a la realidad jurídico—material. Como afirma Mirambell¹¹⁰, son un ejercicio del derecho que comporta alteración del activo patrimonial por lo que pueden modificar el derecho. Así, debe ser posible al donante la modificación libraria una vez ejercitada la legitimación para disponer que le corresponde.

4.2.- Actos de disposición y de administración

Existe otro criterio para la identificación de los actos dispositivos que consiste en oponerlos a los actos de administración o gestión. En contra de la clasificación lógico formal, este criterio tiene en cuenta determinadas circunstancias además de la eficacia del acto para decidir en qué categoría se inscribe: Mirambell¹¹¹, individualiza en nuestro ordenamiento dos de estos criterios que determinan que un acto se considere dispositivo: la naturaleza del bien sobre el que opera y de su importancia en relación a un determinado patrimonio, y de la duración de sus efectos.

¹¹⁰ MIRAMBELL, *op. cit.*, pág. 105.

¹¹¹ MIRAMBELL, *op. cit.*, pág. 108 ss.

En este sentido, la venta de frutos es contemplada como acto de administración en los artículos 166—1, 186—3, 271—2, 1713—2 y 1389—2 C.c, a pesar de comportar una transmisión del derecho sobre la cosa. En contra, el arrendamiento por más de seis años se trata como acto dispositivo a pesar de no atentar a la subsistencia del derecho que le sirve de base (arts. 272—4, 1548 C.c, 2—6 LH).

Opina Mirambell que esta clasificación se basa en un concepto de disposición no jurídica sino económica y se vincula siempre a la administración de patrimonios ajenos, causa por la cual creemos que caen fuera de la órbita del artículo 639 C.c. Así, no parece acertada la determinación del contenido de la reserva que realiza Planiol cuando opone actos de disposición y de administración para asegurar que estos nunca implican *donner et retenir*¹¹². Ello no es cierto porque, siguiendo los criterios antes trazados para el concepto de disposición económica, la venta de frutos es acto de administración en sentido económico pero de disposición en sentido jurídico: si el donante se reserva el derecho de vender los frutos, el donatario deberá concederle la necesaria legitimación para disponer. Con todo, sí que podría servir como criterio para aquellos actos de administración que no impliquen disposición en sentido jurídico¹¹³.

En el otro extremo, tampoco convence la idea de Rodríguez Adrados¹¹⁴ de que también el arrendamiento por más de seis años debe entenderse comprendido en el marco del 639 C.c. No puede negarse la posibilidad de ese pacto en la donación, pero creemos que entonces nos hallamos fuera del campo de aplicación del artículo en estudio que determina la legitimación para

¹¹² cfr. PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, V, pág. 564 y 565.

¹¹³ El criterio es, sin embargo, utilizado en la doctrina francesa para evitar la nulidad de la donación cuando el donante se reserve, simplemente, la posibilidad de administrar los bienes donados. Ello parece admitir la posibilidad de realizar actos dispositivos en sentido jurídico, en cuanto son calificables económicamente como de administración. La adopción de este criterio, aparece, sin embargo, justificada, por la necesidad de no anular la donación. Cfr. PLANIOL-RIPERT, *ibidem*; VAN AREMBERG, *Traité de l'usufruit. Doctrine. Legislation. Jurisprudence*, Bruxelles, 1936, m. 203, pág. 98.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. loc. cit.*, pág. 447.

disponer en sentido jurídico—formal, requisito que no cumple el arrendamiento como acto meramente obligacional: La importancia económica de su duración, que puede llevar a un resultado similar a la pérdida o disminución del valor del derecho, nunca comporta la necesidad de atorgar al donante una legitimación para disponer.

4.3.-La disposición material y el estatuto posesorio

Al lado de la disposición jurídica se ha dibujado el concepto de disposición material —o de hecho— que agrupa aquellos actos que, realizados directamente sobre la cosa, comportan la modificación o la extinción del derecho que recae sobre ella¹¹⁵.

Destaca Maluquer de Motes¹¹⁶ que ambas nociones aparecen claramente diferenciadas en el artículo 489 C.c. en relación a los bienes usufructuados donde se distingue entre enajenarlos y alterar su forma o sustancia. Esta idea de alteración se halla asimismo en el art. 397 C.c. y en la expresión hacer novedad del artículo 1695—2 C.c.; también se considera disposición material un cambio de destino (arts. 394, 481, 558 C.c.) en cuanto puede afectar a la entidad del derecho, transformándolo¹¹⁷.

Su calificación como actos de disposición nos lleva otra vez a la órbita jurídico formal, en base al resultado del acto que afecta a la esencia del derecho.

¹¹⁵ Cfr., VON TUHR, *op. cit.*, II, § 54-II; HEDEMANN, J. W., *Tratado de Derecho civil*, vol. II, *Derechos reales*, versión española y notas de José Luis Diez Pastor y Manuel González Enríquez, Madrid, 1955, pág. 142 y, en España, BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el derecho español*, Madrid, 1954, pág. 279 y ss.

¹¹⁶ MALUQUER DE MOTES, C.J., Los conceptos de "forma", y "destino" de las cosas en el Código civil, Madrid, 1992, pág. 92.

¹¹⁷ SCAEVOLA, VI, pág. 226 identifica disponer con enajenar, gravar y transformar o destruir. En el mismo sentido, BELTRAN DE HEREDIA, *op. cit.*, pág. 283.

La disposición aparece claramente en el caso extremo: la pérdida de la cosa, su disposición en sentido físico, comporta la extinción del derecho (arts. 460—3, 513—5, 546—3 C.c.).

A pesar de que el Código los englobe bajo la expresión actos de riguroso dominio del artículo 1713 C.c. y correspondan normalmente al propietario, hoy ya no puede afirmarse que sean determinantes del dominio y no puedan ser realizados por un no titular, ello nos reconduciría a la noción de propiedad como suma de facultades, es por ello que nada impide su ejercicio delegado¹¹⁸.

La disposición material no se rige, sin embargo por el criterio de la eficacia en base a la noción de legitimación para disponer porque esta cualidad no les es aplicable; al contrario, su parámetro es la licitud porque es inútil desconocer los efectos producidos por un acto material¹¹⁹. Sin embargo, si los realiza quien no está legitimado para ello son ilícitos y generan responsabilidad, y, en este sentido, la legitimación para realizarlos les da su carácter de licitud.

Sin embargo, esta posible legitimación no entra en la esfera del artículo 639 C.c. porque los actos de disposición material, al actuar directamente sobre la cosa en su entidad física, implican posesión. De esta forma, sólo podrían ser realizados lícitamente por el donante, en el marco de una eventual legitimación concedida para ello, si aquél mantuviese la posesión de la cosa y, entonces, la posibilidad de realizarlos derivaría de su estatuto posesorio, pero no de la reserva de disponer que regula el artículo 639 C.c.

¹¹⁸ Así critica esta postura PLANIOL en PLANIOL, Marcel-RIPERT, Georges, *Traité du droit civil*, III, *Les biens*, Paris, 1926, I, núm. 216, pág. 220.

¹¹⁹ Cfr. MIRAMBELL, *op. cit.*, p. 63.

Esta idea es especialmente clara en el caso de la destinación: se destina una cosa a un uso determinado como forma de goce (arts. 1484, 1552—2, 1582, 1569—4 C.c.), luego está legitimado para destinar quien posee la cosa y puede percibir sus utilidades y, justamente, por esta facultad¹²⁰.

¹²⁰ Sería el caso, por ejemplo de donación con reserva de usufructo si al donante se le amplía la posibilidad de destinar que con carácter general posee si no ataca la forma y la sustancia (Cfr. MALUQUER DE MOTES, *op. cit.*, pág. 183 y ss.) Si la facultad de destinar lleva a la extinción o modificación del derecho se habrá dispuesto de él, pero no en el marco del artículo 639 C.c., mediante la correspondiente legitimación, sino como consecuencia del carácter de usufructuario que toma el donante en base a la reserva que regula el artículo 638 C.c. Sobre esta posibilidad, cfr. VAN ARENBERG, *op. cit.*, núm. 203, pág. 98.

—Capítulo 6—

*LA SITUACIÓN JURÍDICA DE
LEGITIMADO:
EL DERECHO DE DISPONER*

1.—La reserva de la facultad de disponer

En principio, del tenor literal del artículo 639 cabría deducir que en él existen dos efectos jurídicos: la transmisión de la propiedad a título gratuito, y la constitución de un nuevo derecho a favor del donante mediante el mecanismo de la reserva. Analizando este artículo comparativamente con el 638 C.c. que regula la donación con reserva de usufructo, el paralelismo se hace evidente: el derecho de disponer que el artículo 639 C.c. concede al donante le permite constituir un derecho real sobre la facultad de disponer que ostentaba respecto al derecho donado, a imagen del derecho de usufructo respecto de la facultad de gozar.

1.1.—El carácter jurídico de la facultad de disponer

La configuración propuesta supone admitir que es posible constituir un derecho real sobre la facultad de disponer. Sin embargo, en contra de la posibilidad de establecer un derecho real que tenga por contenido la facultad dispositiva se aduce su naturaleza especial y distinta de las demás facultades.

Así, como señala Aguilera¹, la facultad de disponer actúa no sobre la cosa como objeto de derecho, sino directamente sobre el derecho que se posee en relación

¹ AGUILERA DE LA SIERRA, Tomás, *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Madrid, 1973, pág. 156.

a aquélla. De ahí se deriva que un derecho real en relación a tal facultad implicaría un derecho sobre un derecho que sólo excepcionalmente podría admitirse. Cabe decir, que si la base del razonamiento es adecuada, la conclusión no se sostiene porque, en el caso del 639 C.c., bastaría considerar la validez de la reserva de la facultad de disponer en la donación, para obtener la base legal a la admisión excepcional de un derecho sobre un derecho.

No obstante, es el carácter especial de esta facultad lo que impide que pueda existir sobre ella un derecho real: que la facultad de disponer actúe sobre el derecho no es más que la consecuencia de que se trata de una facultad cuyo contenido no es material, sino puramente jurídico. En palabras de F. de Villavicencio²

su función es jurídica ...porque la facultad de disposición está destinada a realizar actos jurídicos, en que la voluntad del hombre declara una decisión con eficacia en la esfera del derecho y que repercute en su propia titularidad.

En consecuencia, la facultad de disponer no está en relación directa con la cosa por lo que, como sostiene Vallet³, no cabe predicar de ella la inmediatez o poder directo sobre el objeto del derecho que individualiza a los derechos reales. Tales características sólo corresponden a un derecho cuya vertiente patrimonial es la de disfrute y, por tanto, la esfera material, como en el caso del usufructo o las servidumbres. Es este ámbito el que determina en la cabeza del titular de un derecho real la posibilidad de conseguir un interés conservativo que, siguiendo a F. de Villavicencio, es el carácter básico de todo derecho real⁴.

² F. de VILLAVICENCIO, ARÉVALO, Francisco, "La facultad de disposición", *Anuario de Derecho Civil*, T.III, Fasc. IV, Octubre-diciembre 1950, págs. 1041 y 1042.

³ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmann, "Determinación de las Relaciones Jurídicas respecto a Inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a Tercero", en *Estudios sobre Derecho de cosas y Garantías Reales*, Barcelona, 1962, pág. 104.

⁴ F. de VILLAVICENCIO (*op. loc. cit.*, pág. 1042) ello cuestiona también el carácter de derecho real de la hipoteca o de los derechos reales de garantía en general que no se mueven

La legitimación para disponer como cualidad subjetiva y la disponibilidad del objeto, es decir el derecho sobre el que actúa, son los dos requisitos de los que nace para el sujeto la posibilidad de disponer de un derecho en concreto. Tal facultad de disposición tiene en cuenta el sujeto y su habilitación, pero nace del derecho sobre el que actúa. Así, sin ser una facultad externa al derecho, se basa en una relación derecho disponible—sujeto legitimado que trasciende el contenido del derecho y no es susceptible de ser objeto de un derecho real porque nunca confiere un poder directo e inmediato sobre la cosa sino el poder de realizar actos jurídicos eficaces sobre el derecho que sobre ella se ostente⁵.

Es por su específico contenido jurídico que la facultad de disponer en la donación, según la figura recogida en el artículo 639 C.c., no representa la constitución de una auténtica reserva del ius disponendi.

1.2.-Reserva y propiedad gravada

No se trata, pues, de que el donante constituya, mediante reserva de la facultad de disponer, un derecho real sobre aquélla en su favor, transmitiendo el resto de las atribuciones al donatario. El esquema no se adapta al modelo de constitución de derechos reales por reserva⁶. En ellos, el derecho real se constituye en el momento de la transmisión y la propiedad gravada hace tránsito al tercero, conservando el antiguo titular el derecho real creado. Tal construcción, que se aviene a la figura de la donación con reserva de usufructo del artículo 638 C.c.,

en la esfera material ni contienen interés conservativo, sino que su esfera es la responsabilidad del sujeto.

5 Sobre el concepto de facultad de disponer véase infra, cap. 4, epígrafe 3.3.

6 Cfr. ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil*, III, *Derecho de Bienes*, vol. 1, *Parte General y derecho de Propiedad*, Quinta Edición. Barcelona, 1983, pág. 26 y DEL POZO CARRASCOSA, Pere, *La venda a carta de gràcia*, Barcelona, 1992, pág. 65 y ss.

significa la transmisión de un derecho de propiedad menos pleno⁷, y, por ello tiene sentido hablar de reserva entendida como atribución negativa.

Al contrario, respecto de la facultad de disponer, la palabra "reserva" es utilizada de forma impropia, pues la reserva es incompatible con la naturaleza de aquélla, como ya hemos visto; la reserva se refiere —de forma poco técnica— a la posibilidad de seguir disponiendo de la cosa a pesar de su transmisión al donatario por la inclusión de una cláusula en el título de donación que permite tal disposición eficaz del donante.

Además, a la disfuncionalidad de reconocer un derecho real en base a la facultad de disponer, se une la necesidad de escindir la titularidad de la facultad de disposición del derecho de propiedad transmitido y los problemas de configuración que ello comporta en la propiedad limitada del donatario.

En efecto, la idea de un derecho real de disposición que se ha reservado el donante conduce a negar este mismo derecho al donatario cuya propiedad queda cualitativamente mermada, de forma que algún autor, como Menéndez⁸, ha degradado a derecho de usufructo sui generis. Sin embargo, su análisis aparece sesgado porque considera que la creación de un derecho real de disposición

7 Ciertamente, la idea de los *iura in re aliena* como derechos limitados o desmembraciones de la propiedad incurre en el error de considerar la figura sólo desde el punto de vista negativo, y no desde el positivo como facultad de disfrute que se reserva el anterior propietario. En este sentido cfr. SALVI, Ferdinando, "La donazione con riserva d'usufrutto", en *Studi in onore di Antonio Cicu II*, Milano, 1951, pág. 387 y ss., y, en nuestro país, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad- La posesión*, 2a ed., Barcelona, 1983, pág. 67.

Sin embargo, la corrección de este análisis no impide que la existencia de un derecho real en cosa ajena signifique la transmisión de alguna de las facultades del dominio a su beneficiario que cesan, al menos temporalmente y en su ejercicio, para el dueño de la propiedad gravada. Cfr. ALBADALEJO, *op. cit.*, III- 1, (1983), pág. 27.

8 MENÉNDEZ, J. "Las donaciones con pactos especiales", *R.D.P.*, 1972, diciembre, págs 1058 a 1060.

comporta atribuir al donatario un derecho real de disfrute, semejante al usufructo, por considerar que no adquiere el pleno dominio ya que de él se ha desgajado el *ius disponendi*. Así, el pretendido derecho real de disposición acaba siendo el dominio de los bienes, del que se separa, ahora sí, un derecho real de disfrute que es el ostentado por el donatario. Esta idea nos devuelve a la oposición transmisión de la propiedad/donación que debe superarse por la admisión de un derecho de propiedad desprovisto de la facultad de disponer.

En realidad, la posibilidad de disponer de un derecho —es decir, la facultad de disponer— no se basa exclusivamente en la titularidad de tal facultad, sino en la posibilidad de ejercicio de la misma que determina la eficacia del acto de modificación jurídica, por tanto, debemos centrarnos en el campo de la legitimación como posición jurídica habilitante para el ejercicio de un derecho que es donde se sitúa la posibilidad del donante de disponer de bienes ajenos.

2.— *Legitimación y ejercicio del derecho*

Es en el carácter jurídico de la facultad de disponer que debe buscarse la identificación de la figura que recoge el artículo 639 C.c. De su aptitud para realizar transformaciones exclusivamente jurídicas deriva la necesidad de un criterio de eficacia del que carecen las facultades materiales y que hemos individualizado como legitimación para disponer, dado un derecho disponible, es decir, apto para el ejercicio de éste tipo de facultades. Es este criterio especial en relación a la eficacia del acto realizado —los actos materiales, al contrario, no pueden ser obviados una vez que se han realizado— lo que transporta la legitimación para disponer al campo del ejercicio del derecho, y, por ende, de las facultades que determinan su contenido: el ejercicio del derecho —como realización efectiva de tales posibilidades de actuación—⁹ puede llevarse a cabo por el titular o por un tercero ya sea por

9 Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. - LUNA SERRANO, A. - RIVERO HERNANDEZ, F., *Elementos de derecho civil, I, Parte General del Derecho Civil, Volumen tercero, El derecho subjetivo*, Barcelona, 1984, pág. 111.

permiso del titular o por la existencia de un derecho propio del tercero en cuyo contenido descansa la legitimación para disponer¹⁰.

Es así que la legitimación permite escindir las facetas de titularidad y ejercicio de las facultades¹¹: El titular del derecho, que lo es a la vez, del haz de facultades que comporta, se mantiene en su posición pero la legitimación concedida al tercero permite la eficacia jurídica de los actos de éste sobre un derecho no propio, moviéndose exclusivamente en el marco del ejercicio de las facultades de titularidad ajena¹².

En definitiva, este es el entramado de relaciones que subyace en el artículo 639 C.c.:

La facultad que se concede al donante es, en palabras de Albaladejo¹³, "otra facultad de disponer" que se concede en virtud del artículo 639 C.c.: Debe diferenciarse, pues, entre titularidad del derecho de propiedad sobre la cosa que

¹⁰ Así lo exponen WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle Pandette*. Traduzione dei Professori Carlo FADDA e Emilio BENSÀ. Con note e riferimenti al Diritto Civile Italiano. Vol. Primo, Torino, 1930, pág. 416; CASTRO y BRAVO, Federico de, *Derecho civil de España. Parte general*, T.I, *Libro Preliminar. Introducción al derecho civil*. 3ª Edición, Madrid, 1955 (Reedición, 1984), pág. 702, y ALBADALEJO, *Derecho civil*, I, *Introducción y Parte General*, vol 1, *Introducción y derecho de la persona*, 11ª ed., Barcelona, 1989, pág. 32.

¹¹ Ambos elementos son denominados como vertiente estática -titularidad- y dinámica -ejercicio- del derecho subjetivo. Cfr. WINDSCHEID, *op. cit.*, I, pág. 216; BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico. Trattato di diritto civile italiano...* di Filippo Vassalli. Volumen 15, T. II, Torino, 1950, pág. 22; y, entre nosotros, LACRUZ, *op. cit.*, I-3, (1984), pág. 97.

¹²Sobre la diferencia entre titularidad y ejercicio eficaz de una facultad ajena cfr. DÍEZ-PICAZO, *la reptón...*, pág. 128 y 129.

¹³ ALBADALEJO, M., comentario al artículo 639 C.c., en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, VIII, 2º, Madrid, 1986, pág. 253.

lleva a la facultad de disponer, y titularidad de otra relación jurídica —cuya posición activa ostenta el donante— que da a su titular la posibilidad de disponer de un derecho ajeno con eficacia. De esta forma, se demuestra que es otra facultad en el hecho de que tiene el contenido delimitado por la amplitud de la legitimación para disponer concedida y que no es tendencialmente abstracta como la del propietario, por ello la eficacia de la legitimación para disponer queda centrada en el preciso contenido estipulado¹⁴.

Queda así, individualizado el último de los elementos de la legitimación para disponer: la situación jurídica que tal posibilidad de realizar actos dispositivos representa para su titular, es decir, en qué posición jurídica se concreta este ejercicio de la facultad dispositiva ajena. En realidad, esta idea —que se relaciona con la legitimación—, más bien deriva de ella y se dirige a crear el estatuto jurídico de la persona legitimada.

3.—Titularidad y legitimación: ejercicio dual de la facultad dispositiva

La legitimación para disponer, en cuanto posibilidad de ejercer un derecho permite situaciones de duplicidad, de forma que en el marco de la "otra facultad de disponer", es preciso determinar también, la relación de ésta con la propia del titular.

En efecto, el concepto de legitimación indirecta para disponer como relación jurídica habilitante entre el sujeto de la disposición y un derecho disponible —que encierra entre sus facultades, la de disponer— determinan en el sujeto que se halle en tal situación ostente una determinada posición jurídica activa; ello no prejuzga, sin embargo, la existencia de una facultad de disponer derivada del derecho de propiedad sobre la cosa, es decir, lo que hemos denominado legitimación directa para disponer.

¹⁴ Vide, infra, cap. 5, n.4

Este es el caso del artículo 639 C.c.: la aceptación del título de donación por parte del donatario produce la transmisión de la propiedad —de acuerdo con el artículo 618 C.c. en relación con los arts. 623 y 629 C.c.— a éste en su íntegro contenido, y, por tanto, con la correspondiente facultad de disponer. Se da, pues, un caso de colegitimación para disponer, en el que existen dos sujetos habilitados para realizar con eficacia actos dispositivos sobre un mismo derecho¹⁵.

En este sentido, la importancia de vincular directamente la mal llamada reserva del artículo 639 C.c. al campo de la legitimación y al ejercicio del derecho está en que cualquier merma de la facultad de disponer que ostenta el donatario como dueño de la cosa debe analizarse como imposición de una prohibición de disponer: si el sujeto está legitimado para disponer de un derecho, la eficacia del acto sólo puede depender de la existencia de una prohibición de disponer que impida el ejercicio eficaz de la facultad de disposición.

3.1.-Elemento circunstancial de la facultad de disponer

La facultad dispositiva de un sujeto respecto de un derecho puede verse restringida por disposiciones legales o pactos al amparo de la autonomía de la voluntad. Tales restricciones reciben el nombre genérico de "prohibiciones de disponer", aunque puede distinguirse —a meros efectos de claridad conceptual— entre limitación y prohibición estricto sensu según se produzca una restricción o una exclusión de la facultad de disponer, respectivamente¹⁶.

