

LA ESTRUCTURA DE LA DONACIÓN ENTRE VIVOS Y SU EMPLAZAMIENTO SISTEMÁTICO EN LA JURISPRUDENCIA MEDIEVAL Y MODERNA Y EN LA CODIFICACIÓN

ALEJANDRO GUZMÁN
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

La donación siempre ha ofrecido problemas de localización en los sistemas de la jurisprudencia y la legislación, debido a las ambigüedades de configuración dogmática con que viene presentada en el *Corpus iuris civilis*, principalmente concernientes a si es un acto típico o una causa, si tiene efecto dominical directo, o solo obligacional, y si es una convención, un contrato o un acto. En el presente estudio se examina la estructura y la sistemática de la donación en la ciencia de glosadores y comentaristas, en los diversos códigos del derecho castellano, desde las 7 Partidas a la Novísima Recopilación, y en los institucionistas del derecho castellano (Asso, Sala y Tapia), lo mismo que en los autores del *ius commune*, el escolástico Luis de Molina y los *iusnaturalistas* (Grocio, Pufendorf, Wolf y Nettelbladt), la ciencia pandectística alemana del siglo XIX y, finalmente, las codificaciones europeas y americanas.

PALABRAS CLAVE: Donación - Donación real - Donación obligacional - Sistemática de la donación - Historia dogmática de la donación - Historia de la sistemática de la donación.

ABSTRACT

In their dogmatic configuration, donations have always presented problems as to their localization within the jurisprudential and legislative systems due to ambiguities appearing in the *Corpus iuris civilis*. These ambiguities are concerned mainly with whether or not donations are typical acts or causes, whether or not they have direct dominical effect, or only binding, and whether they are conventions, contracts, or acts. In this article, both the structure and the methodical arrangement of donations in the science of reviewers and commentators are looked at, as well as in the various codes of the Castilian law, from the Siete Partidas to the Novísima Recopilación, and in those devoted to the institutions of Castilian law (Assi, Sala and Tapia), in the authors of the *ius commune*, the scholastic Luis de Molina and the *iusnaturalists* (Grocio, Pufendorf, Wolf and Nettelbladt), in the XIX-century German pandectistic science and, finally, in the European and American codifications.

KEY WORDS: Donation - Real donation - Binding donation - Methodical arrangement of donations - Dogmatic history of donations - History of the methodical arrangement of donations.

La donación –que sin más entenderemos aquí como la simple donación entre vivos o irrevocable, de modo de quedar excluida la donación por causa de muerte y otras formas donatorias– es la figura que más variaciones de emplazamiento sistemático ha ofrecido a través de la historia de los esfuerzos por la construcción de sistemas. Ora ha sido localizada en la parte de los modos de adquirir, ora en la del derecho sucesorio, ora entre los contratos, con variantes dentro de ellos a su vez, ora en una parte general; de guisa que un romanista del siglo pasado ha podido incisivamente escribir que las donaciones “están obligadas a vagar como instituciones en pena por las varias partes del sistema sin encontrar descanso alguno”¹. Esta afirmación general encuentra segura corroboración cuando centramos nuestra atención en la localización que hubo de recibir la donación en las diversas construcciones sistemáticas jurisprudenciales y legales de la Edad Media, la Época Moderna y aun de nuestro tiempo².

Estas oscilaciones derivan, a su vez, de una incertidumbre acerca de varios puntos de la estructura dogmática de la donación. ¿Es ella una operación típica, o bien una causa de cierta variedad de actos operativos? ¿Tiene carácter real o atributivo del dominio, o solo obligacional, esto es, creador de una deuda de dar que se cumple después? ¿Es una convención o un contrato? Naturalmente, el partido que se adopte en torno a extremos como estos determina en principio una opción sistemática de localización de la figura; pero incluso así no ha dejado de acaecer que los autores y legisladores se hayan confundido, y que el perfil con que diseñaron o concibieron la donación no se haya correspondido con una congruente opción sistemática.

Es al examen de la proteica figura de la donación desde los puntos de vista referidos a que destinamos el presente trabajo.