¹⁵ Con todo, no debe olvidarse que, mientras la legitimación del donatario es tendencialmente abstracta, la del donante tiene un ámbito específico determinado en el título.

¹⁶ Así distinguen AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, "Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente", en ADC, 1965, I, pág. 960 y ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, 1992, pág. 137.

Es así que las prohibiciones de disponer aparecen como un concepto residual y caracterizadas por su eficacia negativa¹⁷ en cuanto impiden o condicionan el ejercicio normal del ius disponendi¹⁸. Con esta noción se quiere indicar que la prohibición sólo actúa en relación a un sujeto legitimado para disponer y frente a un objeto disponible, condiciones que permiten la limitación o restricción de la facultad dispositiva inicialmente atribuida por la existencia de los elementos subjetivo y objetivo antes descritos¹⁹.

Otra característica por vía de exclusión es que las prohibiciones de disponer significan una carga para el sujeto legitimado pero nunca atribuyen un derecho subjetivo a quien se beneficie de su imposición, así, no pueden considerarse como

¹⁷ Así lo destaca AMORÓS, *op. loc. cit.*, pág. 962.

¹⁸ Parece excesivo decir que las prohibiciones de disponer cercenan la facultad de disponer porque, en realidad, sólo impiden su ejercicio eficaz. En contra, PINTÓ RUIZ, José J., voz "Disposición", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VII, Barcelona, 1955, pág. 627.

¹⁹ Es esta la orientación que sigue la doctrina española moderna haciendo de las prohibiciones de disponer un elemento residual. En realidad, prohibir es un término amplísimo que puede obedecer a las más variadas figuras de técnica jurídica con tal de evitar un concreto resultado. Es por ello que Jerónimo GONZALEZ ("Prohibiciones de disponer", *R.C.D.I.*, 1925, pág. 667) basa su concepto de prohibiciones legales en la diferencia entre leyes imperativas, permisivas y prohibitivas para limitar a estas últimas el ámbito de las prohibiciones de disponer cuyo énfasis se pone, pues, en la eficacia de la ley. De manera similar MOXÓ RUANO ("Propiedad limitada: Prohibiciones de disponer", *Propiedad y Matrimonio*, Conferencias de los cursillos 1948 y 1949, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1956, pág. 10) asmila prohibir a impedir en el sentido más amplio.

Así, sólo se clasifican como verdaderas prohibiciones o limitaciones de disponer aquellas que, aún no formando un grupo homogéneo, tienen en común la restricción del poder dispositivo ya existente. Cfr. GONZALEZ, *op. loc. cit.*, págs. 664; MOXÓ RUANO, *op. loc. cit.*, pág. 22; ROCA SASTRE, Ramon Ma, *Derecho Hipotecario*, T. II, 5ª ed., Barcelona, 1954, pág. 779 y ss.; AMORÓS GUARDIOLA, "Prohibición...", *op. loc. cit.*, pág. 960-961; GÓMEZ GALLIGO, Francisco Javier, *Las prohibiciones de disponer en el derecho español*, Barcelona, 1992, pág. 28 y ss.

tales los derechos de adquisición preferentes —como por ejemplo, la opción— pues la limitación en el ejercicio de la facultad dispositiva que suponen para el titular es consecuencia directa del derecho que se concede al quien puede ejercer el derecho²⁰. Así, las prohibiciones de disponer son el elemento circunstancial del ejercicio del poder de disposición que lo condiciona o impide sin atribuir un derecho al beneficiado por él.

Pueden distinguirse por su objeto en aquellas que se refieren al sujeto y las que se dirigen al objeto. Sin embargo, esta clasificación no está exenta de problemas: Así, en principio, el concepto de limitación o prohibición reúne también aquellas restricciones a la legitimación para disponer como la declaración de concursado o quebrado que impide el ejercicio normal de la facultad dispositiva respecto del patrimonio del sujeto afectado²¹, en tanto que prohibición referida al sujeto. Ello no obstante, tal restricción suele entenderse sólo en función del concepto de legitimación para disponer, de forma que lo califica negativamente: la situación de concurso o quiebra modifica la "libre disposición de los bienes" e incide directamente en la legitimación concedida. Se contempla, pues, como un supuesto de limitación subjetiva de la facultad de disponer²².

En contra, las prohibiciones de disponer estricto sensu en relación al sujeto se limitan a aquellas situaciones en las que, existiendo un sujeto legitimado, se añaden requisitos a la eficacia de la disposición por él realizada como en aquellos casos en los que se precisa el asentimiento de un tercero; así, por ejemplo, en la disposición de la

²⁰ Así, Jerónimo GONZÁLEZ, *op. loc. cit.*, pág. 659; AMORÓS GUARDIOLA, *ibidem*; y especialmente su consideración como carga o gravamen para el titular del derecho es desarrollada por GÓMEZ GALLIGO, *op. cit.*, págs. 33 y 34.

²¹ Así, MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J., (*Derecho de la persona y Negocio jurídico*, Barcelona, 1993, págs. 10 y 11), considera que el concurso y la quiebra nunca afectan a la capacidad de obrar, sino a la legitimación para disponer respecto de su propio patrimonio.

²² Ver bibliografía citada en las notas anteriores.

vivienda habitual de los cónyuges, regulado en el artículo 1320 C.c.²³. Aquí, la legitimación del sujeto titular queda incólume, pero se exige, en calidad de complemento del poder de disposición, la intervención del cónyuge no titular. Con todo, y pese a la distinción, en ambos casos se habla de limitaciones a la legitimación para disponer que deberían formar una categoría unitaria.

El mismo problema se plantea en relación al objeto, siempre dentro del concepto de derecho disponible como ya hemos acotado anteriormente. En este caso, podremos hablar de limitaciones a la disposición en virtud de atribuir al objeto un régimen jurídico específico que las comporta, así como ocurre con los bienes del Patrimonio Histórico Nacional...; o limitar circunstancialmente la disposición por la concreta situación en la que se encuentran los bienes: así, el artículo 1618 LEC respecto a las fincas objeto de retracto enfiteútico y el art. 51 LAU²⁴ para el retracto arrendaticio. En estos casos, existe un derecho disponible pero se limita la facultad dispositiva respecto de él. En el mismo sentido cabe hablar de las prohibiciones de disponer judiciales y administrativas cuya fuerza proviene del cumplimiento de la ley por la especial circunstancia en la que se encuentran los bienes²⁵. Amorós reconduce a la indisponibilidad del objeto los casos de

²³ Así, en relación al 1320 C.c. ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, pág. 137 y ss.

AMORÓS GUARDIOLA (*op. loc. cit.*, pág. 964) se refiere en general a casos en que el titular sólo puede realizar el acto de disposición con el consentimiento concurrente de un tercero. Tal definición amplia no puede hacer referencia a la intervención de un representante legal porque éste aparece legitimado directamente por la ley para disponer, luego en él se cumple el elemento subjetivo de la facultad de disponer.

²⁴ En el momento de cerrar este trabajo, el Gobierno debatía la redacción de un Anteproyecto de reforma de la ley de arrendamientos urbanos, que pudiera modificar este extremo.

²⁵ Así, GONZALEZ (*op. loc. cit.*, pág. 669 y ss.) las califica de individualizaciones de la norma y son meros expedientes que protegen derechos o situaciones cuestionados. En el mismo sentido, ROCA SASTRE (*op. cit.*, pág. 798 y ss.).

prohibiciones legales²⁶, mientras Roca mantiene el doble tratamiento²⁷. El concepto de "derecho disponible", básico para definir por exclusión las prohibiciones de disponer relativas al derecho, no queda aclarado.

En cualquier caso, se pone de manifiesto que las prohibiciones de disponer son un concepto residual que se perfila a medida que se separan de su interior los elementos de la facultad dispositiva y sus consecuencias y significa una limitación o prohibición del ejercicio de la facultad dispositiva.

3.2.-Legitimación para disponer del donante y prohibición legal de disponer.

En este sentido, deberíamos conseguir demostrar la existencia de una prohibición legal de disponer en sede del artículo 639 C.c. para frustrar la colegitimación para disponer nacida de la presencia de dos sujetos legitimados para la disposición, pero ello no parece posible:

En primer lugar no puede sostenerse que se trate una prohibición de disponer que recaiga sobre el objeto, porque la sola existencia de la legitimación para disponer del donante no afecta a la disponibilidad del bien, al contrario, la presupone. El régimen dispositivo al que se somete el bien donado no altera el carácter disponible del derecho de propiedad sobre aquél.

En cuanto a posibles restricciones en atención al sujeto que evitasen la doble posibilidad de disponer, Cossío²⁸ considera que la donación del artículo 63C.c. lleva

²⁶ AMORÓS GUARDIOLA, *op. loc. cit.*, pág. 961, nota 2.7

²⁷ ROCA SASTRE (*op. cit.*, II, pág. 779 y 792), así, limita la noción de derecho intransferible a aquellos inherentes a su titular y a los que recaen sobre bienes de dominio público, sin embargo, como ya argumentamos, la idea de un bien extra comercio incide sólo por vía de consecuencia en su indisponibilidad.

implícita la prohibición porque éste es el único modo de garantizar el derecho de disponer del donante²⁹. Con todo, debe admitirse que la garantía de tal derecho proviene de la eficacia con que aparece configurado y no varía por la presencia de elementos accidentales que colaboren a aquella finalidad. Además, la opinión del autor aparece complementada por la idea de que el dominio no se adquiere de forma definitiva hasta la muerte del donante si no usó de la facultad, luego, no es que exista una prohibición de disponer que impida la disposición del donatario, sino que no puede disponer de lo que aún no es suyo. Negar la transmisión de la propiedad comporta negar la legitimación para disponer del donatario, que aún no es dueño y, a la vez, fundar la del donante en la legitimación directa de todo propietario. Esta postura nos devuelve al análisis del efecto dispositivo propio de la donación que parece destruido por la presencia de la facultad de disponer, al que ya hemos aludido repetidamente³⁰.

Más interesante aparece la objeción de Castillo³¹ quien, admitiendo que el efecto dispositivo de la donación es simultáneo a la aceptación del donatario, considera, sin embargo, que el nuevo propietario no puede disponer de lo recibido.

Con todo, su postura no está exenta de contradicciones terminológicas: en realidad, su argumento se limita a decir que en el artículo 639 C.c. se da un caso de

²⁸ COSSÍO DEL CORRAL, Alfonso de, *Instituciones de derecho civil, 1, Parte general. Derecho de obligaciones*, Madrid, 1975, pág. 344.

²⁹ El mismo criterio sostuvo DIEZ-PICAZO-GULLÓN (*Sistema de derecho civil, II*, Cuarta edición, Madrid 1986, pág. 435), pero la varió con posterioridad en la quinta edición de la citada obra, (Madrid, 1988, pág. 405).

³⁰ Ello es consecuencia de la idea de oposición donación/facultad de disponer, pues el COSSÍO (*ibidem*) considera que el donatario no adquiere el dominio pleno, luego tendrá un simple derecho de disfrute mientras no cese la facultad de disponer del donante.

³¹ CASTILLO TAMARIT, José, "Donaciones con reserva de la facultad de disponer, prohibiciones de disponer, gananciales y legítima", A.D.C., T. XXXV, II, abril-junio, 1982, pág. 771 y ss.

derecho real de disposición que, por su mera existencia, impide que el donatario pueda disponer de su propio derecho de propiedad gravada. Pero esto significa confundir reserva de la facultad de disponer y prohibición de disponer: Si se admite, en contra de lo expuesto, la creación de un derecho real, la figura implica vaciar de contenido dispositivo la propiedad concedida la donatario, luego se trata de un derecho indisponible³², no de una prohibición de disponer. Si, al contrario, estamos en el ámbito de la legitimación, la prohibición de disponer legal no puede deducirse de la letra del artículo 639 C.c.

Además de la falta de previsión legal, señala Canizares Laso³³ que uno de los rasgos típicos de las prohibiciones de disponer es que no reconocen la facultad dispositiva en nadie; luego no existe prohibición de disponer en las situaciones donde se atribuye la legitimación para disponer a un tercero, como es el caso del artículo 639 C.c. en las que si el donatario no puede disponer, sí puede hacerlo el donante. En el mismo sentido, Gómez Galligo³⁴ distingue entre la prohibición de disponer y el caso que nos ocupa en base a la idea de que el segundo implica atribución de una facultad dispositiva, no limitación de las facultades dispositivas del propietario —donatario— que convierten al donante en beneficiario de ella.

En definitiva, nada autoriza a admitir una restricción de este tipo al derecho de propiedad en el caso del artículo 639 C.c. ya que debe constar de modo expreso, cosa que no ocurre en el caso que estudiamos, y la sola atribución de la facultad de disponer al donante no la comporta. Así, nos pronunciamos, con la doctrina

³² El autor es consciente de este problema cuando compara la situación del donatario con la del usufructuario que, si bien puede enajenar su derecho, no puede disponer de la cosa objeto de usufructo. Pero es que en este caso, el usufructuario sólo puede disponer de lo que le pertenece: el derecho de usufructo, y realizar actos dispositivos sobre la cosa objeto de usufructo no es disponer sobre éste, sino sobre el derecho de propiedad en relación a aquélla que no le corresponde a él sino al nudo propietario.

³³ CANIZARES LASO, Ana, "Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias", *Anuario de Derecho Civil*, T. XLIV, fasc. IV octubre-diciembre, 1991, pág. 1468.

³⁴ GÓMEZ GALLIGO, *op. loc. cit.*, págs. 31 y 32.

mayoritaria³⁵, a favor de la posibilidad de disponer del donatario. Este, al conceder la legitimación para disponer, reserva intacta su propia facultad dispositiva sin que la legitimación concedida implique una carga de no disponer para él. El único límite es que no puede transmitir más de lo que posee que es un dominio resoluble o gravable eventualmente³⁶.

En el artículo 639 se da, pues, un supuesto de doble legitimación para disponer —colegitimación—. Ello deriva del hecho de que el Código no configura la legitimación para disponer que se concede al donante como sustitutoria de la del verdadero titular, como se establece —por ejemplo— en el artículo IIII C.c., sino que permite la situación de duplicidad.

35 QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial por...*, T. XI, *Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, Madrid, 1896, págs. 839 y 840; BIONDI, Biondo, *Le donazioni. Trattato di diritto civile italiano*. Redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di Filippo Vassalli. Vol. XII, T. IV, Torino, 1961, págs. 867-868; SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código civil*, I, Madrid, Edersa, 1958, pág. 646; RODRÍGUEZ-ADRADOS, Antonio, "Donación con reserva de facultad de disponer", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XVI (1968), pág. 475; CRISTÓBAL-MONTES, Angel, *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971, pág. 177; ALBADALEJO, comenatrio ala rt. 639, *op. cit.*, pág. 267 y ss.; LACRUZ, en LACRUZ-SANCHO-DELGADO-RIVERO *Elementos de derecho civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, vol 3, *Contratos y cuasicontratos*, 2a ed., Barcelona, 1986, pág. 165.

36 Sobre este punto, vide infra, en este mismo capítulo, epígrafe 4.4.3.

3.3.-Restricciones a la colegitimación: establecimiento de una prohibición voluntaria de disponer

Si bien el artículo 639 C.c. no impone restricciones legales a la facultad de disponer del donatario como dueño de la cosa donada, ello no impide que se establezca una prohibición de disponer de carácter voluntario para asegurar el ejercicio efectivo de la legitimación para disponer del donante³⁷. En este caso, al margen del objeto y del sujeto de la facultad dispositiva, se limita su ejercicio como consecuencia de un pacto³⁸.

Tal posibilidad encaja perfectamente en el marco del artículo 639 C.c. que, por ser una donación, afectaría directamente a la facultad de disposición. En contra, las prohibiciones de disponer en actos onerosos dan simplemente lugar a una relación obligatoria de forma que la disposición —si es el caso— es plenamente eficaz y sólo genera indemnización por daños y perjuicios³⁹.

37 Cfr. CAÑIZARES LASO, *op. loc. cit.*, pág. 1472.

38 En definitiva, donde el concepto de prohibición de disponer se utiliza de forma más precisa por responder a una única figura de la que pueden perfilarse características, requisitos y eficacia es al referirnos a prohibiciones voluntarias, que se identifican con la prohibición de disponer surgida de la autonomía de la voluntad y que supone un límite al ejercicio de las facultades dispositivas.

39 Así. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 811, CAÑIZARES LASO, *op. loc. cit.*, pág. 454. En contra AMORÓS GUARDIOLA, (*op. loc. cit.*, pág. 970) centra la diferencia entre la prohibición de disponer en acto oneroso o en gratuito y mortis causa en la oponibilidad a terceros de la que deriva la eficacia de cada tipo, con lo que siendo ambas prohibiciones, su eficacia, por exigencia del tráfico jurídico es distinta.

Aún siendo así como la ley las denomina (art. 26 LH), la tarea de dar una definición unitaria de prohibición de disponer, exige no tener en cuenta lo que, bajo al denominación de tal, es sólo una obligación que contrae un sujeto frente a otro y cuyo incumplimiento genera la consiguiente responsabilidad.

Por otro lado, la prohibición de disponer del donatario cumple las condiciones que se exigen para su validez: que resulte justificada⁴⁰ y determine un beneficio para alguien. Si concurren estos dos elementos, se considera que la restricción impuesta al tráfico jurídico del bien puede ser tutelada por el ordenamiento jurídico y tiene acceso al Registro de la Propiedad (art. 26 LH). En nuestro caso, la justificación viene dada por el intento de facilitar el ejercicio de la facultad de disponer del donante que evite el recurso al tercer poseedor de los bienes o titular del derecho de gravamen⁴¹. De esta misma consideración deriva que el donante es el directamente beneficiado por la imposición de la prohibición de disponer que refuerza su propia posición activa.

Se exige también que tales prohibiciones no sean perpetuas, y se impone el límite de las substituciones fideicomisarias (art. 781 y 785 C.c)⁴². En nuestro caso, el carácter vitalicio del derecho del donante —o temporal, si se somete a condición o término— determina el fin de la prohibición de disponer para el donatario pues, una vez que cesa el derecho de disponer del donante, no aparece justificada la presencia de la citada prohibición. Ello evita, la perpetuidad de la prohibición y, por consiguiente, su invalidez.

⁴⁰ En este punto está de acuerdo la doctrina: MOXÓ RUANO, *op. oc. cit.*, pág. 38; DIEZ PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, II, pág. 715; LACRUZ, *Elementos...*, III-1, (1979), pág. 194; ALBALADEJO, *Derecho civil...*, III, (1989), pág. 289; CANIZARES LASO, *op. loc. cit.*, pág. 1480; GÓMEZ GALLIGO, *op. cit.*, pág. 60.

⁴¹ Sobre la eficacia real del derecho de disposición del donante, cfr, *infra*, en este mismo capítulo, epígrafe 4.4.3.

⁴² ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 787; CANIZARES LASO, *op. cit.*, pág. 1479 y ss; GÓMEZ GALLIGO, *op. cit.*, pág. 62 y ss.

4.—*El derecho de disponer del donante*

La presencia de una legitimación indirecta del donante para disponer en el artículo 639 C.c. exige individualizar la posición jurídica que a aquél corresponde en cuanto legitimado.

4.1.—*La situación jurídica de legitimado.*

Como señala Betti⁴³, la legitimación para disponer de derechos ajenos comporta la eficacia de los actos dispositivos realizados, pero este dato no soluciona el problema de cómo se articula la disposición de bienes ajenos: el ámbito de la autonomía de la voluntad que permite la legitimación indirecta en base al acuerdo de las partes —como en el artículo 639 C.c.— conduce a una concreta situación jurídica activa para la persona legitimada.

Tal posición es calificada por el artículo 639 C.c. a la vez como facultad: *Podrá reservarse el donante la facultad de disponer*, y como derecho: *si muere sin hacer uso de ese derecho*, que plantea el problema de en que categoría debe situarse. Sin pretensión de ser exhaustivos en un tema que es de los centrales en la dogmática general del derecho, adoptaremos un criterio de distinción que, por su universalidad, puede resultar útil en nuestro caso:

Se debe a Thon⁴⁴ la distinción moderna entre los conceptos de derecho y facultad. El derecho es aquella posibilidad de actuar tutelada por la norma y con atribución de la pretensión para hacerlo efectivo; al contrario, es facultad la posibilidad de actuar lícitamente que da al sujeto el correspondiente poder. La

43 BETTI, E., *Teoria generale...*, *op. cit.*, pág. 221 y ss.

44 THON, Augusto, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*. Prima traduzione con uno studio introduttivo ed annotazioni del Prof. Alessandro Levi, Padova, 1951, pág. 323 y ss.

facultad es el licere que integra la posición jurídica más compleja que es el derecho subjetivo. Sobre esta base, la doctrina⁴⁵ define la facultad como aquella posibilidad de actuar genérica y abstracta que tiene el sujeto por el hecho de hallarse en una determinada situación jurídica activa que es el derecho subjetivo.

Esta idea conlleva la de considerar la facultad como entidad no independiente, vinculada al derecho subjetivo del cual expresa un concreto contenido⁴⁶. Pero la realidad jurídica no es inmutable y la evolución de las facultades a derecho subjetivo viene marcada por la realidad del ordenamiento y la configuración concreta de cada situación jurídica, este sería el caso de la facultad de disponer del donante.

Así, el artículo 639 utiliza la expresión derecho por lo que, en base a su tenor literal cabría argumentar que se trata de un derecho subjetivo independiente. Es cierto que el Código no reviste excesiva precisión a la hora de manejar categorías dogmáticas cuya determinación depende, en buena manera, del punto de vista de estudio. Sin embargo, viene a corroborar la solución propuesta la propia configuración de la legitimación para disponer del donante que aparece como una posición activa de ventaja que se le atribuye de forma independiente. Tal carácter de posición autónoma sólo corresponde, como destaca Rodríguez Adrados⁴⁷, a un verdadero derecho subjetivo, no a una simple facultad.

Así, la legitimación para disponer del donante atribuida en interés propio genera para él un verdadero derecho de disponer.

45 Cfr. ENNECCERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Hans Karl, *Derecho Civil (Parte General)*, en *Tratado de derecho civil por Enneccerus-Kipp-Wolff*, T. I, *Introducción-Derecho objetivo-Derechos subjetivos-Sujeto del derecho-Objeto del derecho*. Traducción de la 39ª edición alemana. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer. Segunda edición al cuidado de José Puig Brutau, Barcelona, 1953 I, 1, p.280; FERRARA, *Trattato di diritto civile...*, p.602. CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España...*, *op. cit.*, pág. 700.

46 DUSI, Bartolomeo, "Diritto subbietivi e facoltà giuridiche", en *Studi Senesi*, (XIX), 1902, pág. 229 y ss.

47 RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. loc. cit.*, págs. 475 y 476.

4.2.-La facultad de disponer y su eficacia jurídica: las "titularidades de disposición"

La facultad de disponer tiene, como ya hemos analizado, un contenido diferente al resto de posibilidades de actuación comprendidas en un determinado derecho subjetivo: en efecto, su esfera de actuación exclusivamente jurídica condiciona su estudio. Por ello, lo que hemos calificado como derecho de disponer debe integrarse en un tipo de ellos que respete su configuración.

En este sentido, se ha intentado individualizar la posición del legitimado para la disposición de bienes ajenos en base al concepto de "titularidades de disposición sin atribución patrimonial" como derecho de especiales características en atención a su específico y único contenido: la facultad de disponer.

Esta figura es desarrollada por Bekker⁴⁸ en base a la distinción que Ihering⁴⁹ había realizado entre los elementos del derecho subjetivo: núcleo material de goce y núcleo formal de disposición, atribuyendo la categoría de derecho subjetivo a la desmembración del núcleo formal en la cabeza de un no titular.

Así, atribuye al sujeto que tiene una legitimación para disponer de derechos ajenos, la titularidad de un derecho real de disposición sobre aquéllos. Es así que Bekker exige en el sujeto titular de disposición una correcta cualidad jurídica que le permita el negocio dispositivo en concreto, con lo que la titularidad de disposición

⁴⁸ BEKKER, E. I., *System des heutigen Pandektenrecht*, 1, reimpresión de la de Weimar, 1886, Weimar, 1979, pár. 18, pág. 46 y ss.

⁴⁹ IHERING, Rudolph von, *Geist des Römischen Rechts*, Dritter Teil, erste Abteilung, 8a ed. Basel, 1954, págs. 327 a 351.

simplemente explica el derecho subjetivo de quien puede disponer porque está legitimado para ello⁵⁰. Su conceptualización es esencialmente negativa:

Gierke⁵¹ los individualiza como cuarto grupo de derechos reales —al lado de los de disfrute, los de adquisición y los de responsabilidad o garantía— por tener como único contenido un poder real de disposición. En palabras de Huber⁵², la titularidad de disposición corresponde al sujeto al margen de la propiedad y de la titularidad de cualquier derecho real limitativo: por lo tanto, si existe un derecho real que, además, otorgue un poder de disposición, debe considerarse como parte de él: Las titularidades de disposición individualizan un sujeto cuya única facultad respecto del objeto es la de disponer de él⁵³.

En segundo lugar, el poder real de disposición aparece cuando no existe un poder de representación que permita la actuación heteroeficaz del representante: en este caso, es sobre el poder que se le ha concedido que se funda su facultad de disponer⁵⁴.

⁵⁰ En contra, AGUILERA DE LA SIERRA (*op. cit.*, pág. 133 y ss.) considera que se trata de la primera construcción que permite la separación de la titularidad del derecho y del *ius disponendi*.

⁵¹ GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II, *Sachenrecht, Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1905, § 139, pág. 599 y ss. y especialmente pág. 603.

⁵² HUBER, "Los derechos reales en el derecho privado suizo", *Estudios sobre la publicidad en el derecho privado*, I, Madrid, 1919, pág. 49 y ss.

⁵³ GIERKE, *ibidem*.

⁵⁴ HUBER, *ibidem*. Se distingue también de las titularidades fiduciarias porque en este caso, la facultad de disposición pertenece al titular fiduciario como parte de su derecho de propiedad. Existe, sin embargo, alguna semejanza —como señala el autor— ya que la fiducia produce un desdoblamiento entre titularidad formal y material, asemejándose la segunda a la idea de poder real de disposición.

Como tercer dato, es preciso decir que la titularidad de este derecho no comporta atribución patrimonial y se agota en el ejercicio de aquél poder. Así, ya Jerónimo González⁵⁵ había situado en esta esfera la posición del adjudicatario en pago regulado en el artículo 45 LH y Roca añade el usufructo de disposición si funciona la subrogación real del precio o del valor⁵⁶. En ambos casos, la única facultad del titular de disposición es la concreta realización del negocio, por ello se excluye el pago por cesión de bienes que, si bien atribuye al acreedor la legitimación para disponer de derechos ajenos, tiene una concreta sustancia patrimonial: realizarse el pago con ellos⁵⁷. De la misma forma, si el usufructo de disposición despreja el mecanismo de la subrogación real desaparece el carácter de la titularidad de disposición y Roca lo califica como fideicomiso de residuo⁵⁸.

Esta figura se utiliza especialmente para justificar las posibilidades de actuación a efectos hipotecarios de ciertos sujetos que, sin ser titulares de la finca inscrita, realizan sobre ella negocios dispositivos eficaces aún estando privados del goce o disfrute material que el derecho subjetivo otorga sobre ella⁵⁹. Así, permiten el juego del tracto sucesivo registral cuando se individualiza el titular de disposición que, por ostentar un derecho con eficacia real⁶⁰, puede realizar el negocio dispositivo en concreto⁶¹.

55 GONZALEZ, Jerónimo, "El titular", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1928, pág. 284.

56 ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario...*, *op. cit.*, II, pág. 235 y ss.

57 Sobre ambas figuras como casos de atribución de una legitimación para disponer BADOSA, *Dret d'obligacions*, pág. 293 y 294.

58 ROCA SASTRE, *ibidem*.

59 Así, GONZALEZ, Jerónimo, *op. loc. cit.*, pág. 284 y por la diferencia entre ambos titulares indica que escinden la personalidad jurídica.

60 GIERKE, *ibidem*.

61 Entran en esta concepto dos grandes tipos de relaciones:

-
- el derecho que deba darse a sujetos que pueden disponer de derechos ajenos, en palabras de ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, II, (1954), pág. 235 y ss), se caracterizan por dos notas: la atribución de un poder de disposición a su titular que utiliza como derecho propio, aunque puesto al servicio ajeno o en relación a un patrimonio ajeno. Se suele citar al albacea testamentario, al facultado para mejorar, o hacer la partición, por ejemplo.

 - las llamadas "titularidades ob rem" o derechos subjetivamente reales. Así, ATARD ("Ensayo de construcción sistemática de las titularidades 'ob rem'", *R.D.P.*, 1924, pág. 273 a 277), siguiendo la construcción de BEKKER, *op. cit.*, I, § 18) utiliza el concepto de titularidad de disposición para varios supuestos: derecho subjetivamente real: el dueño de la cosa tiene ciertas facultades, no por el derecho de dominio sino por la relación material que le une con la cosa y le permite decidir sobre el ejercicio de aquélla, aunque teniendo presente que el titular de goce de la facultad es la propia cosa: así, los derechos del predio dominante o de los retractos legales de comuneros y colindantes. También lo son aquellas que representan a entidades patrimoniales sin persona como la herencia yacente, la sociedad legal de gananciales en liquidación y la explotación en mano común. En el lado pasivo aparecerían todas las generadas por la existencia de un derecho limitativo del dominio en quien es titular de la cosa a la cual se unen: situación de predio sirviente, por ejemplo. Finalmente las titularidades ob rem inactivas o expectantes corresponden a expectativas de derecho, a derechos suspensivamente condicionados o a reservas. Este último ejemplo no debe confundir: el autor se refiere aquí no a la reserva de la facultad de disponer que genere una eventual titularidad de disposición en quien sea su titular, sino a la posición de quien puede, aún sin ser el titular de goce de los bienes reservados, disponer de ellos en el ínterin.

El autor utiliza el término disposición de una manera muy amplia. Así, encierra la decisión sobre la procedencia y la forma de ejercitar una titularidad ob rem, como el uso de una servidumbre atribuída a un predio en el caso de un derecho subjetivamente real, con lo que disposición viene a ser, no modificación o extinción del derecho subjetivo, sino simple poder de decisión sobre él. Además, en base al ejemplo del retracto legal, esta configuración parece anunciar la figura de los derechos potestativos que permiten a su titular modificar una relación jurídica y que, sin necesidad de escindir la titularidad en goce y disposición individualizan igualmente el poder concedido al sujeto. En cambio, la figura es más

La construcción sobre las titularidades de disposición representa sin embargo, un inconveniente en la técnica jurídica ya que precisa asumir un sistema de la creación de un derecho real en base a una facultad puramente jurídica como la de disponer, argumento en contra que ya hemos abordado con anterioridad. Es por ello que las titularidades de disposición no llegan a ser funcionales porque traspasan el esquema de los derechos de señorío, en cuanto dominio directo sobre una cosa, a una facultad esencialmente jurídica.

4.3.-Función jurídica del derecho de disponer y derecho potestativo

A la noción de facultad de disponer, por su carácter de acción jurídica, más que de facultad material, le corresponde un tipo de derecho distinto del de dominación que podemos designar como derecho potestativo⁶² o, en palabras de V.

relevante cuando se refiere a la posibilidad de realizar negocios dispositivos extricto sensu, ya sean de transmisión, gravamen o renuncia como en el caso de las entidades patrimoniales sin persona.

También ROCA SASTRE apunta la posibilidad de hablar de un titular de disposición en los casos de derechos subjetivamente reales (*op. cit.*, pág. 255).

⁶² La terminología par designar a este tipo de derechos es muy variada (Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José, "Situaciones jurídicas subjetivas", en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 1963 (septiembre) pág. 229) sin embargo, hemos escogido derecho potestativo -o derecho de potestad- por cuanto destaca la noción que los identifica como grupo: su vinculación a la actuación de su titular que genera el efecto jurídico conveniente. Cfr. TUHR, Andreas von, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Traducción directa del alemán... por Tito Ravà, Vol. I, *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, Buenos Aires, 1946, pág. 201.

Thur⁶³, derechos secundarios, en cuanto inciden en derechos de señorío —primarios— o concretas relaciones jurídicas que individualiza el derecho a producir una modificación jurídica.

Tales derechos se caracterizan por ser facultades —o poderes⁶⁴— que permiten a su titular, mediante una actividad unilateral, actuar sobre un derecho o una relación jurídica propia o ajena para producir una determinada transformación jurídica: modificarla, extinguirla o crearla ex novo⁶⁵.

Forman un grupo a parte en relación a los derechos de señorío⁶⁶. En este sentido, Zitelmann⁶⁷ distingue tres tipos de poderes que un derecho subjetivo puede conceder a su titular y que caracterizan a cada uno de los tipos de derechos:

⁶³ VON TUHR, *op. cit.*, I, § 7, pág. 202.

⁶⁴ En este punto la terminología es dispar como lo es el propio engarce del concepto de derecho subjetivo y de sus manifestaciones. Al margen de posicionamientos doctrinales concretos, podemos afirmar que la noción de facultad potencia la idea de libre decisión, mientras que la de poder destaca la de eficacia jurídica y transformación de la relación en la que se inscribe. Ambos matices se encuentran juntos en muchas ocasiones. Cfr. THON, *op. cit.*, *Prefazione...*, pág. 7, que centra su diferencia, respectivamente, en el licere y el posse, y COMPORTI, Marco, ("Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo", *Rivista di Diritto Civile*, XVI, I, Milano, 1970, punto 8) que en base a tal razonamiento distingue entre facultad de goce y poder de disposición.

⁶⁵ Cfr. VON TUHR, *op. cit.*, I, § 7, pág. 201; SOHM, Rudolph, *Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Leipzig, 1905, pág. 11; LEHMANN, Hienrich, *Derecho civil. Parte General*, vol. 1, Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José Ma Navas. Madrid, 1956 I, pág. 125. OERTMANN, Paul, *Introducción al derecho civil*, Traducción de la 3ª edición alemana por Luís Sancho Seral. Barcelona-Buenos Aires, 1933, pág. 363 y ss. Esta es la definición acogida por el común de los autores, cfr. MESSINA, Giuseppe, voz "Diritti Potestativi", en *Nuovo Digesto italiano*, XVI, Torino, 1938, pág. 872.

⁶⁶ La clasificación bimembre de los derechos subjetivos en derechos de señorío y potestativos está presente en todos los autores: Véase WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, Torino,

- *Darfrechte*, o derechos de poder —posse— son los derechos de señorío absolutos basados en un poder directo y exclusivo sobre la cosa y que se corresponden con los derechos reales.
- *Sollrechte* o derechos de obligación —o de deber— que agrupa a los derechos relativos como los de crédito que sólo se oponen frente al otro miembro de la relación jurídica.

Estas dos clases configuran los llamados derechos de dominación por la vinculación directa que el titular ostenta respecto de cosas o personas, respectivamente.

- El tercer grupo esta formado por los *Kannrechte* o derechos de facultad —licere— en los que el sujeto ostenta la posibilidad de producir un determinado efecto jurídico, y que se centran en los llamados derechos potestativos⁶⁸.

Parece necesario, sin embargo, perfilar un concepto de derecho potestativo tan amplio que permitiría alcanzar las figuras más diversas ya que la idea de este tipo de derecho debe excluir la posibilidad subjetiva de actuar en una concreta circunstancia que representa la capacidad del sujeto y que no es un derecho sino un presupuesto de aquél y de su ejercicio⁶⁹. Sin embargo, ello no evita una gama muy heterogénea de situaciones reconducibles al esquema de estos derechos que determinan su clasificación en varios tipos.

1930, § 37; ENNECCERUS-NIPPERDEY, I, 1, (1933) § 66, pág. 290; VON TUHR, *ibidem*; MESSINA, ("Sui cosidetti... pág. 5).

⁶⁷ ZITELMANN, E., *Internationales Privatrecht*, II, Leipzig, 1898, págs. 36 y ss.

⁶⁸ En el mismo sentido, LEHMANN, *op. cit.*, I, pág. 125 a 127.

⁶⁹ VON TUHR, *ibidem*, sobre este concepto vide, *infra*, cap 4.

En efecto, la idea de considerar derecho subjetivo a la posibilidad de producir un efecto jurídico es iniciada por Bekker⁷⁰ y los "derechos negativos" o "contraderechos" que reunía actos como la impugnación y resolución de contratos que implicaban la extinción de un derecho de señorío por la voluntad unilateral de un sujeto. A este tipo de derecho se les une lo que Enneccerus califica como "facultades de adquisición" o poderes concedidos al sujeto que le permiten adquirir un derecho con o sin su facultad⁷¹. La categoría adquiere forma definitiva con la clasificación de Zitelmann ya apuntada y su noción de derecho potestativo o de facultad.

Con todo, la individualización de esta categoría no está exenta de críticas:

- Desde el punto de vista dogmático se aduce que se relacionan estrechamente con la idea de derecho sujeto como proveniente de la voluntad, de forma que cualquier manifestación de esta se convierte en derecho⁷². De ahí el ataque de

⁷⁰ BEKKER, *op. cit.*, I, § 28, pág. 89 y ss.

⁷¹ ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Derecho Civil (Parte General)*, en *Tratado de derecho civil por Enneccerus-Kipp-Wolff*, T. I, Traducción de la 39ª edición alemana. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer. Segunda edición al cuidado de José Puig Brutau, Barcelona, 1953, § 66. El caso típico que se pone como ejemplo es el derecho de adquirir la propiedad de una res nullius.

⁷² Ello es evidente en la formulación de la categoría: WINDSCHEID, *op. cit.*, I, § 37 al distinguir los derechos de señorío de los de potestad se expresa así: *In questi simili maniere di esprimersi, colla parola diritto s'intende, que la volontà del titolare é decisiva per la nascita di diritti della specie prima considerata, o per la modificazione de' già nati. Al titolare si attribuisce una volontà decisiva, non già per l'attuazione, ma per l'essenza di precetti dell'ordine giuridico.* En sentido similar, VON TUHR, *op. cit.*, I, § 7, pág. 201: *Si es derecho subejtivo el poder de voluntad reconocido por la ley, tal poder puede consistir también en el hecho de que alguien tenga potestad de influir sobre un derecho de señorío...propio o ajeno o sobre una relación jurídica.*

Thon, en base de su concepción normativa del derecho entendido como pretensión, que se esfuerza por reconducir tales categorías a la esfera de las facultades jurídicas que se caracterizan por la no coacción⁷³. En consecuencia, su admisión indiscriminada da lugar a la hipertrofia de derechos subjetivos viendo en cada posibilidad de actuación un verdadero derecho de este tipo⁷⁴.

- Desde el punto de vista funcional, se argumenta que no son verdaderos derechos porque sólo producen una situación de sujeción o vinculación debiendo soportar, aquél frente al cual se ejercen, las consecuencias de la declaración de voluntad del titular del derecho, pero sin que sea posible oponerse a su ejercicio⁷⁵.

Así, la tendencia actual es la de discutir la base de la categoría⁷⁶, y, especialmente, reducir los casos que puedan reconducirse a ella. En nuestro país, De Castro se pronuncia por la restricción de la categoría por ser demasiado heterogénea

Consciente de este problema, HUBNER, Heinz (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1985, págs. 186 y 187) que mantiene la categoría en la actualidad matiza que se trata de derechos reconocidos expresamente que, además, se limitan en función del interés público restringiendo su alcance.

73 Cfr. THON, *op. cit.*, pág. 330 y ss. De manera parecida KOHLER (*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Berlin, 1904, pág. 151) distingue claramente entre derecho y facultad de forma que considerar a éstas como verdaderos derechos subjetivos es una falta de sistemática y conduce a muchos errores.

74 Así, se llega a calificar de derecho potestativo la facultad de disponer del titular. Vide *infra* cap. 4.

75 Cfr. MESSINA, *op. cit.*, pág. 874. Este es el criterio de FERRARA, Francesco, *Tratatto de Diritto Civile, Vol. I, Dottrine generali*, Parte I, *Il diritto-I soggetti-Le cose*, Roma, 1921, pág. 341 y ss.

76 Cfr. MESSINA, voz "diritti potestativi", *op. cit.*, *passim*, para un resumen de posiciones críticas.

la clasificación de un tipo especial de derechos en función de su eficacia sobre una determinada relación jurídica. En definitiva, en cualquier relación y respecto de cualquier sujeto eficaz es posible predicar un resultado de este tipo⁷⁷. Ello no excluye que tal idea haya puesto en evidencia un tipo de actos que genera un concreto jurídico y que podrían ser individualizadas como "poderes jurídicos" en el sentido de posibilidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica" que formaran un tipo especial de las facultades jurídicas⁷⁸.

Con todo, y a pesar, de las suspicacias, la categoría demuestra su utilidad en dos tipos de construcciones:

77 CASTRO y BRAVO, *Derecho civil...*, *op. cit.*, págs. 604 y 605: *Los casos mencionados por los autores, como derechos conformativos, son de distinta naturaleza; los más no merecen siquiera el nombre de derechos... La compensación, el pagar lo debido, el hacer un contrato a favor de tercero y el poder de disponer son facultades y poderes nacidos de las relaciones jurídicas, como tantos otros derechos y acciones derivadas de los distintos contratos (Nota 1. Por ejemplo: las acciones redhibitoria, " quanti minoris", la acción de reducción y revocación de donaciones, la redención de los censos, la revocación del mandato, la reclamación de la cosa prestada, la excepción de la fianza, etc... Si se procediera con rigor lógico en la aplicación de la doctrina de los derechos del poder jurídico, se llegaría a la conclusión de que casi ninguna figura jurídica dejaba de tener tal carácter. En efecto, no habrá, seguramente, derecho subjetivo que no encierre dentro de sí la posibilidad de alterar una situación jurídica; todo negocio jurídico la cambia necesariamente y toda persona con capacidad de realizar un acto jurídico tiene la posibilidad de actuar sobre alguna situación jurídica.*

Este mismo razonamiento lleva a MESSINA (*op. cit.*, pág. 878) a criticar la inclusión de las facultades de adquisición dentro de la categoría de los derechos potestativos ya que en muchos de ellos falta la nota de alteridad típica de la situación de derecho subjetivo.

78 DE CASTRO y BRAVO, *Derecho civil...*, *op. cit.*, pág. 604. En el mismo sentido DIEZ-PICAZO-GULLÓN (*Sistema de derecho civil. Vol. I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Quinta edición, revisada y puesta al día, Madrid, 1986, I, pág. 430*) consideran que se puede hablar sólo de "facultades de configuración".

- Como *derecho de configuración*, para referirse a los derechos que representan la extinción de una relación jurídica — impugnación y rescisión— y que actúan como derechos subjetivos secundarios, unidos a derechos subjetivos principales o relaciones jurídicas. Su contenido se reduce al mero poder producir un efecto jurídico concreto que admite el propio De Castro⁷⁹.
- Como *facultad de poder* para individualizar la posición que ostenta el legitimado para actuar en la esfera ajena, como sostienen Pérez González y Alguer⁸⁰.

Como derecho de configuración no debemos entrar en su análisis porque no refleja el caso del derecho de disponer que se recoge en el artículo 639 C.c. Tal idea no se dirige a extinguir una relación jurídica, sino a disponer de bienes ajenos. Es por ello que se hace especialmente interesante la noción de "facultad de poder" como segundo grupo de los derechos potestativos.

79 DE CASTRO, *Derecho civil...*, *op. cit.*, pág. 606. En el mismo sentido MALUQUER DE MOTES, *Derecho de la persona...*, *op. cit.*, pág. 181; ALBADALEJO, (*Derecho civil...*, *op. cit.*, I, 2 (1989), págs. 21 y 22), argumenta que en tales casos los derechos que el ordenamiento podría configurar como potestativos (así, la rescisión del contrato o el retracto), pueden calificarse dentro de la idea general de derecho subjetivo según su eficacia.

80 Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en las anotaciones a ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Derecho civil. Parte General*, Barcelona, 1981, I, 2, 1º, § 184, pág. 541.

Excepto los opositores más reacios a la idea de derecho potestativo, se acaba admitiendo que en algunas figuras la individualización del poder de realizar transformaciones jurídicas alcanza cierta entidad. Así, LACRUZ (*Elementos...*, *op. cit.*, I, 3, (1884), pág. 91) distingue la claridad conceptual que ofrecen las acciones de impugnación o el derecho de opción en relación a otros fenómenos cuyo único punto de conexión es que quedan a la discreción de quien puede ejercitarlos como la posibilidad de ocupar una *res nullius* o la de aceptar una herencia.

4.4.-Las "facultades de poder" y la disposición de bienes ajenos

Las facultades de poder forman un segundo grupo de los llamados derechos potestativos, al lado de los derechos de configuración. Von Thur⁸¹ las identifica con aquél conjunto de facultades que permiten actuar en la esfera ajena, es decir, en palabras de Hernández Moreno⁸², conducen a la heteroeficacia de los actos y negocios jurídicos. Pese a su denominación, se trata de auténticos derechos cuyo contenido es el poder de intervenir en asuntos no propios.