I. GLOSADORES Y COMENTARISTAS

1. Los juristas medievales hicieron esfuerzos sistemáticos de importancia en materia de negociabilidad obligacional bilateral, sobre la base de los textos de Ulpiano recogidos en el Digesto a propósito de la *conventio* (D. 2, 14, 1 y 7), unidos a otro de Paulo (D. 19, 5, 5). Sus resultados se presentan a través del esquema que ofrecemos enseguida, el proceso de cuya formación no podemos describir aquí, y ni siquiera explicar en sus detalles³:

¹ BONFANTE, Pietro, *Addizione II a la trad. de BAUDRY-LACANTINERIE, Delle donazioni tra vivi e dei testamenti* (Milano, 1932), citado por BIONDI, Biondo, *Le donazioni*, en VASALLI, Filippo (coord.), *Trattato di diritto civile* (Torino, 1961), p. 3.

² En lo que atañe al mismo tema en el derecho romano, véase mi trabajo: *El emplazamiento sistemático de la donación en las exposiciones jurisprudenciales y oficiales de derecho romano*, que se publicará en la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 27 (2005). El cual, junto a éste forman parte de un más amplio proyecto de investigación sobre las donaciones, que contó con el patrocinio del Fondo Nacional de Investigación Científica y Tecnológica.

³ Sobre lo que sigue, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23 (Valparaíso, 2001), pp. 269 ss. = *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione*

1	Conventio
2	pacta
3	pacta nuda
4	pacta (contractus) non nuda o vestita
5	pacta (contractus) nominata
6	re
7	litteris
8	verbis
9	consensu
10	pacta adiecta in continenti
11	pacta legitima
12	pacta praetoria
13	pacta (contractus) innominata
14	do ut des
15	do ut facias
16	facio ut des
17	facio ut facias

El punto de partida de los glosadores fue la noción de *conventio* (fila 1), o acuerdo de dos sobre algo, al que atribuyeron, no obstante, carácter generalísimo. Inmediatamente descendían, pues, al *pactum* (fila 2), en el que distinguían los *pacta nuda* (fila 3), que no generan obligación ni acción; y *non nuda* o *vestita* (fila 4), que sí las generan. Dentro de esta última categoría distinguieron 5 clases: i) los *pacta nominata* (fila 5), que poseen un nombre propio, y se perfeccionan de cuatro maneras: *re*, *verbis*, *litteris*, *consensu* (filas 6 - 9); ii) los *pacta adiecta in continenti* (fila 10), o sea, aquellos que se unen a un *pactum nominatum* en el momento de su celebración y reciben la tutela de la acción de ese contrato; iii) los *pacta legitima* (fila 11); y iv) *pacta praetoria* (12), que en principio nudos, fueron sancionados por la ley o por el edicto del pretor para que produjeran obligaciones, como el *pactum dotis* o el *constitutum*, respectivamente; y, en fin, v) los *pacta innominata* (fila 13), que carece de nombre propio y, consistiendo en el consenso de intercambiar un *dare* y un *facere*, agregan una *causa* al consenso, o efectiva *datio* o *factum* de alguno de los contratantes, merced a la cual se desencadena la obligación y la acción; de ellos hay cuatro tipos, a saber, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* y *facio ut facias* (filas 14 - 17)⁴. Los medievales no establecieron una separación entre los conceptos de *pactum* y *contractus*, y usaron indistintamente ambas denominaciones, especialmente en lo relativo a los *pacta nominata* e *innominata* o *contractus nominati e innominati*.

2. En este esquema, ¿qué lugar ocupa la donación? Los juristas medievales tenían ante su vista el régimen bajo el cual Justiniano había dejado a la donación en varias constituciones imperiales, y que resumió en sus *Institutiones*⁵.

del diritto in Europa e in America Latina 12: Atti del congresso internazionale "La formazione del sistema giuridico latinoamericano: codice e giuristi" (Roma, Mucchi, 2001), pp. 226 ss., en donde se encontrará citada la literatura pertinente.

⁴ Esta sistemática se basaba en la noción de *vestmentum*, que no es necesario recordar aquí, sobre la cual GUZMÁN BRITO, A., *La causa del contrato* cit. (n. 3), p. 269 - 275 (= pp. 226 - 231).