4.4.1.-El derecho de disponer del donante como facultad de poder.

Así, una vez concedida a un sujeto la posibilidad de actuar en la esfera ajena, conviene considerar como figura jurídica especial la facultad que detenta, y, en concreto, como una facultad de poder que genera en él un derecho potestativo de este tipo. Con base en tal razonamiento se distingue en la representación entre apoderamiento como concesión de la legitimación para intervenir en los asuntos ajenos, y poder como situación activa que corresponde al representante⁸³. De la misma manera se habla de la existencia de un derecho de administración, ya sea de

81 VON TUHR, *op. cit.*, I, § 7, pág. 206 y ss.

82 HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso, "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código civil", *Revista jurídica de Cataluña*, 1980- II (abril-junio), pág. 374, y, más ampliamente en Adiciones al Tratado de derecho Civil ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. T.1, II, Primera Parte. Tercera edición al cuidado de A. HERNÁNDEZ MORENO y M^o del Carmen GETE-ALONSO, Barcelona, 1981, § 178, pág. 437 y ss.

83 Cfr.. ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.*, I, 2, 1^o, (1981) § 184, pág. 531.

contenido legal o voluntario, para individualizar la posición del legitimado para administrar⁸⁴.

En el caso del legitimado para disponer, es decir, de quien ostenta la posibilidad de disponer de un bien ajeno, tal facultad de poder puede venir configurada de un triple modo:

- Como integrante de una situación más amplia de representación, con las correspondientes cautelas en función de la importancia del acto para el patrimonio que suelen otorgar una facultad de disponer en nombre ajeno y para esferas jurídicas en general (así, 1259—1 y 1725 C.c.).
- Como posibilidad de actuación accesoria a un derecho y siguiendo sus vicisitudes, como la posibilidad de vender la cosa ínsita en el derecho de prenda (1872 C.c.), o en la posición de acreedor en relación al pago por cesión de bienes del artículo 1175 C.c.
- Como facultad de poder autónoma que otorga un derecho de disponer en relación a unos bienes en concretos⁸⁵. Este es el tipo de facultad de poder que encontramos en el artículo 639 C.c.

⁸⁴ Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY, *ibidem*; HELLWIG, Konrad, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, reedición de la de Leipzig, 1903, 1980, § 34, pág. 232.

⁸⁵ VON TUHR (*op. cit.*, I, § 7, pág. 210 y 211) habla del poder de disposición como facultad de poder cuando trata más específicamente la noción de poder de representación con posibilidad de otorgar al representante un poder para disponer. En este ámbito, la configuración de un derecho de disponer autónomo se considera como un poder de representación con facultades dispositivas concedido en interés del representante y con carácter irrevocable, signos claros de que, a pesar de inscribirse en un poder de representación, ofrece particularidades que lo convierten en derecho autónomo, incluso el autor llega a afirmar que se acerca a la concepción de derecho de señoría.

En el mismo sentido, PÉREZ GONZALEZ y ALGUER (Anotaciones a ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil. Parte General*, I, 2, 1º (1981), pág. 61) consideran que esta figura es posible en el derecho español recurriendo a los artículos 1259 y 1717 C.c., y esta

En este caso, la situación del legitimado comporta el ejercicio de un derecho propio en cuyo contenido se encuentra la legitimación para disponer. Como señala Betti, este es el caso en el que la legitimación indirecta más se parece a la del titular y se relaciona directamente con la *potestas alienandæ res* —Gayo II, 62—64— como poder específico correspondiente a un sujeto que le permite disponer de bienes ajenos⁸⁶. En efecto, el donante es titular de una facultad de poder que el permite disponer del derecho de propiedad sobre una parte —o todos— los bienes donados en el ámbito de la legitimación para disponer concedida.

El derecho de disponer del donante se distingue claramente de las otras facultades de poder en relación a actuaciones dispositivas: de la idea de apoderamiento porque éste actúa en relación a genéricas esferas de intereses ajenos frente a los que ostenta una facultad de disponer. De la posibilidad de disponer integrante de un derecho subjetivo más amplio porque, aunque aquí se refiere a una legitimación para disponer en nombre propio y sobre un bien en concreto, se confunde en la posición subjetiva más general de acreedor simple o prendario y pierde su especificidad como derecho propio de disponer.

fórmula es clásica en la interpretación del artículo 1175 (Sobre la interpretación del artículo vide. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, comentario al artículo 1175 C.c., en *Comentarios del código civil*, II, Madrid, 1991) donde se considera que existe un mandato para disponer de los bienes irrevocable y en interés de los acreedores.

⁸⁶ BETTI, E, *Istituzioni di diritto romano*, Vol. I, Ristampa inalterata della seconda edizione, Padova, 1947, pág. 84.

La idea aparece en relación al concepto de adquisición derivativa que exige un traspaso de quien estuviese legitimado para disponer: *E'derivativo l'acquisto se è giustificato da un rapporto dell'acquirente con altra persona determinata che sia legittimata a disporre in ordine alla cosa del cui acquisto si tratta (Nota 12 Quest'altra persona è, normalmente, il titolare precedente del diritto acquistato ovvero di un diritto dalla cui limitazione nasce il diritto acquistato; ma può essere anche una persona diversa dal titolare del diritto, la quale tuttavia abbia facoltà di disporre in ordine alla cosa (potestas alienandæ rei).*

Así, el donante es titular de un derecho potestativo⁸⁷ y, a nuestro entender, más concretamente, de una facultad de poder que el permite producir un resultado de modificación jurídica ya que puede disponer de lo donado, es decir, de derechos sobre bienes ajenos⁸⁸, para cuya eficacia se ha concedido tal facultad de poder.

Por otra parte, como todo derecho potestativo, el derecho de disponer del donante significa un acto libre de su titular que decide si y cuando va a ejercer el poder concedido por su situación jurídica activa, por ello se calificaba como "liberté"⁸⁹ en el derecho francés. Esta idea se traduce ya en el artículo 970 del Proyecto de 1851 por "facultad" que da la noción de ejercicio libre y voluntario por parte del donante⁹⁰. Ello explica el uso de "facultad de disponer" en la primera

87 En el mismo sentido, BIONDI, *op. cit.*, pág. 866, RODRÍGUEZ-ADRADOS, *op. loc. cit.*, pág. 475 y CRISTÓBAL-MONTES, *op. cit.*, pág. 178.

88 Así, la afirmación de BIONDI (*ibidem*) de que se trata de un derecho potestativo porque el donante puede determinar una nueva situación jurídica debe tomarse con cautela. Es así si tomamos como referencia el concepto general de derecho secundario como aquél que, por la actuación unilateral de un sujeto produce una transformación en la realidad jurídica; pero debe rechazarse que tal idea implique entender que el derecho de disposición del donante es un derecho de configuración cuya finalidad principal es la extinción o la modificación de una determinada relación jurídica.

89 El texto de la Ordenanza no hace más que recoger la idea de que el donante podía disponer de sus cosas *à son plaisir et volonté* como había destacado la doctrina anterior. Cfr. MORNACIUS, Antonius, *Observationes in viginti quatuor priores libros Digestorum ad usum Fori Gallici, Observationes...ad usum fori gallici*, T.I, Lutetiae Parisinorum, 1721, pág. 918; y PROHET, Claude Ignace, *Les Coutumes du Haut et Bas Pays d'Auvergne*, Paris, 1765, pág. 114. Igualmente POTHIER, R. J., (*Coutumes des Duché, Bailliage et Prévoté d'Orléans*, en *Oeuvres...*, T. X, Paris, 1827, pág. 437) habla de *disposer quand il jugera à propos*. La misma idea de *liberté* se utiliza en el artículo 946 Code.

90 Es precisamente esta noción de libertad en el uso del derecho de la que se hace depender su característica de imprescriptibilidad, lo que había individualizado la categoría de los derechos facultativos que agrupaba diversos poderes del titular de un derecho no sometidos a la prescripción. Así, MODICA, Isidoro ("Le facultà giuridiche e l'articolo 688 del codice

proposición del artículo 639 C.c.: Tal expresión no aclara que el donante no es titular de un verdadero derecho, sino que se refiere a la libertad en el uso del que le ha estado concedido.

4.4.2.-Límite temporal de ejercicio e inherencia a su titular

Establece el artículo 639 C.c. que *podrá reservarse el donante la facultad de disponer* y también que *si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o cantidad que se hubiese reservado*. Del tenor literal del artículo podemos plantearnos dos cuestiones acerca del ejercicio del derecho de disponer del donante:

- La inherencia de la facultad a la persona del donante y, en su caso, si ésta se plantea como un derecho personal o, personalísimo.
- La duración del derecho de disponer del donante para resolver si el hecho de que el artículo 639 C.c. fije el final del ejercicio de la legitimación para disponer en el momento de la muerte del donante hace que el derecho se configure necesariamente como vitalicio.

La solución de ambos aspectos nos permitirá individualizar la facultad de disposición que el donante ostenta frente a su propio derecho de disponer.

civile italiano", en *Il circolo giuridico. Rivista di legislazione e giurisprudenza*, T.XXX, pág. 44): *Atti meramente facoltativi o di pura facoltà, diritti facoltativi, pure o mere facoltà, od anche semplicemente facoltà sono termine sinonimi, corrispondenti agli actus o res merae facultatis di una volta, coi quali solosi designare una classe di diritti, il cui esercizio non è circoscritto entro alcun periodo de tempo, ossia che si possono far valere a nostro talento quando ci aggrada senza incontrare l'ostacolo della prescrizione.*

Parece que el tales derechos se identifican luego como derecho potestativo en sus acepciones más amplias. Sin embargo, como destaca MESSINA (*op. cit.*, pág. 872, nota 5) el derecho potestativo, aunque deriva de un acto libre de su titular escapa de los meros poderes de ejercicio libérrimo cuya única calidad en común es la imprescriptibilidad.

4.4.2.1.-El derecho a disponer como derecho vitalicio

El artículo 639 C.c. establece con más claridad la categoría de derecho vitalicio que la de derecho personal. En efecto, parece claro en el artículo en estudio que la facultad de disponer cesa en el momento de la muerte del donante y en este instante acaba la posibilidad de resolución de su derecho por disposición del donante. Así, aparece configurado como un derecho vitalicio y cumple con los requisitos esenciales del tipo que, como señala Gramunt⁹¹, son: derecho vinculado a la existencia de su titular, duración indeterminada —ya que se somete a un término incertus quando que es su propia muerte—⁹² y, derivado de las ideas anteriores, derecho intransmisible mortis causa porque no se integra en la masa hereditaria de su titular, sino que se extingue en el mismo momento de la muerte (art. 659 C.c.).

Esta última característica es señalada específicamente en el Código civil italiano de 1942 —art. 790— que, acogiendo el principio de libre configuración del título de donación vigente en nuestro código, establece en su inciso final esta imposibilidad de que el derecho pase a sus herederos. Se especifica, así, el carácter personal del derecho⁹³ y se obvia el recurso al destino de los bienes que obliga a

⁹¹ GRAMUNT FOMBUENA, M. D., *La temporalidad del usufructo: la persona jurídica como titular del derecho de usufructo*, trabajo inédito, Barcelona, 1993, pág. 35.

⁹² Así, el derecho vitalicio es un tipo de derecho temporal, como opuesto a derecho perpetuo o tendencialmente perpetuo- en consideración al sujeto titular. En contra, existen derechos institucionalmente temporales, cuya duración depende de la propia configuración del derecho. Cfr. GRAMUNT, *op. cit.*, pág. 5.

⁹³ Cfr. BRUNELLI-ZAPPULLI, *Commento al nuovo codice civile italiano. Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1940, P'AG. 552; BUTERA, Antonio, *Codice civile italiano. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*. Commentato secondo l'ordine degli articoli (R.D. 2 ottobre 1939-XVII; n.1586), Torino, 1940, pág. 531; TORRENTE, Andrea, *La donazione*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo, T. XXII, Milano, 1956, pág. 466; BIONDI, *op. cit.*, pág. 864.

circunloquios en nuestro sistema: en el artículo 639 C.c. el traspaso inmediato de los bienes al donatario se deriva de la validez de la cláusula que encierra el derecho de disponer, y el momento de la muerte del donante se refiere al final del ejercicio de la facultad de disponer⁹⁴.

A favor del carácter vitalicio del derecho de disponer del donante se esgrime el argumento teleológico de evitar la vinculación de la propiedad derivada de la posibilidad de disponer de forma sucesiva por el donante y sus herederos, quedando el derecho del donatario notablemente disminuído en su importancia económica. Sin embargo, en caso de que el artículo 639 no otorgase carácter vitalicio al derecho del donante, el código goza de mecanismos correctores para evitar la vinculación indefinida de la propiedad.

En efecto, el recurso los límites establecidos en sede de sustitución fideicomisaria (art. 781—785 C.c.) rigen con carácter general como límite máximo

GARDANI CONTURSI-LISI (*Delle donazioni, Coometario del codice civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna-Roma, 1976pág. 336 y ss) precisa al respecto que la intransmisibilidad de la facultad de disponer a los herederos del donante es una cláusula instrumental que acompaña la verdadera novedad del artículo que consiste en declarar la validez de la cláusula de reserva, en contra del texto del Código de 1865 (art. 1069). Así, la imposibilidad de ejercicio de la facultad por parte de los herederos del donante confirma la adquisición de la propiedad de la cosa por el donatario. Sin embargo, este argumento no evita que la posibilidad de reservarse la facultad de disponer se configure como personal y, lo que es más peligroso, conduce a considerar que la transmisión de la cosa ocurre en el momento de la muerte del donante sin haber usado de la facultad, de forma que la donación pasa a ser suspensivamente condicionada; construcción que, no obstante, rechaza la autora (*ibidem*, pág. 340).

- 94 Sobre la interpretación de este inciso final del artículo y el empleo del futuro - pertenecerán- que no implica traspaso de los bienes al donatario en el momento de la muerte del donante, pues ya eran suyos, vide *inpra* cap.3. Se debe a errores de traducción de su antecedente francés inmediato, el artículo 946, la poca claridad del código al determinar el destino de los bienes.

a la vinculación. Por ello son utilizadas en relación a la constitución de usufructos sucesivos ya sea en donación (art. 640 C.c.) o en testamento (art. 789 C.c.), y sirven de límite a la reversión de donaciones en favor de terceros (art. 641 C.c.). En este contexto, la vinculación de la propiedad quedaría a salvo acudiendo a éste límite extrínseco que actúa como principio general. Sin embargo, el Código es más rígido en el 639 C.c. ya que no permite la configuración de más de un derecho de disponer de forma sucesiva, con lo que el carácter de vitalicio cobra un sentido esencial por su relación con la persona facultada para disponer.

El carácter temporal del derecho de disponer del donante aparece configurado como vitalicio puro, dependiendo únicamente de la muerte del donante; sin embargo, cabe que se configure como vitalicio limitado cuando, sin superar el límite máximo de la vida del donante, se impone a su ejercicio un término o una condición, de los que dependa la extinción del derecho.

El carácter vitalicio debe llevarnos a analizar el segundo problema planteado: la inherencia del derecho a su titular.

4.4.2.2 El derecho a disponer como derecho personalísimo

La inherencia del derecho a su titular admite dos intensidades que determinan la presencia de un derecho personal o personalísimo.

Así, como señala Gramunt⁹⁵, el derecho personal se caracteriza por su vinculación a una persona, de lo que desprende necesariamente su carácter vitalicio, pero en principio, tal clasificación no implica la intransmisibilidad inter vivos del ejercicio del propio derecho porque el derecho personal se une necesariamente en su duración temporal a la vida de la persona, y, en atención a su carácter personal no puede ser detentado por una tercera, pero sí que puede cederse simplemente el ejercicio⁹⁶.

⁹⁵ GRAMUNT FOMBUENA, *op. cit.*, pág. 41 y ss.

⁹⁶ Este sería el caso, como destaca MALUQUER DE MOTES, C.J., (Comentario al artículo 480 del Código civil, en *Comentario del Código civil*, I, Madrid, 1991, pág. 1285) del usufructo en el que, si bien el artículo 480 concede al usufructuario la disponibilidad de su

En contra, el derecho personalísimo —a imagen de la obligación personalísima— es aquél que sólo es funcional en al cabeza de su titular, razón por al cual es imposible cualquier transmisión inter vivos ya sea de la titularidad o del ejercicio porque separado del titular en atención al cual se constituye, no tiene sentido. Ello excluye, también, la posibilidad de su ejercicio por parte de un tercero que vulneraría el perfil funcional del propio derecho⁹⁷.

Respecto del derecho de disponer del donante, Butera⁹⁸ argumenta que sólo debe entenderse limitada la disponibilidad mortis causa, pero no la inter vivos de modo que el ejercicio de la facultad de disponer es cedible a un tercero que podrá usarlo durante la vida del donante. Esta idea, que configura al derecho de disponer como simplemente personal, no parece, sin embargo, convenir a los esquemas de la figura regulada en el artículo 639 C.c.

En efecto, del tenor literal del artículo 639 que se refiere únicamente a la facultad de disponer del donante, la doctrina⁹⁹ considera que implica el

derecho de usufructo, ello no significa que él desaparezca de la relación jurídica creada. En efecto, el artículo 498 C.c. mantiene la responsabilidad del usufructuario cedente por el menoscabo de los bienes dados en usufructo, de ello se deduce que se tratat de un derecho personal de carácter vitalicio que no excluye la transmisibilidad inter vivos del ejercicio (Cfr. GRAMUNT FOMBUENA, *op. cit.*, pág. 44).

97 Cfr. GRAMUNT FOMBUENA, *op. cit.*, págs. 115 a 119. El ejemplo claro de derecho personalísimo lo configuraría el derecho de uso y habitación regulado en el artículo 525 C.c.

98 BUTERA, *op. cit.*, pág. 531.

99 MANRESA NAVARRO, José Maria, *Comentarios al Código civil español*. T.V, Sexta edición, Madrid, 1951, V, pág. 164; RODRÍGUEZ-ADRADOS, *op. loc. cit.*, pág. 545; GULLÓN, BALLESTEROS, Antonio, *Curso de derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, pág. 92; CRISTÓBAL-MONTES, *op. cit.*, pág. 179; IRURZUN GOICOA, Domingo (*La donación en reserva de la facultad de disponer (Algunos problemas que plantea el artículo 639 del Código Civil)*, Valencia, 1967, págs. 23 y 33; ALBADALEJO, comentario al art. 639, *op. cit.*, pág. 261.

reconocimiento de un derecho de disponer personalísimo que incumbe sólomente al donante y que no tiene sentido en su ejercicio por terceros. Así, añadimos, se trata de una modalidad de la donación dibujada por el donante y aceptada por el donatario que sirve a dos finalidades concretas:

- la de permitir variar la atribución patrimonial a favor de un tercero: reservas de donar o testar. Límite a la adquisición de la propiedad plenamente admisible en un acto de liberalidad como es la donación.
- la de permitir al donante obtener un beneficio derivado de bienes que ya son ajenos, pero de los que dispuso voluntariamente y de forma gratuita. Este sería el caso de la reserva de vender —en la que el donante obtiene la contraprestación—, o la de gravar o hipotecar el bien donado.

Tales finalidades aparecen justificadas si benefician al donante, pero pierden su razón de ser si son ejercidas por un tercero. Es cierto que el derecho de disponer implica para el donante un activo patrimonial en cuyo favor revertiría una eventual cesión, pero ello no puede hacer olvidar el estricto carácter *intuitu personæ* que se dibuja en el Código¹⁰⁰. En lógica consecuencia, el derecho de disponer del donante

¹⁰⁰ En este sentido, MANRESA, *op. cit.*, V, pág. 164) y ALBADALEJO (Comentario al art. 639, *op. cit.*, pág. 265).

BALBI, Giovanni (*Le donazione. Trattato di diritto civile diretto da G. Grosso e F. Santoro-Pasarelli*, II-4, Torino, 1964, pág. 56) por su parte, indica que la intransmisibilidad del derecho de disponer deriva de que se trata de un complemento de la declaración de voluntad del donante. Sin embargo, ello no es así: la disposición del donante con la reserva de la facultad de disponer es una declaración negocial completa que posibilita la eficacia de una segunda declaración negocial: la disposición del derecho que, es, sin embargo, autónoma respecto de la primera. Ciertamente, esta segunda declaración modifica el efecto de la inicial, pero ello no excluye, a priori, que pueda ser realizada por un tercero. Tal postura tiene su base en la consideración de que la reserva significa condicionar suspensivamente la donación de forma que ambas declaraciones de voluntad conducen a un único resultado jurídico: individualizar los bienes que, finalmente, van a donarse.

no es susceptible de acción subrogatoria, según excluye el artículo 1111 C.c. de su ámbito de aplicación¹⁰¹.

443 Las "facultades de poder" y la eficacia real

La mayoría de los autores no califican a los derechos potestativos —y, por tanto, las facultades de poder— ni como derechos absolutos ni relativos. Tal categoría queda al margen de la distinción entre derechos reales y de crédito que sólo rige para los derechos de señorío. El tema de su eficacia frente a los no titulares queda, pues, sin justificar apriorísticamente, sin embargo cabe deducirla de la posición jurídica pasiva que generan.

En efecto, como hemos comprobado, la existencia de un derecho potestativo comporta una situación de vinculación o sujeción por parte de quien deba sufrir las eventuales consecuencias del ejercicio del titular de aquél. Podrá discutirse la entidad de tal situación, en base a los razonamientos que niegan a ese tipo de derecho su valor como verdadero derecho subjetivo. Sin embargo, en el estricto campo de las facultades de poder —donde el concepto propuesto se ha demostrado especialmente útil— no cabe negar la existencia de un sujeto pasivo que sufre las

En otro sentido, IRURZUN (*op. cit.*, págs. 14 y 22) deriva la intransmisibilidad del hecho que la facultad de disponer no se atribuye, sino que se "reserva". Pues bien, además de los argumentos ya esgrimidos en contra de considerar que en el artículo 639 C.c. exista una reserva, ello no conduce al resultado que interpreta el autor: nade impide que la reserva se configure como un derecho no personal y desvinculado de la persona a favor de la que se atribuye.

¹⁰¹ Curiosamente BUTERA (*ibidem*) que se pronuncia a favor de la cesión del ejercicio del derecho inter vivos, destaca la imposibilidad de usar en realción a él la acción subrogatoria, característica propia de los derechos personalísimos.

consecuencias del ejercicio de la facultad concedida no pudiendo impedir la transformación jurídica que la actividad del titular del derecho comporta¹⁰².