⁵ Iust. Inst. II, 7, 2.

a) Justiniano, en efecto, había creado un *contractus donationis*⁶ y establecido la distinción fundamental entre donaciones de cosas por valor de hasta 300 *solidi*⁷, monto poco después aumentado a 500 *solidi*⁸, y donaciones de valor superior. Hasta tal límite es suficiente un convenio enteramente consensual y desprovisto de solemnidad alguna. Por sobre el monto legal, se exige la solemnidad de la *insinuatio* para la manifestación de la voluntad⁹, o sea, un instrumento público¹⁰. En el evento de omitirse la *insinuatio* cuando es requerida, la donación no vale en cuanto al exceso de 500 *solidi*¹¹.

Con respecto a la función de la tradición, Justiniano es del todo ambiguo. Estas son sus palabras: “[...] de modo que no sea inútil la donación porque las cosas no fueron entregadas, ni se confirme por la tradición la donación, sino que el efecto necesario de la tradición siga a una liberalidad plena y hecha perfectísima con arreglo a nuestra ley”¹². Dice, pues: i) si las cosas no fueron entregadas, la donación no es inútil; ii) la tradición no confirma la donación; y iii) la tradición es un efecto necesario de una liberalidad [sc. donación] plena y ya perfecta. Todo esto significa que la tradición no es elemento perfeccionador de la donación, la cual existe y es útil, plena y perfecta sin ella; pero al mismo tiempo es un “efecto necesario” de la donación, que debe seguir a ésta. La ambigüedad no es zanjada en las *Institutiones*, en donde leemos: “[...] nuestra constitución¹³ quiso que ellas [sc. las donaciones] también hubieran necesidad de tradición en sí, de modo que incluso si no fueran entregadas [sc. las cosas donadas] tengan [sc. las donaciones] plenísima y perfecta fuerza e incumba al donante la necesidad de la tradición”¹⁴. Ahora se dice: i) la donación es plena y perfecta aun sin tradición, ii) pero la donación tiene una necesidad intrínseca (*in se*) de tradición; iii) la cual incumbe al donante. En las *Novellae* encontramos una respuesta a este caso propuesto al Emperador: cierta viuda había recibido una donación de su marido vivo, quien, sin embargo, no le había entregado los bienes donados; fallecido el marido sin haber revocado la donación, como pudo haber hecho atendida la nulidad de toda donación entre marido y mujer, la viuda reivindicaba los bienes

⁶ Cod. Iust. 4, 21, 17, del 528.

⁷ Cod. Iust. 8, 53, 34, del año 529.

⁸ Cod. Iust. 8, 53, 36, 3, del 531.

⁹ Iust. Inst. II, 7, 2: “Pero se perfeccionan [sc. las donaciones] cuando el donante hubiera manifestado su voluntad por escrito o sin escrito [...]” (“*Perficiuntur [sc. donations] autem, cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit [...]*”). Justiniano se refiere solo a la voluntad del donante, pero evidentemente daba por supuesto que debía concurrir además la del donatario.

¹⁰ Cod. Iust. 4, 21, 17, del 528.

¹¹ Cod. Iust. 8, 53, 34.

¹² Cod. Iust., 8, 53, 35: “[...] *ut non ex hoc inutilis sit donatio, quia res non traditae sunt, nec confirmantur ex traditionis donatio, sed liberalitatem plenam et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur [...]*”.

¹³ Esto es, la contenida en Cod. Iust. 8, 53, 35, citada en la nota anterior.

¹⁴ Iust. Inst. II, 7, 2: “[...] *nostra constitutio eas [sc. donationes] etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, et si non tradantur [sc. res], habeant [sc. donationes] plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas incumbat donatori*”.

contra los herederos del marido, quienes alegaron que la mujer solo hubiera tenido una excepción si es que resultaba demandada por los herederos que alegaren la nulidad de la donación, pero que no tiene la acción reivindicatoria contra ellos, como pretendía, por no haberle sido entregados los bienes, de que en consecuencia no era dueña. Justiniano responde: “Nosotros, empero, hemos recordado nuestra constitución¹⁵, la cual dice que, no bien no se haya estipulado la tradición, la necesidad de hacer la tradición de la cosa donada incumbe al donante. 1. [...] y la entrega, si se hizo, dele a ella¹⁶ excepción; y si no se hizo, dele también la exacción por medio de la acción de lo estipulado, si verdaderamente hubiere mediado estipulación; y si no hubiere mediado, por la *condicticia* [sc. acción] nacida de la ley, para obtener la cosa donada”¹⁷. De nuevo, pues, se insiste en la necesidad de tradición que incumbe al donante (y a sus herederos en el caso); de guisa que si no se hizo, pero hubo estipulación, cabe exigir la tradición mediante la *actio ex stipulato*. El texto agrega una novedad: si no se hubiera celebrado estipulación, la tradición de lo donado se consigue mediante una (*actio*) *condicticia ex lege*. Justiniano, en efecto, no había creado una especial “*actio donati*” para su *contractus donationis*; pero había dejado dicho en el Digesto que cuando la ley introdujera una nueva obligación, y no estableciera con qué tipo de acción debía demandarse su cumplimiento, entonces podía actuarse *ex lege*. El fragmento pertinente a tal acción fue insertado, como único, en el libro XIII, título 2º del Digesto, bajo la rúbrica: *De conditione ex lege*. A tal acción se refiere, pues, la novela 162 con la expresión “*per condictitiam ex lege praebeat*”.