4.4.3.1 La vinculación al acto dispositivo

La vinculación se estructura de diferente manera según el tipo de facultad de poder. De esta manera, el objeto de la modificación jurídica que aquélla permite determinará el círculo de los sujetos vinculados por su existencia.

En este sentido, la facultad de poder consistente en un poder de representación se relaciona tan sólo con la esfera jurídica del dominus negotii que por la legitimación concedida es el destinatario de la actuación heteroeficaz del representante: La relación jurídica a la que afecta el derecho del representante sólo vincula al representado. Al contrario, en el caso del artículo 639 C.c., la facultad de poder se configura en relación a un derecho en concreto de señorío: el de propiedad sobre una parte o todo lo donado. El derecho de disponer no se dirige a esferas de intereses ajenos individualizados por la pertenencia a un sujeto que es el otro miembro de la relación jurídica que va a verse alterada, sino al derecho de propiedad sobre bienes concretos.

En efecto, el derecho de disponer que la legitimación indirecta concede al donante le permite disponer del derecho de propiedad sobre los bienes donados según los términos de la legitimación concedida, luego se vincula a ese derecho en concreto y a los bienes determinados que son su objeto mediato.

¹⁰² Se ha argumentado que tal noción no individualiza una concreta situación jurídica pasiva porque el "obligado" no tiene posibilidad de impedir el resultado que va a producirse: es un deber sin posibilidad de vilación dado el carácter jurídico -y, por tanto, abstracto, de la actuación permitida. Así, ni la oposición material al acto que determina el efecto del derecho potestativo determinaría su ineficacia (cfr. MESSINA, *op. cit.*, págs. 874 y 875). Sin embargo, parece limitado enfocar la validez de una categoría en función del deber impuesto a los no titulares, más que desde la óptica del poder concedido al sujeto activo y no puede negarse que la sujeción, por el sólo hecho de existir la facultad de actuar, adopta perfiles muy claros.

Se constata así la diferencia entre la posibilidad de intervenir en genéricas esferas de intereses ajenos, y la de influir en un derecho de propiedad ajeno, concretado materialmente en unos bienes —todos o una parte de los donados—. Ello explica que el sujeto pasivo de la relación creada por la existencia de una facultad de poder —derecho potestativo— sea el titular de los bienes en cada momento determinado mientras sea posible el ejercicio de la facultad de disponer del donante.

443.2.-Legitimación no exclusiva y eficacia real

La determinación de quien aparece vinculado por la existencia de una facultad de disponer del donante podría resultar bizantina en caso de considerar que la facultad de disponer de aquél es exclusiva.

En efecto, el derecho de disponer del donante puede configurarse como único si se excluye la facultad de disponer del dueño del derecho. Sin embargo, como hemos establecido¹⁰³, en el artículo 639 C.c. se da un supuesto de colegitimación que implica la presencia de dos facultades para disponer: la del donatario derivada de su derecho de propiedad, y la del donante que configura su facultad de poder¹⁰⁴, luego la posibilidad de disponer de aquello donado no es exclusiva sino concurrente¹⁰⁵.

¹⁰³ Vide infra en este mismo capítulo, epígrafe 3.

¹⁰⁴ Sobre estos dos tipos cfr. VON TUHR, *op. cit.*, I, § 7, pág. 212. La posibilidad de una doble facultad de disponer es especialmente probable cuando es el propio titular de un derecho quien permite la disposición eficaz por un tercero y este es, precisamente, el caso del artículo 639 C.c.

¹⁰⁵ La presencia de dos facultades de disponer puede conllevar problemas entre ambos sujetos legitimados. Especialmente gravosa para el donatario -titular- puede ser el desconocimiento del acto del donante, a pesar de que el estado del bien, si es inmueble, pueda deducirse de la correspondiente inscripción en el Registro.

En este tema, la ley no impone a donante y donatario una obligación de informarse recíprocamente de los actos dispositivos realizados sobre el objeto de la donación, ni puede

En consecuencia, si el ejercicio de la facultad de poder no es exclusivo, el derecho de disponer se impone también a los terceros adquirentes que traigan causa del donatario que se hallan sujetos al eventual ejercicio. Así, en palabras de Cristóbal-Montes¹⁰⁶

Su adquisición [la del donatario] está sujeta a una causa de revocación y tal circunstancia seguirá afectando a las adquisiciones de quienes traigan causa de él.

Puede objetarse que la legitimación para disponer concedida por el donatario no puede vincular a terceros que no han autorizado asimismo la actuación sobre derechos propios al donante, con lo que cabría argumentar que la legitimación —y la facultad de poder que ella engendra para el donante— acaba si el propietario de los bienes varía. Sin embargo ello no es así, la legitimación concedida por el donatario vincula el ejercicio de la facultad de poder del donante a la disposición del derecho de propiedad sobre unos bienes concretos, derecho que, por este acontecimiento, se configura como eventualmente resoluble —si la legitimación se concede para realizar actos dispositivos transmisivos o de renuncia— o eventualmente gravable —si la legitimación incluye actos de gravamen— y con esta cualidad pasa a los terceros adquirentes que, por ello, se encuentran sujetos al ejercicio de la facultad de poder del donante. Como opina la doctrina¹⁰⁷, el derecho de disponer del donante tiene eficacia real.

deducirse la existencia de una carga de informar ya que, de no hacerlo, no se deriva para ninguno de los sujetos un efecto perjudicial. Con todo, puede acudir a la vía del ejercicio abusivo del derecho (art. 7-2. C.c.) y a la responsabilidad por los daños ocasionados si se produce un ejercicio intempestivo, dolosamente oculto o fraudulento del derecho de disponer que se concede al donante.

¹⁰⁶ CRISTÓBAL-MONTES, *op. cit.*, pág. 177.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ-ADRADOS, *op. loc. cit.*, pág. 476; CRISTÓBAL-MONTES, *op. cit.*, pág. 178; ALBADALEJO, comenatrio al art. 639, *op. cit.*, pág. 267.

Vallet¹⁰⁸ apunta que la eficacia real de este tipo de modificaciones en el *ius disponendi* procede de que, habiendo aceptado un sujeto la limitación de sus facultades dominicales como consecuencia de existir un derecho sobre el *ius disponendi*, los terceros adquirentes deben soportar el ejercicio del poder conferido. Así, el donante ejercerá su derecho de disponer frente a los terceros¹⁰⁹.

Esta configuración no comporta, sin embargo, que el derecho a disponer del donante se convierta en un derecho real. Además de la cuestión debatida en torno a la utilidad del mantenimiento de esta clasificación estrcita desde el punto de vista

¹⁰⁸ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Estudios sobre derecho de cosas...*, *op. cit.*, pág. 104.

¹⁰⁹ Este es el argumento utilizado por el recurrente en la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de octubre de 1924, (Jurisprudencia civil, publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 164 (4° de 1924) Octubre a Diciembre, Madrid, 1927, pág. 154).

Así, se considera que en el caso de una venta con reserva de usufructo que permite la disposición por parte de la vendedora y somete al comprador a la necesidad de autorización de aquella para el acto dispositivo, los causahabientes del comprador, una vez cumplido el trámite, ostentan un derecho limitado como el de su transmitente. El análisis se enturbia, sin embargo, al afirmarse que la venta se consolida por el fallecimiento de la vendedora sin haber dispuesto, signo inequívoco de que se considera que la reserva de la facultad de disponer impide hablar de verdadero usufructo y estamos ante una venta sujeta a condición suspensiva de no disposición. En consecuencia, el derecho limitado de los causahabientes no es una propiedad resoluble sino una expectativa de derecho que se consolida por la muerte de la vendedora sin haber usado de su facultad.

En este caso existe un usufructo con facultad de disponer, como finalmente lo califica la DGRN (pág. 158) que plantea matices distintos a la institución del artículo 639 C.c. que parte de la donación como acto de liberalidad que puede limitarse en sus efectos. Este esquema se hace difícil de mantener en un acto oneroso y aún más coexistiendo con una reserva de usufructo porque plantea la posibilidad de mermar los efecto traslativos de la propiedad cuando por su adquisición se ha pagado un precio.

dogmático¹¹⁰, no cabe desconocer que los textos legales distinguen entre derecho real y derecho con eficacia real.

En efecto, como pone de relieve Díez—Picazo¹¹¹, el Reglamento Hipotecario (art. 7) reconoce, al lado de los derechos de carácter real, la existencia de *actos o contratos con trascendencia real*¹¹². En este grupo se incluyen, siguiendo a Vallet¹¹³, una serie de situaciones jurídicamente protegidas y sin inmediato goce o disfrute de la cosa, pero que generan sujeción del sujeto pasivo con mayor o menor inherencia a la cosa, entre ellas destaca la sujeción a poderes jurídicos que comportan adquisición, readquisición o invalidación de una modificación jurídica. El caso es especialmente claro en relación al llamado retracto convencional que el artículo 1510 C.c. configura como un derecho que el retrayente puede ejercitar frente a terceros y que lleva a Del Pozo a utilizar respecto a él la idea de eficacia real pero no de derecho real¹¹⁴.

Es en este grupo donde se inserta también el derecho del donante en cuanto poder jurídico de disposición —facultad de poder sobre el derecho de propiedad de unos bienes concretos— que afecta al donatario a los que de él adquieren la propiedad de la cosa sujeta al eventual ejercicio de su derecho potestativo¹¹⁵.

¹¹⁰ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios...*, *op. cit.*, págs. 99 y ss.

¹¹¹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, II, pág. 45.

¹¹² En contra de esta distinción, ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario...*, *op. cit.*, III, pág. 657), en base a la rígida distinción de derechos reales y de crédito y la imposibilidad de inscribir un derecho que no sea real.

¹¹³ VALLET, *Estudios...*, *op. cit.*, págs. 176 y 177.

¹¹⁴ DEL POZO, *La venda a carta de gràcia*, Barcelona, 1992, págs. 97 y, especialmente, 107 a 110.

¹¹⁵ En contra, RODRÍGUEZ-ADRADOS, (*op. loc. cit.*), pág. 476 y CRISTÓBAL-MONTES, (*op. cit.*, pág. 178) califican el derecho del donante de potestativo y real lo que supone una contradicción según lo ya expuesto sobre los derechos potestativos. El derecho de disponer

*5.—Ejercicio del derecho de disponer:
modificaciones en la relación jurídica inicial.*

El ejercicio del un derecho de disponer del donante sobre el derecho de propiedad de uno bienes en concreto comporta para el titular de estos —donatario o terceros adquirentes— una modificación —actos de gravamen— o incluso una extinción de su derecho —enajenación o renuncia—.

Tales efectos de transformación jurídica no derivan directamente del derecho del donante sino que, como señala Von Tuhr¹¹⁶ son efectos reflejos de la facultad de poder concedida —en este caso— al donante cuya legitimación para actuar le permite modificar el estatuto real de los bienes. Sus titulares deben pues, soportar las modificaciones en base a la sujeción inherente a la cosa de su propiedad, lado pasivo de la facultad de poder que ostenta el donante.

En este sentido, las modificaciones seran distintas según los actos dispositivos a los que alcance la legitimación para disponer concedida:

tiene eficacia erga omnes y es inscribible a la luz de lo que determina el artículo 7 RH, pero ello no lo convierte en un derecho real.

¹¹⁶ VON TUHR, I, § 7, pág. 211: *Las facultades que competen a G [por hipótesis, Gestor=donante] respecto al patrimonio o a determinados derechos de D [Dominus=titular, donatario] pueden tener significación jurídica aún para las personas que están en contacto con la esfera jurídica de D...Pero estas posibilidades no son más que efectos reflejos de la situación de poder de G, no facultades propias de terceros...*

5.1.-Derecho de enajenar y resolución de la propiedad

La legitimación concedida para enajenar, es decir, para transmitir el derecho por cualquier vía, afirma Biondi¹¹⁷ que genera para el donatario un título resoluble por el eventual ejercicio de la facultad de disponer. En efecto, el acto de disposición del donante tiene un doble efecto: traslativo a favor del adquirente y resolutivo en relación al derecho del donatario.

Se ha intentado individualizar bajo el concepto de "revocación de la propiedad" las causas de extinción de la propiedad —y por extensión, de los demás derechos reales— que fundados en títulos válidos, ocasionan su pérdida por una decisión de quien ha sido su transmitente, grupo dentro del cual cabría considerar al derecho de disponer del donante como posibilidad de enajenar por cualquier título aquello donado.

Existen, sin embargo, entre sus formuladores diferencias acusadas que amplían o restringen su contenido: Desde una visión restrictiva, Fuenmayor sólo incluye las manifestaciones de voluntad contraria del transmitente que hacen surgir en él de nuevo el mismo derecho enajenado y no son consecuencia de una autolimitación inicial que conste en el título: se trata, en este caso, de la idea de revocar en su

¹¹⁷ BIONDI, *op. cit.*, pág. 868.

sentido más absoluto¹¹⁸, que excluiría al artículo 639 C.c. que no comporta readquisición del derecho por el donatario y que, además, surge de la configuración del título de donación que el donatario acepta y no de un puro *ius poenitendi* del donante.

De modo menos taxativo, Cervi y Romano parecen ampliar el concepto a toda extinción de la propiedad dependiente de un acto de voluntad del donante que nos lleva a los efectos que produce todo derecho de configuración jurídica que comporte la extinción de una relación jurídica¹¹⁹.

¹¹⁸ FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *La revocación de la propiedad*, Madrid, 1941, pág. 82: *...hay revocación de la propiedad, cuando se destruye y cancela una enajenación perfectamente válida, haciendo resurgir el antiguo dominio del trasmitente, en virtud de un cambio de voluntad de éste mediante el ejercicio de una potestad reconocida por la ley, y, aún a veces, en perjuicio de un tercer adquirente. Toda nuestra investigación gira alrededor del cambio de voluntad del enajenante: se requiere una primera voluntad positiva de transmitir su dominio, y la efectiva transmisión, y una segunda voluntad negativa, contraria a la anterior, encaminada a dejarla sin efecto. Por la rigidez de la categoría el propio autor afirma que queda [r]educida fundamentalmente la revocación de la propiedad a los casos de donación en que se den los presupuestos de ingratitud que el Código taxativamente determina (ibidem, pág. 189).*

¹¹⁹ Así, incluye los derechos de impugnación, rescisión, revocación estricto sensu. Cfr. CERVI, Giulio (*Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. XIV- Parte II, pág. 239): *...la revoca di un diritto reale si ha quando un diritto reale esistente per virtù di un titolo perfetto fin dalla sua nascita in tutti i suoi requisiti, viene a risolversi per una causa posteriore ed incerta.*

En el mismo sentido, ROMANO, Salvatore (*Archivio Giuridico*, pág. 191): *Al potere positivo, essenziale all'autonomia dei privati di conformare da sé i propri rapporti giuridici, mediante atti della loro volontà, corrisponde talvolta il potere negativo di ritrattare questi atti, ristabilendo, in tutto o in parte, la condizione di cose ad essi anteriore...*

Como tercer grupo cabe señalar la clasificación más abierta se debe a Sanchez Román¹²⁰ que incluía, bajo el nombre de "acciones rescisorias" cualquier reserva, pacto o causa legal a favor del transmitente que conduce a la extinción de un derecho real.

Es por la diversidad de criterios que Puig Brutau¹²¹ destaca la excesiva heterogeneidad de la categoría y, en consecuencia, su discutible utilidad. A nuestros efectos adquiere cierta relevancia porque la individualización de estos casos viene a dar carta de naturaleza al concepto de propiedad temporal y revocable¹²² que se extingue por la concesión de una serie de facultades al transmitente. Viene a ser un primer paso para considerar la donación del artículo 639 C.c. como verdadera transmisión de la propiedad, y no como usufructo o derecho de disfrute sui generis¹²³.

¹²⁰ SANCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de derecho civil...*, Madrid, 1900, III, 1, págs. 300-301.

¹²¹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil*, T. III, *Derecho de cosas*, Barcelona, 1953, págs. 246 y 247.

¹²² Sólo entendiendo la propiedad como suma de contenido y caracteres esenciales puede mantenerse que una propiedad temporal no es verdadera propiedad (En contra VAREILLES-SOMMIERES, marquis de, "La définition et la notion juridique de la propriété", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, IV, 1905, pág. 456) argumentando que en ella falta el señorío absoluto por no ser exclusivo en el tiempo. De la imposibilidad de concebir una propiedad temporal se pasa a negar que exista revocación de la propiedad. Para estos conceptos véase FUENMAYOR, *op. cit.*, pág. 61 y ss.

¹²³ Sobre esta concepción de la donación con reserva de la facultad de disponer cfr. cap. 3.

De ello deriva el intento de encubrir el supuesto de hecho del tan citado artículo en el campo de la donación sometida a término de las Partidas, así, BOFARULL, Manuel de, *El Código civil español, según la edición oficial, anotado, concordado y comparado por...* Madrid, 1888, comentario al art. 639. En contra se pronuncia BONEL SANCHEZ, León, *Código civil español*, Tomo tercero, libro III, Barcelona, 1890, pág. 113 Y SS.

Además, a partir de aquí, se pone el énfasis en la eventual pérdida del derecho que puede sufrir el donatario o los sucesivos adquirentes: Pérez González y Alguer¹²⁴ consideran que el donante ostenta un derecho de resolución que comporta la extinción del derecho, y Puig Peña pone el énfasis en la idea que el ejercicio del derecho conlleva la extinción de la propiedad¹²⁵; Rodríguez-Adrados¹²⁶ y Cristóbal-Montes¹²⁷ apuntan que la adquisición del donatario se halla sujeta a una causa de revocación, lo que supondría utilizar este término en su concepción más amplia.

En este sentido, cabría entender que la presencia de un título eventualmente resoluble comporta una posibilidad de producir la revocación de la propiedad, al menos en su acepción más amplia, pero debe destacarse el carácter principal del derecho de disponer del donante.

Así, tal derecho delimitado como posibilidad de llevar a cabo enajenaciones sobre bienes no propios es esencialmente distinto a los casos de revocación individualizados por los autores porque no vuelve las cosas al estado primitivo anterior a la donación, es decir, no resuelve la transmisión realizada. Es por ello, que a pesar de su eficacia real frente a terceros adquirentes, no sirve para nuestro caso el concepto de revocación real diseñado por Fuenmayor.

En efecto, la revocación real significa que el derecho de propiedad vuelve al transmitente de forma que, como nuevo propietario, puede utilizar la reivindicatoria de cualquier tercer poseedor¹²⁸, de ahí proviene su eficacia real. En cambio, en el artículo 639 C.c. el uso de la facultad de disponer comporta, como

¹²⁴ PÉREZ GONZALEZ y ALGUER, Anotaciones a Enneccerus, Ludwig, *Derecho civil...*, *op. cit.*, II-1 (1935), pág. 125.

¹²⁵ PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de derecho civil español*. IV, vol. II, Madrid, 1951, pág. 36.

¹²⁶ RODRÍGUEZ-ADRADOS, *op. loc. cit.*, pág. 473.

¹²⁷ CRISTÓBAL-MONTES, *op. cit.*, pág. 177.

¹²⁸ Cfr. DEL POZO, *op. cit.*, págs. 107 a 110.

efecto reflejo de la facultad de poder del donante, la pérdida del derecho por el donatario. En palabras de Albaladejo

la facultad nueva que por pacto adquiere [el donante] al donarlos...no es constitutiva de una condición que dependa de su voluntad, y bajo la que done, sino simplemente un poder suyo; aunque es cierto que ejerciéndolo priva al donatario de los bienes que sea, cuya privación se produce...a análogamente a que revocase la donación

Los terceros vinculados por la existencia de la facultad de disponer y como titulares pasivos de una situación de sujeción inherente a la cosa que comporta el derecho de disponer, les afecta la pérdida del derecho de su causante. Efectivamente, si un derecho es resoluble, nadie puede transmitir más de lo que tiene.

La pérdida del derecho ocasionado por el derecho de disponer debe considerarse también, como revocación de la propiedad en su sentido más amplio, pero quizás, utilizando la terminología del Código, y en vista de los efectos distintos que el artículo 639 C.c. produce, deberíamos hablar, como hace el artículo 516—3 C.c. de "resolución del derecho" del donatario cuyo único contenido común es que extingue la propiedad.

Con todo, como afirma Albaladejo¹²⁹, la pérdida de los bienes no tiene carácter retroactivo, precisamente porque la resolución del derecho del donatario no supone una vuelta de la cosa al patrimonio del donante que pueda tener efectos *ex tunc*; la pérdida del derecho se produce como consecuencia de haber ejercitado el donante su derecho de enajenar que hace pasar la cosa directamente al patrimonio de aquél a favor de quien se ha dispuesto tal como se hallaba en el del donatario¹³⁰.

¹²⁹ ALBADALEJO, comentario al art. 639 C.c., *op. cit.*, pág. 267.

¹³⁰ En contra, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUÍS-GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (*Sistema de derecho civil*, II, Quinta edición, revisada y puesta al día, Madrid, 1988, pág. 405) aplican el régimen propio del retracto convencional sobre la liberación de gravámenes por la resolución, excepto la protección especial en caso de arrendamiento: [En las

5.2.-Derecho de gravar e imposición de carga

En el caso de que el derecho de disponer comporte la posibilidad de realizar actos de gravamen sigue el mismo mecanismo antes expuesto. Ciertamente que el gravamen no comporta extinción del derecho de propiedad, pero sí que puede implicar su modificación. En definitiva, se trata de un efecto reflejo distinto de la facultad de poder del donante.

En relación al donatario, el ejercicio de la posibilidad de gravar representa, como dice Albaladejo, una imposición retardada de carga que convierte la donación en eventualmente modal¹³¹, aunque el gravamen, al igual que la resolución de la propiedad en el caso de derecho de enajenar, son sólo consecuencias de la facultad de poder concedida al donante con lo que no varía su calificación como donación pura¹³². Sólo el efecto reflejo del acto de disposición modifica esencialmente la entidad del derecho que pasa a ser una propiedad limitada.

donaciones con reserva de la facultad de disponer] el donatario adquiere desde luego la propiedad de lo afectado por la reserva. Pero todos los negocios que haga (excepto, seguramente, el arrendamiento en las condiciones del artículo 1520) dependen en su eficacia definitiva de que el donante haga o no uso de aquella facultad.

¹³¹ ALBADALEJO, *ibidem*.

¹³² En este sentido, RODRÍGUEZ-ADRADOS, *op. loc. cit.*, pág. 474.

—CONCLUSIONES—

—Primera—

La inadmisión de la reserva de la facultad de disponer en la donación se formula por primera vez en el antiguo derecho de costumbres francés a causa de una errónea interpretación de una Capitular carolingia que regulaba no una donación, sino una institución contractual de herederos.

—Segunda—

Los autores franceses adaptaron el contenido de la citada capitular a una máxima de derecho consuetudinario: *donner et retenir ne vaut* que imponía la necesidad de *tradition de fait* o entrega de lo donando como requisito de publicidad posesoria. A este significado se le añade la *tradition de droit*, centrada en la entidad del derecho transmitido en la donación y que se identifica con la imposibilidad de que el donante se reserve la facultad de disponer.

—Tercera—

La reserva de la facultad de disponer implica dar y retener ya que ésta es la facultad esencial de las dominicales y sólo ella individualiza al propietario: si el donante puede disponer los bienes donados no ha existido efecto dispositivo en la donación porque nadie puede disponer de bienes ajenos.

—Cuarta—

La reserva de disponer tácita es aquella que no consta expresamente en la donación pero se deduce de la configuración del título. Su presencia en la donación no impide el efecto dispositivo pero lleva a la inexistencia de efecto adquisitivo cierto que también es dar y retener. Por su carácter implícito, maneja un concepto de disposición que se aleja de la transmisión o transformación de la cosa para centrarse en la noción de disponibilidad como poder de decisión sobre ella.

—Quinta—

La fórmula del *donner et retenir* se acaba identificando con la imposibilidad de que el donante altere el efecto adquisitivo previsto por ningún medio que dependa de su voluntad: es decir, se le exige que configure un derecho irrevocable para el donatario. La irrevocabilidad, en tanto que principio general, se interpreta como fórmula del carácter irrevocable de la donación y la reserva de la facultad de disponer se transforma en una cláusula especial que no otorga un derecho irrevocable porque impide el efecto dispositivo propio de la donación.

—Sexta—

La reserva de la facultad de disponer como reserva de transmitir el derecho se mezcla con la regulación de la reserva de testar en las donaciones universales propia del derecho escrito y de ella deriva su formulación positiva pero su nulidad parcial, y la solución del problema en base al destino de los bienes objeto de la reserva. Además, la noción de derecho irrevocable afecta también a aquellas cláusulas en que el donante se reserva la disponibilidad de la cosa, entendida como poder de decisión sobre ella.

—*Séptima*—

La admisión de la reserva de la facultad de disponer en la donación conlleva la libre configuración del título adquisitivo por parte del donante y la posibilidad de que el donatario reciba un efecto dispositivo eventualmente revocable. Sin embargo, este ámbito de autonomía de la voluntad que permite modalizar los efectos de la donación no resuelve cómo se articula la disposición de bienes ajenos -del donatario-, de forma que hasta que la noción de propiedad no dependa de la facultad de disponer como contenido imprescindible, la reserva de ésta facultad no podrá comportar el efecto transmisivo propio de toda donación.

—*Octava*—

El concepto de propiedad basado en la idea de su esencia y no en su contenido, y la constatación de que todo derecho patrimonial es susceptible de disposición llevan el análisis de la posibilidad genérica de disponer a la eficacia concreta del acto dispositivo, que, en cuanto acto jurídico, precisa del correspondiente poder. La disposición de derechos ajenos se solucionará con base en la eficacia del acto.

—*Novena*—

El perfil funcional del poder permite afirmar que la facultad de disposición es un fenómeno complejo que exige una cualidad personal del sujeto que dispone que genera para él una posición jurídica habilitante -legitimación-y la disponibilidad de objeto sobre el que actúa el derecho que se dispone. Ambas permiten que, en relación a un concreto derecho y como parte de su estructura, surja la posibilidad de realizar negocios dispositivos.

—*Décima*—

En el art. 639 C.c., presupuesto un objeto disponible, se da una legitimación indirecta para disponer del donante que crea en él una facultad de disposición que actúa como requisito de eficacia de sus actos dispositivos sobre patrimonio ajeno.

—*Undécima*—

El negocio atributivo de la legitimación indirecta del donante es la aceptación de la donación por parte del donatario. Se funda, pues, en la voluntad de las partes, se confiere en interés del legitimado y de forma irrevocable.

—*Duodécima*—

El alcance objetivo de la legitimación se determina por dos criterios: la individualización de los bienes y la referencia a un valor máximo hasta el que pueden realizarse actos dispositivos: se trata de la reserva de cantidad con cargo a los bienes. En cualquier caso, la legitimación se agota en los bienes donados, pero puede alcanzarlos en su totalidad, no merma el efecto transmisivo propio de la donación.

—*Decimotercera*—

Salvo mención expresa de actos de gravamen o renuncia, la legitimación alcanza a todo acto de transmisión y por cualquier título, pero nunca permite la reversión de los bienes al donante que por la disposición pasa al patrimonio del tercero.

—*Decimocuarta*—

No existe derecho real de disponer constituido por reserva en el 639 C.c. por el carácter jurídico de la facultad de disponer que impide el poder directo sobre la cosa, y porque la legitimación se ciñe al marco del ejercicio del derecho que se concede a un tercero. El titular -donatario- mantiene sus facultades dispositivas intactas, razón por la que se da un supuesto de colegitimación.

—*Decimoquinta*—

La legitimación crea para el donante un derecho de disponer que podemos calificar como facultad de poder, dentro del grupo más amplio de los derechos potestativos. Su ejercicio es facultativo, vitalicio y personalísimo porque sólo en cabeza del donante cumple con su finalidad.

—*Decimosexta*—

El derecho de disponer del donante crea en el donatario una situación de sujeción, debiendo soportar las consecuencias de su eventual ejercicio. A ello se añade que el ejercicio de la facultad de disponer es concurrente, por lo que el donatario transmite a los terceros adquirentes la sujeción antes determinada y el derecho del donante adquiere eficacia real. La pérdida de la propiedad o su gravamen son efectos reflejos de la existencia del derecho de disponer del donante.

—*BIBLIOGRAFIA*—

AA.VV., *Questions importantes sur plusieurs articles des coutumes d'Amiens, de Ponthieu, d'Artois, d'Hesdin, de Saint Pol, de Boulogne, de Montreuil & de Peronne, Montdidier et Roye. Traitées par les plus celebres Avocats au Parlement, en Le coutumier de Picardie*, II, Paris, 1726.

AGUILERA DE LA SIERRA, Tomás, *Actos de administración, de disposición de conservación*, Madrid, 1973.

ALBALADEJO GARCIA, Manuel,

Comentarios al Código civil y Compilacionmes forales, T. VIII. vol. 2, artículos 618 a 656 del Código civil, Madrid, 1986, Comentario a los artículos 639 y 641 del Código Civil, pág. 253y ss.

Comentario del Código civil, dirigido por C. Paz-Ares Rodriguez, L. Díez-Picazo, Ponce de León, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch, I, Madrid, 1991, Comentario al artículo 639 del C.c.

Derecho civil, I, *Introducción y Parte General*, vol 1, *Introducción y derecho de la persona*, 11a ed., Barcelona, 1989.

Derecho civil, I, *Introducción y Parte General*, vol 2, *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 11a ed., Barcelona, 1989.

Derecho Civil, III, *Derecho de Bienes*, vol. 1, *Parte General y derecho de Propiedad*, Quinta Edición. Barcelona, 1983.

ALCIATUS, Andrea, *Opera omnia...* T.IV, Francofurti, 1616-1617.

ALVAREZ POSADILLA, Juan, *Comentario a las leyes de Toro*, Madrid, 1833.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, "Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente", en *Anuario de Derecho civil*, XVIII, (1965), fasc. i, enero-marzo, págs. 963 a 988.

- ARGOU, Gabriel, *Institution au droit français*, 3ª ed., Paris, 1710.
- ARNAUD, André-Jean, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris, 1969.
- ARNDTS, Ludwig, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Stuttgart, 1872.
- ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, 2ª ed., Milano, 1935.
- ATARD, R. "Ensayo de construcción sistemática de las tularidades 'ob rem'", *R.D.P.*, 1924, pág. 275 y ss.
- AUBRY, C.- RAU, C. *Cours de droit civil français d'après le méthode Zachariae*, VII, 4 ed., Paris, 1878.
- AURICCHIO, Alberto, Voz "Autorizzazione", en *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, pág. 502 y ss.
- AZURZA OSCOZ, P. J. "Capacidad y poder de disposición", *RGLJ*, 1948, pàgs. 575-713.
- AZZARITI, Francesco Saverio- MARTINEZ, Giovanni- AZZARITI, Giuseppe, *Diritto civile italiano. Successioni per causa di morte e donazioni*, 2ª ed., Padova, 1948.
- BACQUET, Jean, *Des droitct du domaine de la courone de France*, en *Les oeuvres de...*, Paris, 1630.
- BADOSA COLL, Ferran,
Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela. Ley 5/1982, de 13 de julio de 1982, y Ley 13/1983, de 24 de octubre de 1983. Manuel AMOROS GUARDIOLA, Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, coordinadores. Comentario a los artículos 220, 221 Ley 5/1982. Madrid, 1986.

La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil. Studia albornotiana dirigidos por Evelio Verdera Tuells, LI, Bolonia, 1987.

Dret d'obligacions, Barcelona, 1990.

Vide Kipp, Theodor.

BALBI, Giovanni, *Le donazione.* Trattato di diritto civile diretto da G. Grosso e F. Santoro-Pasarelli, II-4, Torino, 1964.

BARASSI, Ludovico, *La proprietà nel nuovo codice civile.* Milano, 1941.

BARBERO, Domenico, "Proprietà ed usufrutto. (Determinazione del concetto di "mio")", *Giurisprudenza italiana*, Volumen XC (1938).

BARDET, Pierre, *Recueil d'arrêts du parlement de Paris*, I, Avignon, 1773.

BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam digesti novi partem Commentaria*, Augustae Taurinorum, 1583.

BASMAISON POGNET, Jean de, *Paraphrase sur les coutumes du bas et haut pays d'Auvergne*, avec des annotations de Charles du Moulin, Clermont, 1696.

BASNAGE, Henri, *Commentaires sur la coutume de Normandie*, en *Oeuvres de...*, 4a ed., Rouen, 1778, T.II.

BATBIE, M., *Revue critique de législation et de jurisprudence*, núm. 28, (1866), enero-junio.

BAUBY, "De l'irrévocabilité de la donation entre-vifs", *Académie de législation de Toulouse*, núm. 21 (1872), págs. 134 a 235.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.-COLIN, Maurice, *Traité théorique et pratique de Droit civil, X, Des donations entre vifs et des testaments*, 3a ed. Paris, 1905.

- BEAUNE, *Droit coutumier françois. Les contrats*, Paris-Lyon, 1889.
- BEGAT, Jean, *Decisiones*, en *La Coutume du Duché de Bourgogne... par Jean Bouhier*, Dijon, 1717.
- BEKKER, E. I., *System des heutigen Pandektenrecht*, 1, reimpression de la de Weimar, 1886, Weimar, 1979.
- BELTRAN DE HEREDIA CASTAÑO, J. *La comunidad de bienes en el derecho español*, Madrid, 1954.
- BERAULT, Josias, *Commentaires sur la coutume de Normandie*, T. II, Rouen-Paris, 1786.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código Civil*, II Comentario al artículo 1175, Madrid, 1991, págs. 242 a 248.
- BERGIER, M., *Traité des donations entre-vifs et testamentaires*, par J.M. RICARD... Avec des Notes & Additions relatives aux changements que les nouvelles Ordonances & les Arrêts rendus avant & depuis des dernières éditions, ont apporté à la jurisprudence sur ces Matières par... T.I. Riom-Clermont-Ferrand, 1783.
- BERTHON DE FROMENTAL, Gabriel, *Décisions du droit écrit, canonique et françois par ordre alphabétique avec des observations sur l'ancienne et la nouvelle jurisprudence des pays qui se régissent par le droit écrit*, Lyon, 1740.
- BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico. Trattato di diritto civile italiano...* di Filippo Vassalli. Volumen 15, T. II, Torino, 1950. - *Istituzioni di diritto romano*, Vol. I, Ristampa inalterata della seconda edizione, Padova, 1947.

BILLECART, Louïs, *Coutumes de Chaalons avec des commentaires de Maistre...où sont traités les plus belles & les plus importantes questions du droit coutumier*, Paris, 1686.

BIONDI, Biondo,

I beni. Trattato di diritto civile italiano redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di Filippo Vassalli, IV-1, Torino, 1953.

Le donazioni. Trattato di diritto civile italiano. Redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di Filippo Vassalli. Vol. XII, T. IV, Torino, 1961.

BOERIUS, Nicolaus,

-Consuetudines...civitatis...Biturigum..., Lugduni, 1508.

Decisiones Burdegalenses, Lugduni, 1566.

BOFARULL, Manuel de, *El Código civil español*, según la edición oficial, anotado, concordado y comparado por... Madrid, 1888.

BOILEUX, J. M., *Commentaire sur le Code civil*, Revu et précédé d'un précis de l'histoire du droit civil par M. F.F. Poncelet, 4^a ed., Paris, 1838.

Bolletín de información del Ilustre colegio Notarial de Granada, n. 124, noviembre de 1961, pág. 646

BONEL SANCHEZ, León, *Código civil español*, Tomo tercero, libro III, Barcelona, 1890.

BONFANTE, *Conso di diritto romano*; vol. II, *La proprietà*, 1, Milano, 1966.

BONIFACE, Hyacinthe de,

Arrests notables sur la Cour de Parlement de Provence, Cour des Comptes, Aydes et Finances du mesme pays, Paris, 1670.

Questions notables et maximes du droit, tirées de l'usage des textes, du sentiment des docteurs, et de la jurisprudence des arrêts, Grenoble, 1702.

- BONNECASSE, Julien, *Elementos de derecho civil*, traducción por... Jose M. Cajica, T. III, Puebla, 1946.
- BORRELL y SOLER, Antonio Ma, *El dominio según el Código civil*, Barcelona, 1948.
- BOURJON, François, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, tirés des Loix, des Ordonnances, des Arrêts, des Jurisconsultes & des Auteurs, & mis dans l'ordre d'un Commentaire complet & méthodique sur cette Coutume, Paris, 1770.
- BOUTARIC, François de, *Explication de l'Ordonnance de Louis XV. Roi de France & de Navarre. Du mois de février 1731, concernant les donations*, Avignon, 1744.
- BOUTILLIER, Jean, *La somme rurale*, Paris, 1480.
- BRETONNIER, *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit qui se jugent diversement dans les différens Tribunaux du Royaume, avec des réflexions pour concilier la diversité de la jurisprudence et la rendre uniforme dans tous les TRIBUNAUX*, Paris, 1742.
- BRILLON, Pierre Jacques, *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des Parlemens de France*, Paris, 1727.
- BRINZ, Alois, *Lehrbuch des Pandekten*, I, 2a ed., Erlangen, 1873.
- BRISSAUD, J., *Manuel d'histoire du droit privé a l'usage des étudiants en licence et doctorat par...* Paris, 1908
- BRODEAU, Julien, vide Louet, Georges.

BRUGGI, Biagio, *Della proprietà*, en *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e giurisprudenza*, al cuidado de Pascuale Fiori. Napoli-Torino, 1911.

BRUNELLI, Giovanni e ZAPPULLI, Carlo, *Commento al nuovo codice civile italiano. Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1940.

BUTERA, Antonio, *Codice civile italiano. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*. Commentato secondo l'ordine degli articoli (R.D. 2 ottobre 1939-XVII; n.1586), Torino, 1940.

CAMBOLAS, *Décisions notables sur diverses questions du droit jugées par plusieurs arrêts de la Cour du Parlement de Toulouse*, Toulouse, 1681.

CAÑIZARES LASO, Ana, "Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias", *Anuario de Derecho Civil*, T. XIIIV, fasc. IV octubre-diciembre, 1991, págs. 1453 a 1528.

CARIOTA-FERRARA, Luigi,

Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, Napoli, sin fecha.

I negozi sul patrimonio altrui con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui, Monografie de "Il foro della Lombardia" Studii di diritto civile, commerciale e processuale civile. Diretti da Francesco Messineo e Marco Tulio Zanzucchi. Vol. decimo. Padova, 1936.

CARNELUTTI, Francesco,

Lezioni di diritto processuale civile, vol. secondo. Padova, 1926.

Teoria generale del reato secondo migliaia. Padova, 1933

Teoria giuridica della circolazione. Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino. Padova, 1933.

Sistema del diritto processuale civile, II, *Atti del processo*, Padova, 1938.

Teoria generale del diritto. Terza edizione emendata e ampliata. Roma, 1951.

CARRARO, Luigi, "Contributo alla dottrina dell'autorizzazione", *Rivista di procedura civile*, 1947, I, págs. 282 a 314.

CASANOVAS MUSSONS, Anna, *La doble consideració de la donació en el Codi civil espanyol: com a negoci dispositiu i com a títol adquisitiu*, inédito, Barcelona, 1992.

CASTAN TOBEÑAS, José,

Derecho civil común y foral, IV, Derecho de obligaciones, las particulares relaciones obligatorias, Madrid, 1962.

"Situaciones jurídicas subjetivas", en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 1963 (septiembre), págs. 193 a 270.

CASTILLO TAMARIT, José, "Donaciones con reserva de la facultad de disponer, prohibiciones de disponer, gananciales y legítima", *A.D.C.*, T. XXXV, II, abril-junio, 1982, págs. 355 a 373.

CASTRO y BRAVO, Federico de,

Derecho civil de España. Parte general, T.I, Libro Preliminar. Introducción al derecho civil. 3ª Edición, Madrid, 1955 (Reedición, 1984).

El negocio jurídico, Tratado práctico y crítico de derecho civil. Vol. X. Madrid, 1967.

CERVI, Giulio, voz "Revoca dei diritti reali", *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. XIV- Parte II, Milano, 1906, págs. 237 a 251.

CHABOT DE L'ALIER, *Questions transitoires sur le Code Napoléon*, Paris, 1809.

CHASSENEUS, Bartholomæus,

Repertorium consiliorum, Lugduni, 1531.

Consuetudines ducatus Burgundiae fereque totius Galliae, Lugduni, 1582.

CHENON, Emile,

"L'ancien coutumier de Champagne (XIII siècle)" en *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, mayo-junio 1907, págs. 1 a 59.

Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815,
Tome II, Premier Fascicle, *Période Féodale et Coutumière (du Xe au
XVIIe siècle) Période Monarchique*, Paris, 1929.

CHIOVENDA, Giuseppe,

"Sulla natura dell'espropriazione forzata", *Rivista di diritto processuale
civile*, 1926 (III), I, págs. 85 a 104.

Istituzioni di diritto procesale civile, I, *I concetti fondamentali. Le dottrine
delle azioni*. Ristampa anastatica della 2 ed., Napoles, 1960.

CHOPPINUS, Rhenatus, *De privilegiis rusticorum, lib. III*, Parisiis, 1621.

CICALA, Francesco Bernardino, *Il rapporto giuridico*. Milano, 1959.

CLARUS, Iulius, *Opera omnia, sive practica civilis atque criminalis*. Genevae,
1666

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de derecho civil español*,
Nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso Cossío y del Corral y
Antonio Gullón Ballesteros. T.II, *Derecho de obligaciones, contratos.
Derecho de familia*. Madrid, 1959.

COCHIN, *Oeuvres*, Contenant le recueil de ses Mémoires et Consultations.
Dernière édition, Paris, 1788.

COLIN, Ambrosio - CAPITANT, H., *Curso elemental de derecho civil*.
Traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista
General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el derecho español
por Demófilo DE BUEN, T. VII, *Sucesión intestada. Partición.
Disposiciones a título gratuito*, Madrid, 1927; T.VIII. *Derecho sucesorio -
Donaciones - Ausencia*, Madrid, 1928.

COLMET DE SANTERRE, "Observations sur la révocabilité des testaments et
l'irrévocabilité des donations entre-vifs", *Séances et travaux de l'Académie
des sciences morales*, núm. 138 (1892) julio-diciembre, págs. 137 a 150.

- COMPORITI, Marco, "Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo", *Rivista di Diritto Civile*, XVI, I, Milano, 1970, págs. 435 a 482.
- CONNANUS, Franciscus, *Commentariorum iuris civilis*, T.I, Parisiis, 1553.
- CONSTANT, *De la regle donner et retenir ne vaut. Son origine, ses principales applications d'après le Code civil*, Tonerre, 1889.
- CORASIUS, Ioannis, *Miscellaneorum iuris civilis libri sex*, Coloniae Agrippinae, 1581.
- COSACK, Konrad, *Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Erster Band, *Die Allgemeinen Lehren und das Recht des Forderungen*, 6a ed., Jena, 1913.
- COSSIO CORRAL, Alfonso de, *Instituciones de derecho civil*, 1, *Parte general. Derecho de obligaciones*, Madrid, 1975.
- Coutumes générales du Bailliage de Bassigny*, Nancy, 1761.
- CRISTOBAL-MONTES, Angel, *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971.
- CROME, Carlo, vide ZACARIAE VON LIGENTHAL.
- CUJACIUS, Iacobus, *Opera*, ad parisiensem Fabrotianam Editionem diligentissima exacta, Venetiis, 1758.
- D'ARGENTRE, *Commentarii in patrias Britonnum leges seu consuetudines generalis antriquissimi ducatus Britanniae*, Paris, 1615.
- DAGUESSEAU, *Oeuvres complètes*, XII, Paris, 1819.

DAMOURS, M., *Conférence de l'Ordonnance concernant les donations, avec le droit romain, les anciennes ordonnances, la jurisprudence des Parlements, et le sentiment des auteurs*, Paris, 1753.

DAVOT, Gabriel, *Traité sur diverses matières de droit françois à l'usage du Duché de Bourgogne d'autres Pays qui ressortissent au Parlement de Dijon*, Dijon, T. I, 1751, T. IV, 1752.

DEL POZO CARRASCOSA, Pere, *La venda a carta de gràcia*, Barcelona, 1992.

DELANDE, Jacques, *Coutume d'Orléans commentée par...* Seconde édition augmentée des Mémoires de l'Auteur, et des notes de Mr. de Gyves. Avec une conférence générale sur toutes les Coutumes de France qui y sont du rapport. Revue, corrigé et mise en ordre par Me Philippe Auguste Perreaux. Paris, 1772.

DELEHELLE, H., *De la règle donner & retenir ne vaut, son histoire dans le droit coutumier, son influence dans le Code Civil*, Tesis doctoral leida en la Universidad de Dijon, 1897.