b) Las posibilidades teóricas de entender la construcción justiniana son estas: i) que el *contractus donationis*, bien consensual, bien escrito, confiera él mismo el dominio al donante, de modo que la tradición posterior sea nada más que una mera entrega de hecho al donante ya dueño, caso en el cual el contrato de donación produciría efecto dominical directamente; ii) que ese contrato, sin conferir el dominio al donatario, cree una obligación para el donante de hacer la tradición, con que el donatario consiga el dominio, y en este caso la donación justiniana tendría carácter obligacional. De la primera manera es como Biondi interpreta la figura, en tanto Levy acepta la segunda¹⁸. Para Biondi, la tradición, careciendo de valor adquisitivo ella misma, solo serviría para ejecutar la donación ya perfecta, es decir, para atribuir la posesión al donatario ya dueño por el contrato¹⁹. Ciertamente es que algo así parece desprenderse de algunas expresiones

¹⁵ Véase la nota 13.

¹⁶ A la mujer donataria para resistir la acción de los herederos, sobre lo cual versa la consulta respondida por la Nov. 162.

¹⁷ Nov. Iust. 162, cap. 1º, pr. - 1: “pr. *Nos vero recordati sumus constitutionis nostrae, quae donatori, etsi non stipuletur traditionem, necessitatem tradendi rem donatam incumbere dicit. 1. [...] et traditio, sive facta fuit, exceptionem illi det; sive non facta sit, etiam exactionem, si quidem stipulatio intervenerit, per actionem ex stipulato; sin vero non intervenerit, per condictitiam ex lege praebeat, ut rem donatam accipiat*”.

¹⁸ LEVY, Ernst, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property* (Philadelphia, 1951), pp. 153 s., especialmente nota 188.

¹⁹ BIONDI, Biondo, *Sucesión testamentaria y donación* (1955, traducción castellana, 2ª ed., Barcelona, Bosh, 1960), pp. 702 - 704.

justinianeas, tanto de Cod. Iust. 8, 53, 35: “que no sea inútil la donación porque las cosas no fueron entregadas, ni se confirme por la tradición la donación”²⁰; como de las *Institutiones* “de modo que incluso si no fueran entregadas [sc. las cosas donadas] tengan [sc. las donaciones] plenísima y perfecta fuerza”²¹. Pero la idea de que el mero *contractus* fuera idóneo para conferir el dominio implicaba una ruptura brutal con el principio de que “el dominio de las cosas se transfiere por tradición y usucapión, no por pactos nudos”²², restablecido por Justiniano²³, y cuya compatibilidad con su interpretación Biondi trata inútilmente de sostener. Por otro lado, el sustitutivo de la transferencia inmediata, vale decir, la obligación de hacer la posterior tradición también se desprende de otras expresiones, tanto de Cod. Iust. 8, 53, 35: “[...] sino que el efecto necesario de la tradición siga a una liberalidad plena y hecha perfectísima con arreglo a nuestra ley”²⁴; como de las *Institutiones*: “[...] de modo que incluso si no fueran entregadas [sc. las cosas donadas] [...] incumba al donante la necesidad de la tradición”²⁵, lo mismo que de la Nov. 162: “[...] no bien no se haya estipulado la tradición, la necesidad de hacer la tradición de la cosa donada incumbe al donante. 1. [...] y la entrega [...] si no se hizo, dele también la exacción [...] por la condicticia [sc. acción] nacida de la ley, para obtener la cosa donada”²⁶; todo lo cual configura un cuadro obligacional, aunque la palabra *obligatio* no aparezca mencionada y se prefiera hablar de *necessitas*²⁷. En cuanto a las palabras que indican ser útil, plena

²⁰ Cod. Iust., 8, 53, 35: “[...] *ut non ex hoc inutilis sit donatio, quia res non traditae sunt, nec confirmentur ex traditionis donatio* [...]”.