DELSOL, J.J., *Explication élémentaire du Code civil mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, 3^e ed.... avec la collaboration de Ch. Lescoeur, II, Paris, 1878.

DELVINCOURT, *Istituzioni di diritto civile secondo le disposizione del Codice Napoleone*, traduction italiana de la segunda edición francesa, Milano, 1812.

DEMANTE, A. M., *Cours analytique de Code Napoléon*, Continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, T. IV, Paris, 1858.

DEMOLOMBE, C., *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, VI, (*Cours de Napoléon*, T. XX), Paris, 1868.

- DENISART, J.B., *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives a la jurisprudence actuelle*, Sixième édition, Paris, 1768.
- DERNBURG, Arrigo, *Pandette*, II, *Diritti reali*, Torino, 1907.
- DESJARDINS, Albert, "Recherche sur l'origine de la règle donner et retenir ne vaut", *Revue Critique de Législation et Jurisprudence*, T.XXIII (18 Anné) 1868, págs. 207-243 y 311-335.
- DIAZ DE MONTALVO, Alonso, *El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble rey don Alonso IX*, glosado por... T. II, Madrid, 1781.
- DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luís - GULLON BALLESTEROS, Antonio,
Sistema de derecho civil. Vol. I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Quinta edición, revisada y puesta al día, Madrid, 1986.
Sistema de derecho civil. II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual, 4 ed. Madrid, 1983, y 5ª ed., Madrid, 1988.
- DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Luís,
Fundamentos del derecho civil patrimonial, II, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad- La posesión*, 2ª ed., Barcelona, 1993.
Fundamentos del derecho civil patrimonial, I *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, 3ª ed, Madrid, 1993.
- DIEZ PASTOR, "La donación al no concebido", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, VI, 1952, pág. 147 y ss.
- DIONYSIUS PONTANUS, (Denis Dupont), *In consuetudines blesenses commentarium*, T. II, Parisisis, 1677.

DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, en *Oeuvres de...*, Première édition...révue, corrigée...par M. Carré, T. II, Paris, 1822.

DOMINGO DE MORATO, Domingo Ramon, *El derecho civil español con las correspondencias del romano tomadas de los Códigos de Justiniano...*, T. I, Valladolid, 1868.

DONELLUS, Hugo, *Commentariorum de jure civili*, en *Opera omnia*, T. III, Florentiæ, 1841.

DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, Guy, *Commentaire sur les nouvelles ordonnances concernant les Donations, les Testaments, le Faux principal, Faux accident, & la Reconnoissance des écritures & signatures privées en matière criminelle, & sur la Déclaration concernant les Cas Prévôtaux ou Présidiaux*, Paris, 1753.

DUARENUS, Franciscus, *Disputationem Anniversarium*, en *Opera omnia*, Lucæ, 1768.

DUMAS, Auguste, *Histoire des obligations dans l'ancien droit français*, Aix en Provence, 1972.

DUMOULIN, vide Molinaeus.

DUPIN, M. - LABOULAYE, E. *Glossaire du droit français*, en Loysel, Antoine, *Institutes coutumieres*, T.II, pág. 393 y ss.

DUPLESSIS, *Oeuvres de ... divisées en deux volumes*, Paris, T.I, *Traité... sur la coutume de Paris*, Paris, 1754.

DURAND, Augustin, *De la règle: donner & retenir ne vaut en Droit français*, Paris, 1876.

DURANTON, M., *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, 4ª edizione napoletana sulla cuarta edizione del belgio notablemente accresciuta, Con note de osservazione riguardanti la legislazione e giurisprudenza civile del regno delle due Sicile per cura de... Luigi Parente, Napoli, 1854.

DUSI, Bartolomeo, "Diritto subbiectivi e facultá giuridiche", en *Studi Senesi*, (XIX), 1902, págs. 225 a 278.

ENDEMANN, F., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs von... Neunte Auflage. Erste Band, Einteilung, Allgemeiner Theil, Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1903.

ENNECCERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Hans Karl,

Derecho Civil (Parte General), en *Tratado de derecho civil por Enneccerus-Kipp-Wolff*, T. I, *Introducción-Derecho objetivo-Derechos subjetivos-Sujeto del derecho-Objeto del derecho*. Traducción de la 39ª edición alemana. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer. Segunda edición al cuidado de José Puig Brutau, Barcelona, 1953.

T. I, 2, *Derecho civil. (Parte General) por...* Traducción de la 39ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer. Tercera edición al cuidado de A. Hernandez Moreno y M^o del Carmen Gete Alonso. Volumen segundo, *Nacimiento, extinción y modificación de los derechos subjetivos, pretensiones y excepciones, ejercicio y aseguramiento de los derechos*. Primera parte, Barcelona, 1981.

ENNECCERUS, Ludwig,

Derecho de obligaciones, en *Tratado de derecho civil por Enneccerus-Kipp-Wolff*. T. II, 1ª parte, - Undécima edición por H. Lehmann. Traducción de la 35ª edición alemana con estudios de adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, 1935.

décimoquinta revisión por Hienrich Lehmann, Traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer. Tercera edición con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por José Ferrandis Vilella, Barcelona, 1950.

ESPLAU ESPLAU, Santiago, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, 1992.

Febrero Novísimo, ó librería de jueces, Abogados, esribanos y médicos legistas, Refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada... por Eugenio de Tapia, Valencia, 1837.

FENET, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Osnabrück, 1968, reimpresión de la edición de 1827.

FERNANDEZ VILLAVICENCIO AREVALO, Francisco, "La facultad de disposición", *Anuario de Derecho Civil*, T.III, Fasc. IV, Octubre-diciembre 1950, págs. 1025 a 1055.

FERRANDIS VILELLA, José, vide ENNECCERUS, Ludwig.

FERRARA SANTAMARIA, Massimo. *Il potere di disposizione* Napoli, 1937.

FERRARA, Francesco

Tratatto de Diritto Civile, Vol.I, Dottrine generali, Parte I, Il diritto-I soggetti-Le cose, Roma, 1921.

"I negozi sul patrimonio altrui (a propósito de una recente pubblicazione)", en *Rivista del Diritto Commerciale*, XXXV (1937), I, págs., 179 y ss.

FERRIERE, Claude de, *Nouvelle institution coutumière qui contient les regles de tout droit coutumier...de France*, Paris, 1692.

FILHOL, René, *Le premier Président Cristofle de Thou et la formation des coutumes*, Thèse pour le Doctorat, Paris, 1937.

FINZI, Enrico, *I possesso dei diritti*, Milano, 1968.

- FONTANELLA, Ioannes Petrus, *De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus*, T. I, Barcinonæ, 1612.
- FRANCHIS, Vicentius de, *Decisiones Sacri regis consilis Neapolitani*, Venetiis, 1626.
- FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo, *La revocación de la propiedad*, Madrid, 1941.
- Fuero real del Rey Don Alfonso el Sabio*, copiado del Códice del Escorial...y cotejado con varios códices de diferentes archivos por la Real Academia de la Historia, Madrid, 1836, ed. facsímil, Valladolid, 1979.
- FUNAIOLI, G.B., *Scritti minori*, I, Milano, 1961.
- FURGOLE, Jean-Baptiste, *Ordonnance de Louis XV Roy de France et Navaree pour fixer la jurisprudence sur la nature, la forma, les charges & les conditions des Donations. Donnée à Versailles au mois de février 1731*, Toulouse, 1733.
- GALINDO PARDO, Lorenzo, *Explicación doctrinal y práctica del Libro III del Código civil*, Salamanca, 1896.
- GALVANUS, Marcus Aurelius, *De usufructu dissertationes variæ*. Genevæ, 1676.
- GARCIA GARCIA, José M^a, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1978, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1980-2, págs. 1212 a 1224.
- GARCIA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974.

- GARDANI CONTURSI-LISI, Licia, *Delle donazioni, Coometario del codice civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna-Roma, 1976.
- GASPARRI, Pietro, *Studi sugli atti giuridici complessi*, Pisa, 1939.
- GIERKE, Otto von, *Deutsches Privatrecht*, I Leipzig, 1895; y II, *Sachenrecht*, Leipzig, 1905, en *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft* herausgegeben von Dr. Karl BINDING. Zweite Abteilung, dritter Teil, erster und zwieter Bände.
- GIORDANO, A. "Tradizione e potere de disposizione nel contratto estimatorio", *Rivista de diritto Commerciale*, 1949 (XLVII), I, pág. 190 y ss.
- GOMEZ GALLIGO, Francisco Javier, *Las prohibiciones de disponer en el derecho español*, Barcelona, 1992.
- GOMEZ ORBANEJA, Emilio, "Legitimación y representación", *La Notaria*, 1948, págs. 157 y ss.
- GONZALEZ, Jerónimo,
 "Prohibiciones de disponer", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1925, págs. 658 a 680.
 "El titular", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1928, págs. 272 a 291 y 365 a 372.
- GORLA, Gino, *La compravendita e la permuta*, en *Trattato di diritto civile italiano* redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di Filippo Vassalli, Vol. VII. Torino, 1937.
- GRAMUNT FOMBUENA, M. D., *La temporalidad del usufructo: la persona jurídica como titular del derecho de usufructo*, inédito, Barcelona, 1993.

GRENIER, *Traité des donations, des testaments, de toutes autres dispositions gratuites suivant les principes du Code civil*, 3^a ed., Clermont-Ferrand, 1826.

GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*. Libri III. Cum anotatis Auctoris nec non Gronovii. Notis et Barbeyracii animadversionibus; commentariis Henr. L. B. de Cocceii. Insetis quoque observationibus Samuelis L. B. Cocce., Lausanae, 1758.

GUILHON, C.G., *Traité des donations entre-vifs*, Toulouse, 1818.

GULIELMUS, Joannis, *Questiones latines*, en *La Coutume du Duché de Bourgogne... par Jean Bouhier*, Dijon, 1717.

GULLON BALLESTEROS, Antonio, *Curso de derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972.

HEDEMANN, J. W., *Tratado de Derecho civil*, vol. II, *Derechos reales*, versión española y notas de José Luis Diez Pastor y Manuel González Enríquez, Madrid, 1955.

HEINECIO, *Elementos del derecho natural y de gentes*, traducidos al castellano por J.A. Ojea, I, Madrid, 1837.

HELLWIG, Konrad,

Anspruch und Klagerecht, Beiträge zum Bürgerlichen und zum Prozesrecht, Jena, 1900.

Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, I, reedición de la de Leipzig, 1903, 1980.

HENRYS, Claude, *Oeuvres de...*, contenant son Recueil d'Arrets ses plaidoieres et harangues... Paris, 1708.

- HERAIL DE BRISSIS, Martine d', *L'adage "donner et retenir ne vaut". Sa valeur actuelle*, Thèse pour el doctorat lise à l'Université de Bordeaux-I, 1982.
- HERMOSILLA, Gaspare, *Additiones notæ resolutiones ad septimam Partit. gloss. et cogita doctiss. Gregorii Lopetii*, T.II, Beatixæ, 1634.
- HERNANDEZ MORENO, Alfonso, "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código civil", *Revista jurídica de Cataluña*, 1980- II (abril-junio), págs. 374 a 445.
Vide ENNECCERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Karl.
- HUBER, "Los derechos reales en el derecho privado suizo", *Estudios sobre la publicidad en el derecho privado*, I, Madrid, 1919.
- HÜBNER, Heinz, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1985.
- IHERING, Rudolph von, *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Dritter Teil, erste Abteilung, 8a ed. Basel, 1954.
- IMOLENSIS, Ioannes, *Super prima Digesti novi, commentariorum*, Lugduni, 1549.
- INVREA, Francesco,
"Possibilità giuridica e legittimazione", *Rivista di diritto processuale civile*, Padova 1939 (XVI), I, págs. 313 a 331.
La parte generale del diritto, Padova, 1934-35.
- INVREA, Francesco,
La parte generale del diritto, Padova, 1934-35
"Possibilità giuridica e legittimazione", *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, 1939 (XVI), I, pág. 313 y ss.

IRURZUN GOICOA, Domingo, *La donación en reserva de la facultad de disponer (Algunos problemas que plantea el artículo 639 del Código Civil)*, Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 25 de mayo de 1963, Valencia, 1967.

JELLINEK, Giorgio, *Diritti pubblici subbiettivi*, traduzione italiana riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca con note de... G. Vitagliano. Milano.

JURS, Paul, *Derecho privado romano*, Ed. totalmente refundida por W. KUNKEL, Traducción de la 2ª ed. alemana por L. Prieto Castro, Barcelona, 1935.

KELLER, *Pandekten. Vorlesungen von...*, 2 ed. al cuidado de W. Lewis, I, Leipzig, 1866.

KIPP, Theodor, *Derecho de sucesiones*, en *Tratado de derecho civil de Enneccerus-Kipp-Wolff*, T. V-1, Revisado por H. Coing, trad. de la 11ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramón Ma Roca Sastre, 2ª edición al cuidado de Luís Puig ferriol y Fernando Badosa Coll, Barcelona, 1976.

KLIMRATH, H., *Etudes sur les coutumes*, París, 1807.

KOHLER, J., *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Berlin, 1904.

KUNKEL, W., vide Jörs, Paul.

La Coustume réformée du pays et duché de Normandie, anciens ressorts et enclaves d'iceluy. Avec les commentaires de MM. Bérault, Godeffroy, & la paraphrase de M. d'Aviron, II, Rouen-Paris, 1786.

LACRUZ BERDEJO, J.L. - LUNA SERRANO, A. - RIVERO HERNANDEZ, F., *Elementos de derecho civil*, I, *Parte General del Derecho Civil*, Volumen tercero, *El derecho subjetivo*, Barcelona, 1984.

- LACRUZ BERDEJO, J.L., "Donación con cláusula de reversión", en *Estudios de derecho civil*, Barcelona, 1958.
- LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRIA, MENDOZA OLIVAN, *Elementos de derecho civil*, III, *Derechos reales*, vol. 10, *Posesión y propiedad*, 3a edición. Reimpresión revisada. Barcelona, 1990.
- LACRUZ-SANCHO-DELGADO-RIVERO *Elementos de derecho civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, vol 3, *Contratos y cuasicontratos*, 2a ed., Barcelona, 1986
- LADARIA CALDENTHEY, J., *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952.
- LALAGUNA, Enrique, "Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el derecho español", *R.D.P.*, 1973, pág. 383 a 419.
- LAMOIGNON, Guillaume de, *Recueil des arrêts de M. le Premier Président de Lamoignon*, Nouvelle édition, revue & corrigée, Paris, 1777.
- LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte General*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid, 1978.
- LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación española* 4, *Codificación civil (Genesis e historia del Código)*, vol. II, Madrid, 1970.
- LAURENT, F., *Principes de Droit civil français*, T. XII, Paris-Bruxelles, 1874; T. XV, Paris-Bruxelles, 1875.
- LAURIERE, Eusèbe de, *Textes des Coutumes de la Prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1777.- Vide LOYSEL, Antoine.

- LE CARON, Claude (père), *Commentaire sur les coutumes du Gouvernement de Péronne, Montdidier et Roye*, en *Le coutumier de Picardie*, II, Paris, 1726.
- Le Coutumier de Picardie*, Paris, 1726.
- LE ROY DE LUZEMBRUNE, Antoine, *Coutumes generales de la senechaussée et comté de Boulenois*, en *Le Coutumier de Picardie*, II, Paris, 1726.
- LEBRUN, *Traité des successions divisé en quatre livres*, Avec de nouvelles decisions & des remarques critiques par M. François-Bernard Espiard de Saux, Paris, 1775.
- LEHMANN, Hienrich, *Derecho civil. Parte General*, vol. I, Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José Ma Navas. Madrid, 19562.
- LEPOINTE, Gabriel, *Droit romain et ancien droit français. Régimes matrimoniaux. Libéralités, Successions*, Paris, 1958.
- Les trois Coustumes de Chasteau-neuf, Chartres & Dreux. Avec des notes de M. Ch. du Moulin. Et anotations del Sieur Jacques Du Lorens*, Chartres, 1645.
- LEU, M DE S., *Coutumes du Bailliage de Senlis et son ancien ressort, comprenant Senlis, Beauvais, Compienge, Pontosse, Chaumont, Magny, Beaumont, Chambly & Creil et toutes les juridictions royales et subalternes qui en dépendent*, Paris, 1703.
- LEVI, Alessandro, vide THON, Augusto.
- LOMONACO, Giovanni, *Diritto civile italiano*, 2 ed., Vol. IV, Napoli, 1895.
- LORENS, Jacques du, vide *Les trois coutumes de Chasteau-Neuf, Chartres Dreux*.

- LOUET, Georges, *Recueil de plusieurs notables arrêts du Parlement de Paris, pris des mémoires de ... Avec un grand nombre d'Arrêts & de Notables décisions, recueillis par seu Maître Julien BRODEAU... T.I. Paris, 1700.*
- LOYSEL, Antoine, *Institutes coutumières ... ou manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France, Avec les notes d'Eusèbe de LAURIÈRE. Nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée par M. DUPIN et M. Edouard LABOULAYE. Réimpression Paris 1971. Paris, 1846.*
- MAINARDUS, Ierardus?. *Notabilium et singularium questionum iuris scripti decisarum aut praeiudicatam per arresta memorabilia Parlamenti Tholosani, Toulouse, 1610.*
- MAISTRE, Pierre le, *La coutume de la prevosté et vicométe de Paris, Paris, 1700.*
- MAJO, Adolfo di, "Legittimazione negli atti giuridici", *Enciclopedia del diritto*, XVIV, pág. 53 y ss.
- MALEVILLE, Jacques de, *Analyse raisonné de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat, II, Paris, 1805 (An XIII)*
- MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J.,
Apuntes de tercer curso de derecho civil, inéditos, Barcelona, 1987.
Comentario del Código civil, I, Madrid, 1991, Comentario al artículo 480 del Código civil, pág. 1285 y ss.
Los conceptos de "forma", y "destino" de las cosas en el Código civil, Madrid, 1992.
Derecho de la persona y Negocio jurídico, Barcelona, 1993.
- MANRESA NAVARRO, José Maria, *Comentarios al Código civil español, Sexta edición, corregida, aumentada y puesta al día por Pascual Marín Pérez. Madrid, 1951.*

- MARCADE, V. *Explication théorique et pratique du Code de Napoléon*, T. IV, 5^{ème} édition, Paris 1852.
- MARES, Jean des, *Les Coutumes notoires et décisions de Messire...*, en *Coustume de la Prévosté et Vicomté de Paris commentée par Julien BRODEAU*, II, Paris, 1769, pág. 523.
- MAROI, Fulvio, voz "Irrevocabilité", en *Dizionario pratico del diritto*, III-2
- MARTIN, Olivier, *Histoire de la coutume de la Prévôté et vicomté de Paris*. Paris, 1925, reimpresión completada, 1972.
- MARTINAGE-BARANGER, *Bourjon et le Code civil*, Paris, 1971.
- MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, Luís, *Pago y transmisión de propiedad*. (El artículo 1.160 del Código Civil). Madrid, 1.990.
- MARTY, Gabriel - RAYNAUD, Pierre, *Droit civil. Les successions et les libéralités*. Paris, 1983.
- MASUERIIUS, Ioannes,
Aureus ac per utilis tractatus Masuerii, judiciorum praxim, haud contenendas consuetudines curieque Parlamenti supreme ac aliarum curiarum stilum continens. Al final: Explicit practica domini Masuerii, stilum supreme curie Parlamenti continens, noviter impressa, Caen, s.d.
Le Masuer en françoys, selon la coustume du haut et bas pays d'Auvergne, et la maniere comme on assist rante au dit pays coutumier; et aussi les ordonnances royaulx faictes per messeigneurs les président et conseillers tenans les grands jours de par le Roy nostre sire en sa ville de Montferrand, Lyon, 1505.
- MAZEAUD, H.- MAZAEUD, L.- MAZEAUD, J., *Leçons de droit civil*, T. IV, vol. II, *Successions. Libéralités*, 4^a edición por André Breton, Paris...

- MENEDEZ, José, "Las donaciones con pactos especiales", en R.D.P., diciembre 1972, págs. 1055 a 1080.
- MENGONI, Luigi, *Gli acquisti "a non domino"*, 2a ed., Milano, 1961.
- MERLIN, M.,
Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Cinquième édition, Bruxelles, 1826.
Recueil alphabétique de questions de droit, 4 ed., T. IX, Paris, 1829.
- MESSINA, Giuseppe,
 voz "Diritti Potestativi", en *Nuovo Digesto italiano*, XVI, Torino, 1938, págs. 872 a 879.
 "Sui cosiddetti diritti potestativi", en *Studi giuridici*, V, Milano 1948.
- MESSINEO, Francesco
Dottrina generale del contratto (arts. 1321-149 Cod. Civ.), Terza edizione ampliata e in parte rifatta, Milano, 1948.
Il contratto in genere. Trattato di Diritto Civile e commerciale. Diretto dai Professori Antonio Cicu e Francesco Messineo, Vol. XXI, T.2. Milano, 1972.
- MICHAUX, Alexandre, *Traité pratique des donations*, Paris, 1866.
- MIRAMBELL ABANCO, Antoni, *L'administració de patrimonis en el Dret civil: l'activitat d'administració i la legitimació per a administrar (L'estatut jurídic d'administrador)*, inédito, Barcelona, 1992.
- MODICA, Isidoro, "Le facultà giuridiche e l'articolo 688 del codice civile italiano", en *Il circolo giuridico. Rivista di legislazione e giurisprudenza*, T. XXX, págs. 41 a 64, 133 a 152, 277 a 298, 321 a 340; T. XXXI p. 25 a 40, 57 a 80, 121 a 140.. Palermo, 1899-1900.

- MOLINAEUS, Carolus, *Omnia quae extant opera...* Editio novissima quinque tomis distributa, auctior & emendatior.. Paris, 1681.
- MOLINUS, Franciscus, *Tractatus celebris et insignis de ritu nuptiarum et pactis in matrimonium conventis*, Barcinonæ, 1618.
- MONACCIANI, Luigi, *Azione e legittimazione*, Milano, 1951.
- MONTES PENADES, Vicente L., *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*. (Un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978), Madrid, 1980.
- Monumenta germaniae historica*. Editado por Alfredus BORETIUS, Legum sectio II, capitularia regum francorum, T.I, Hannoverae, 1883.
- MORNACIUS, Antonius, *Observationes in viginti quatuor priores libros Digestorum ad usum Fori Gallici, Observationes...ad usum fori gallici*, T.I, Lutetiae Parisinorum, 1721.
- MOURLON, Frédéric, *Répetitions écrites sur el Code civil*, 12 a edición, al cuidado de Ch. Demangeat, T. II, Paris, 1885.
- MOXO RUANO, "Propiedad limitada: Prohibiciones de disponer", en *Propiedad y Matrimonio*, Conferencias de los cursillos 1948 y 1949, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1956, págs. 9 a 53.
- NATOLI, Ugo,
Il diritto soggettivo, Milano, 1943.- *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I. Milano, Giuffrè, 1965.
- Nouveau Coutumier Général*. Mis en ordre...par Ch. A. Bourdot de Richebourg. Paris, 1724.

- OERTMANN, Paul, *Introducción al derecho civil*, Traducción de la 3ª edición alemana por Luís Sancho Seral. Barcelona-Buenos Aires, 1933.
- OURLIAC, Paul- GAZZANIGA, Jean Louis, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, 1985.
- PAPON, Jehan, *Recueil des Arrêts Notables des Cours souveraines de France*, Paris, 1601.
- PAPPENHEIM, Max, *Launegild und Garethinx. Ein Beitrag zur Gesichte des germanischen Rechts*. Reproducción de la Edición de Breslau, 1882, Aalen, 1970.
- PATAULT, Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, 1989.
- PEÑA y BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid
- PEREZ GONZALEZ, Blas- ALGUER, José, vide ENNECCERUS, Ludwig- NIPPERDEY, Karl.
- PERTILE, Antonio, *Storia del diritto italiano*, Vol. IV, *Storia del diritto privato*, 2 ed., Bologna, 1966.
- PICCINELLI, Ferdinando, *Studi e ricerche intorno alla definizione dominium est ius utendi et abutendi de re sua quatenus iuris ratio patitur*. Con una nota de lettura di Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI. Napoli, 1980.
- PINTO RUIZ, José J., voz "Disposición", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VII, Barcelana, 1955, págs. 627 a 642.
- PITHOU, Pierre, *Les coutumes du Bailliage de Troyes en Champagne*, Troyes, 1609.

PLANAS Y CASALS, José M^a, *Derecho civil español común y foral*, según las explicaciones dadas en la Universidad de Barcelona por... Publicadas y anotadas por... Mariano Rubió Tudurí, II, Barcelona, 1925.

PLANIOL, Marcel- RIPERT, Georges, *Traité du droit civil*, III, *Les biens*, Paris, 1926.

POCQUET de LIVONNIERES, Claude, *Règles du droit français*, Paris, 1768.

POMMIER, Alexandre, *De la règle donner & retenir ne vaut. Son origine historique, ses consequences, ses exceptions en droit français*, Paris, 1876.

POTHIER, Robert Joseph,

Traité des successions. Des donations testamentaires. Des donations entre vifs. Des substitutions. Des propes, en *Oeuvres*, T.VII, Paris, 1827.

Coutumes des Duché, Bailliage et Prévoté d'Orléans. contenant les Traités du droit français nouvelle édition mise en meilleur ordre et publiée par les soins de M. Dupin, en *Oeuvres...*, T. X, Paris, 1827.
- *Traité du droit de domaine de propriété*, en *Oeuvres*, VIII, Paris, 1835.

POULLAIN DU PARC, Augustin Marie. *La Coutume et la jurisprudence coutumière de Bretagne, dans leur ordre naturel*, Rennes, 1749.

PREVOST DE LA JANNES, Michel, *Les principes de la jurisprudence*, T. II, Paris, 1780.

PROHET, Claude Ignace, *Les Coutumes du Haut et Bas Pays d'Auvergne, conferées avec le droit civil, & avec les Coutumes de Paris, de Bourbonnois, de la Marche, de Berry & de Nivernois*, Paris, 1765.

PROUDHON, M. *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, Bruxelles, 1841.

- PROUST, Pierre le, *Commentaires sur les Coustumes du Pays de Loudunois*, Saumur, 1612.
- PUCHTA, Georg Friedrich, *Vorlesungen über das Heutige römische Recht*, aus dessen Nachlass herausgegeben von A. A. F. Rudorff, 3a ed., erster band, Leipzig, 1852.
- PUFFENDORFIUS, Sammuell, *De Iure Naturale et gentium Libri octo cum integirs commentariis virorum clarissimorum Io. Nic. Hertii atque Io. Barbeyraci...* Ed facsimil de la de Francofurti et Lipsiæ, 1759, Frankfurt am Main, 1967.
- PUGLIATTI, Salvatore,
Gli istituti del diritto civile. Vol. I, Introduzione allo studio del diritto. Sezione I Ordinamento giuridico, soggetto e oggetto del diritto, Milano, 1943.
 "L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti", en *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica. Saggi*, Milano, 1951.
 "Il transferimento nella teoria della realizzazione dei diritti", en *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, Reedición de la Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, Camerino, 1978.
- PUIG BRUTAU, José,
Fundamentos de derecho civil, T.II, vol.2, Contratos en particular, Barcelona, 1956.
 T.III, *Derecho de cosas*, Barcelona, 1953.
- PUIG PEÑA, Federico,
Tratado de derecho civil español. IV, Obligaciones y contratos, vol. II De los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones. Madrid, 1951.
Compendio de derecho civil español, IV, Contratos, Pamplona, 1972.
- REGNAULT, Henri, *Les Ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau. Les donations et l'Ordonnance de 1731*. Paris, 1929.

RESCIGNO, Pietro, voz "legittimazione (Diritto sostanziale)", vol. X, *Novissimo Digesto italiano*, 1957, pág. 716 y ss.

Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de octubre de 1924, (Jurisprudencia civil, publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 164 (4º de 1924) Octubre a Diciembre, Madrid, 1927.

RICARD, Jean M., *Traité des donations entre-vifs et testamentaires*, I, Paris, 1713.

ROCA SASTRE, Ramon Ma,

Derecho Hipotecario, T. II, 5a ed., Barcelona, 1954.

Derecho Hipotecario, T. III, 6a ed., Barcelona, 1968.

ROCA TRIAS, Encarna, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, Comentario al artículo 29 C.c.. Madrid, 1991.

ROCHE-FLAVIN, Bernard de la, *Arrests notables du parlement de Tolose*, Toulouse, 1617.

RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio, "Donación con reserva de facultad de disponer", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XVI (1968), págs. 423 a 481.

ROMANO, Salvatore,

"Sulla revoca degli atti giuridici privati". *Archivio Giuridico*, CVIII (1932), págs.

"Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose", *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1955

- ROMERO GIRON Vicente y GARCIA MORENO, Alejo, *Instituciones Políticas y Jurídicas de los pueblos modernos dirigida por...*, T. VI, *Instituciones y Códigos de Holanda*, Madrid, 1890.
- RUBEUS A BUXETO, Carolus, *Tractatus de confusione et distinctione jurium Defuncti & haeredis*. Parmæ, 1697.
- SALVI, Ferdinando, "La donazione con riserva d'usufrutto", en *Studi in onore di Antonio Cicu*, II, Milano, 1951, págs. 383 a 457.
- SANCHEZ ROMAN, Felipe, *Estudios de derecho civil...*, Madrid, 1900.
- SANTAMARIA, J., *Comentarios al Código civil*, I, Madrid, Edersa, 1958.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco,
Istituzioni di diritto civile I, Dottrine generali, 3a ed., Napoli, 1946.
 "Sull'invalidità delle rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro", *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione. Sezioni civili*, Serie II, vol. XXVII, 1948, 2 cuatrimestre.
- SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho civil. Teoría y práctica*. IV, *Derecho de obligaciones. Los contratos en particular*, Madrid, 1975.
- SCÆVOLA, Quintus Mucius, *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial por...*, Madrid, 1896.
- SCHUPFER, Francesco,
 "La familia preso i longobardi", *Archivio Giuridico*, I, 1868.
 "Launegildo e Garethinx. A proposito dell'opera de M. Pappenheim", *Archivio Giuridico*, XXXI, 1883.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1993 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1993, núm. 2029, marzo de 1993).

- SESSE, Ioseph de, *Decisionem sacri senatus regii regni aragonem, et curiæ domini iustitiæ aragonum causarum civilium et criminalium*. T.I, Caesaraugustæ, 1611.
- SOHM, Rudolph, *Der Gegenstand*. Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig, 1905.
- TAPIA, Eugenio de, vide *Febrero Novísimo...*
- TARDIF, Adolphe, *Histoire des sources du droit français*, reimpr. de la edición de Paris 1890, Aalen, 1974.
- TASSARD, Paul, *Droit français: De la règle donner & retenir ne vaut*, Tesis doctoral leída en la Universidad de Nancy, 1872.
- THAUMASIERE, Gaspard Thomas de la, *Les anciennes coutumes locales de Berry, et celles de Lorrain commentées par...*, Bourges, 1779.
- THESAURUS, Antoninus, *Novæ decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, Venetiis, 1722.
- THIBAUT, Anton, *System des Pandekten-Rechts*, 7 ed., II, Jena, 1828.
- THON, Augusto, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*. Prima traduzione con uno studio introduttivo ed annotazioni del Prof. Alessandro Levi, Padova, 1951.
- TORRENTE, Andrea, *La donazione*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo, T. XXII, Milano, 1956.

TOULLIER, G.B.M., *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice*, 3ª edición italiana sobre la última de París, al cuidado de Francescopaolo del Re, V, Napoli, 1839.

TRASBOT, André- LOUSSOUARN, Yvon, *Donations et testaments*, en PLANIOL, Marcel-RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, V, Paris, 1957.

TROPLONG, *Delle donazioni fra vivi e dei testamenti*, Traducción italiana de Giacinto Mosca, T. I, Napoli, 1855; T. II, Napoli, 1858.

TUHR, Andreas von,

Der Allgemeinen Teil des Deutschen Bürgerlichen Recht. Zweiter Band. Erste Hälfte, en *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, herausgegeben von Dr. Karl Binding. Zenhte Abteilung Das Deutsche Bürgerliche Recht. Erster Teil. Zweiter Band, München & Leipzig, 1914.

Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán. Traducción directa del alemán... por Tito Ravà, Vol. I, *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, Buenos Aires, 1946; Vol. II-1, *Los hechos jurídicos*, Buenos Aires, 1947.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchman,

Estudios sobre Derecho de cosas y Garantías Reales, Barcelona, 1962. -*Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978: "Interpretación del artículo 629 C.c.", "Condición, donación y conversión jurídica material"

VAN ARENBERG, E., *Traité de l'usufruit. Doctrine. Legislation. Jurisprudence*, Bruxelles, 1936.

VAREILLES-SOMMIERES, marquis de, "La définition et la notion juridique de la propriété", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, IV, 1905, págs. 443 a 495.

VILLETTE, Jean de la, *Les Coutumes du Gouvernement de Peronne, Montdidier et Roye*, Redigés en l'an 1569, en *Le coutumier de Picardie*, II, Paris, 1726.

VINNIUS, Arnoldi, *In quatuor libros Institutionum imperialis commentarius*, Venetiis, 1747.

VISO, Salvador del,

Lecciones elementales de derecho civil, T. III, *Del derecho de las personas para exigir de otro lo que se debe, ó sea, de las obligaciones*, Valencia, 1879.

T. II, Valencia, 1899.

VISSCHER, Fernand de, "Du 'Jus abutendi'", *Revue trimestrielle de droit civil*, XII, 1913, págs. 337 a 350.

VUILLAUME, M.F., *Commentaire analytique du Code Napoléon*, Paris, 1855.

WANGEROW, K.A. von, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Marburg-Leipzig, 1865.

WINDSCHEID Bernard,

Lehrbuch des Pandektenrechts, I, 9a ed. Frankfurt, 1906, T.I.

Diritto delle Pandette. Traduzione dei Professori Carlo FADDA e Emilio BENZA. Con note e riferimenti al Diritto Civile Italiano. Vol. Primo, Torino, 1930.

WOLFF, Martin, *Derecho de cosas*, en *Tratado de derecho civil por Enneccerus-Kipp-Wolff*, III-1, 10a revisión por M. Wolff y L. Raiser. Trad. española por Blas Pérez González y José Alguer, 3a ed. al cuidado de José Puig Brutau, Barcelona, 1971.

WOLFFIUS, Christianus, *Ius naturæ methodo scientifica pertractatum*, Pars tertia, cum C.L. de Vattel animadversionibus, Francofurti et Lipsiae, 1765.

ZACARIAE von LIGENTHAL, *Manuale del diritto civile francese*, rimaneggiato da Carlo CROME, trad. e note di Ludovico Barassi, T.I, Milano, 1907; T.IV, Milano, 1909.

ZENATI, Frédéric, *Les biens*, Paris, 1993.

ZITELMANN, E., *Internationales Privatrecht*, II, Leipzig, 1898.

—*ÍNDICE*—

—Capítulo I—

EL EFECTO DISPOSITIVO PLENO EN LA DONACIÓN Y LA RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPONER

Planteamiento: reserva de la facultad de disponer y *donner & retenir ne vaut*

I.-Tradición y publicidad posesoria

1.-La eficacia dispositiva inmediata de la donación

2.-Publicidad posesoria de la transmisión

2.1.-Tradición y oponibilidad a terceros

2.2.-Proceso de espiritualización de la tradición

3.-Otros medios de publicidad: la donación simulada

II.-*Tradition de droit*:

del efecto dispositivo pleno al efecto adquisitivo cierto

1.-El efecto transmisivo de la donación y la *tradition de droit*

2.-Donación y facultad de disponer

2.1.-Donación e imposibilidad de disponer de bienes ajenos

2.2.-La libre disposición de la cosa y la donación:

doctrina consuetudinaria

3.-Efecto dispositivo pleno: la reserva de disponer expresa

3.1.-Donación y *ius disponendum*

3.2.-*Ius abutendi* y enajenación

4.-La reserva de disponer tácita: la relevancia del efecto adquisitivo

4.1.-Formación del principio general

4.2.-Las cláusulas que implican disposición de la cosa donada

4.2.1.-Ejecución de la donación aplazada al momento de la muerte del donante

4.2.1.1.-Disposición y ejecución

4.2.1.2.-Reserva tácita y efecto propio de la donación

4.2.2.-Donación modal y reserva tácita de la facultad de disponer

4.2.2.1.-Donación de bienes presentes y futuros y donación modal

4.2.2.2.-La reserva tácita que se induce de las cargas indeterminadas

4.3.-El efecto adquisitivo cierto	66
4.4.-El <i>disponere ad exercitio</i>	69
5.-Mecanismo de síntesis: la voluntad de donar	71

—Capítulo 2—

LA RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPONER EN EL CONTEXTO DE UNA DONACIÓN IRREVOCABLE	73
1.-La eficacia del título: disposición real y efectiva: las "formalidades" de la donación	74
1.1.-La realidad del efecto dispositivo se vincula a la forma extrínseca de la donación	78
1.2.-La imposibilidad de donar bienes futuros	82
1.3.-Efectividad de la disposición: la donación irrevocable	90
1.4.-Configuración del título y alteración del efecto dispositivo	91
1.4.1.-Pérdida del efecto adquisitivo y donación irrevocable	98
1.4.2.-Libre disposición de la cosa y retención de la propiedad	100
2.-La reserva de la facultad de disponer en la Ordenanza de 1731: de principio general a cláusula especial	100
2.1.-Donación universal y reserva parcial de la facultad de disponer	101
2.1.1.-La reserva para testar	102
2.1.2.-De requisito de validez a causa de nulidad	104
2.2.-La reserva de disponer: un caso especial	105
2.2.1.-Formulación positiva y nulidad parcial	106
2.2.2.-Nulidad y destino de los bienes	108
2.3.-La disponibilidad de la cosa	112
2.4.-Facultad de disponer e irrevocabilidad	117
3.-Irrevocabilidad y condición potestativa	118
3.1.-La condición potestativa como hipótesis de donación nula	118
3.2.-Condición potestativa y donación modal	121
3.3.-Condición potestativa y principio general de donación irrevocable	125
4.-La "irrevocabilidad específica"	129
5.-Donación "irrevocable" por reserva de la facultad de disponer	133

—Capítulo 3—

LIBERTAD EN LA CONFIGURACIÓN DEL TÍTULO DE DONACIÓN Y EFECTO ADQUISITIVO REVOCABLE

	135
1.-Donación irrevocable y admisión excepcional de la reserva de la facultad de disponer	136
1.1.-"Hacer ilusoria la donación"	137
1.2.-La determinabilidad del efecto adquisitivo	140
2.-La libertad del donante en la configuración del título	142
2.1.-La donación revocable por excepción: el <i>favor matrimonii</i>	143
2.2.-La reserva de la facultad de disponer como expresión de la autonomía de la voluntad	145
3.-El objeto de la reserva: la facultad de disponer	149
3.1.-Reserva de bienes para disponer y reserva para disponer de los bienes	150
3.2.-El artificioso problema del destino de los bienes sobre los que actúa la reserva	154
4.-Donación revocable, facultad de disponer y transmisión de la propiedad	157
4.1.-Institución contractual y reserva de la facultad de disponer	158
4.2.-El efecto adquisitivo revocable como modalidad de la donación	166
4.3.-Admisión de un efecto dispositivo eventual	170

—Capítulo 4—

FACULTAD DE DISPOSICIÓN Y LEGITIMACIÓN PARA DISPONER

	176
Planteamiento	177
1.-La facultad de disponer del titular del derecho	177
1.1.-Facultad y posibilidad de actuación dispositiva	177
1.2.-Propiedad y facultad de disponer	182
2.-La posibilidad de realizar un negocio dispositivo concreto	185
2.1.-El poder de disposición como requisito de eficacia de los negocios dispositivos	185
2.2.-La titularidad del poder de disposición	187
2.2.1.-Propietario y titular	187
2.2.2.-Titular del derecho y titular del poder de disposición	189

2.3.-Facultad de disponer y poder de disposición	191
3.-La facultad de disponer como contenido del derecho subjetivo	192
3.1.-El poder de disposición como poder externo al derecho	192
3.2.-Ubicación de la facultad de disposición en cuanto poder autónomo	195
3.2.1.-Facultad de disponer y capacidad	195
3.2.2.-Facultad de disponer y derecho de la personalidad	199
3.2.3.-Facultad de disponer como derecho autónomo	200
3.3.-La facultad de disponer como contenido del derecho: sus elementos	202
4.-Individualización de los elementos de la facultad de disponer: legitimación y derecho disponible	207
4.1.-La legitimación para disponer	207
4.1.1.-La legitimación: consideraciones previas	207
4.1.2.-Legitimación y apariencia: poder de disposición formal	209
4.1.3.-La legitimación como cualidad personal	213
4.1.4.-La legitimación como posición jurídica	218
4.1.4.1.-Legitimación directa	219
4.1.4.2.-Legitimación indirecta	220
4.1.5.-Legitimación y poder de disposición	221
4.2.-Objeto disponible	225
5.-Eficacia de la disposición de bienes ajenos y reserva de la facultad de disponer	229

—Capítulo 5—

**LA DISPOSICIÓN EFICAZ DE LOS BIENES DONADOS:
LA LEGITIMACIÓN PARA DISPONER DEL DONANTE**

	231
Introducción	232
1.-El negocio atributivo de la legitimación	232
2.-El fundamento de la legitimación indirecta del donante	234
3.-El alcance objetivo de la legitimación	235
3.1.-Determinación objetiva de la legitimación para disponer: bienes concretos y cantidad determinada	236
3.1.1.-Disposición sobre bienes concretos ajenos	236
3.1.2.-Disposición de cantidad sobre los bienes donados	237
3.1.2.1.-La reserva para testar de cierta cantidad	237

3.1.2.2.-La reserva de valor sobre los bienes	239
3.1.2.3.-Reserva de disponer de valor sobre los bienes donados: art. 639 C.c.	242
3.1.3.-Reserva de disponer de cantidad y carga de pagar deudas futuras hasta cierto valor	244
3.1.3.1.-La carga de pagar deudas futuras hasta cierta cantidad (art. 945 Code)	245
3.1.3.2.-Libertad en la carga de pagar deudas futuras (art. 642 C.c.)	249
3.1.3.3.-Obligación y disposición	251
3.2.-Límite de la legitimación: los bienes donados	252
3.2.1.-Reserva total y determinabilidad	253
3.2.2.-Reserva total y efecto transmisivo	258
4.-Contenido de la legitimación: actividad dispositiva eficaz	260
4.1.-"Disposición" en sentido jurídico-formal	261
4.1.1.-Disponer y enajenar: actos transmisivos del derecho	262
4.1.1.1.-Títulos mortis causa y período de ejercicio de la legitimación para disponer	266
4.1.1.2.-Reserva de enajenar y donación reversional	267
4.1.2.-Interpretación estándar: mención expresa de gravar o renunciar	270
4.1.2.1.-Renuncia de los derechos	270
4.1.2.2.-Actos de gravamen	271
4.2.-Actos de disposición y de administración	274
4.3.-La disposición material y el estatuto posesorio	276

—Capítulo 6—

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LEGITIMADO: EL DERECHO DE DISPONER	279
1.-La reserva de la facultad de disponer	280
1.1.-El carácter jurídico de la facultad de disponer	280
1.2.-Reserva y propiedad gravada	282
2.-Legitimación y ejercicio del derecho	284
3.-Titularidad y legitimación: ejercicio dual de la facultad dispositiva	286
3.1.-Elemento circunstancial de la facultad de disponer	287
3.2.-Legitimación para disponer del donante y prohibición legal de disponer	291
3.3.-Restricciones a la colegitimación: establecimiento de una prohibición voluntaria de disponer	295

4.-El derecho de disponer del donante	297
4.1.-La situación jurídica de legitimado	297
4.2.-La facultad de disponer y su eficacia jurídica: las "titularidades de disposición"	299
4.3.-Función jurídica del derecho de disponer y derecho potestativo	303
4.4.-Las "facultades de poder" y la disposición de bienes ajenos	310
4.4.1.-El derecho de disponer del donante como facultad de poder	310
4.4.2.-Límite temporal de ejercicio e inherencia a su titular	314
4.4.2.1.-El derecho de disponer como derecho vitalicio	315
4.4.2.2.-El derecho de disponer como derecho personalísimo	317
4.4.3.-Las "facultades de poder" y la eficacia real	320
4.4.3.1.-La vinculación al acto dispositivo	321
4.4.3.2.-Legitimación no exclusiva y eficacia real	322
5.-Ejercicio del derecho de disponer: modificaciones en la relación jurídica inicial	326
5.1.-Derecho de enajenar y resolución de la propiedad	327
5.2.-Derecho de gravar e imposición de carga	332
CONCLUSIONES	333
BIBLIOGRAFÍA	339
ÍNDICE	375