²¹ Iust. Inst. II, 7, 2: “[...] *ut, et si non tradantur* [sc. res], *habeant* [sc. donaciones] *plenissimum et perfectum robur* [...]”.

²² Cod. Iust. 2, 3, 20: “*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*”.

²³ Cfr. Inst. II, 1, 41: “Pero si se haga tradición por causa de donación, o dote o por cualquiera otra causa, sin dudas son transferidas [sc. las cosas] [...]” (“*Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur* [...]”). Véase LEVY, Ernst, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property* (Philadelphia, 1951), pp. 148 ss.

²⁴ Cod. Iust., 8, 53, 35: “[...] *sed liberalitatem plenam et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur* [...]”.

²⁵ Iust. Inst. II, 7, 2: “[...] *nostra constitutio eas* [sc. donaciones] *etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, et si non tradantur* [sc. res], *habeant* [sc. donaciones] *plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas incumbat donatori*”.

²⁶ Nov. Iust. 162, cap. 1º, pr. - 1: “pr. [...] *etsi non stipuletur traditionem, necessitatem tradendi rem donatam incumbere* [...]. 1. [...] *et traditio, [...] sive non facta sit, etiam exactionem, [...] per condictitiam ex lege praebeat, ut rem donatam accipiat*”.

²⁷ Ante este término, viene a la mente Dig. 44, 7, 52 pr. y 7: “pr. Nos obligamos ‘por una cosa’ o ‘por palabras solemnes’ o simultáneamente por uno y otro modo o ‘por el consenso’ o ‘por la ley’ o ‘por derecho honorario’ o ‘por necesidad’ o ‘por pecado’ [...]. 7. Son obligado ‘por necesidad’ aquellos a quienes no es lícito hacer otra cosa que lo preceptuado: lo cual acaece en el caso del heredero necesario” (“pr. *Obligamur re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut peccato* [...]. 7. *Necessitate obligantur, quibus non licet aliud facere quam quod praeceptum est: quod evenit in necessario herede*”). Aunque la *necessitas* no está ausente del pensamiento clásico, en función de lo que hoy llamaríamos “fuente material”, o sea, fundamento de hecho para el establecimiento de una norma, no aparece ahí como fuente de obligación, lo cual debe de corresponder a una reflexión postclásica.

y perfecta la donación sin tradición, ellas no significan que el dominio resulte transferido por el mero contrato sin tradición, mas solo que aun sin ésta ya hay donación, igual a como en el antiguo derecho había donación al celebrarse la estipulación, no bien fuera cumplida con posterioridad con la transferencia de lo donado merced a la tradición, como si se dijera que en función de pago. En otras palabras, Justiniano quiso igualar su *contractus donationis* a la vieja *stipulatio*; no conferirle el carácter de modo de adquirir. Queda de todos modos pendiente la afirmación contradictoria que en Inst. Inst. II, 7 pr., abre el tratado sobre las donaciones: “La donación es también otro género [sc. especie] de adquisición” (*“Est etiam aliud genus acquisitionis donatio”*), el cual volvería a deponer por la idea de ser transferente del dominio el mero contrato. Pero esta idea se desvanece a la luz de lo que sigue en el texto de Inst. II, 7, 2, ya citado, de Cod. Inst. 8, 53, 35 y de Nov. 162, en orden a ser necesaria la tradición, se entiende que para adquirir el dominio, de modo que el pasaje en examen debe ser interpretado en orden a que la donación justiniana exige tradición. Esta es, en buena dogmática, el verdadero modo de adquirir, que no la donación misma. Pero Justiniano, en su afán por conceder a su *contractus* el mismo estatuto de la estipulación, lo ligó tan intensamente con la tradición, como “necesidad” del contrato, que llegó a atribuir al todo compuesto de consenso contractual (escrito o no escrito) y tradición el efecto dominical de la parte, esto es, de la tradición, configurando a

Que un heredero necesario, vale decir, aquél que no puede repudiar la herencia deferida ni necesita aceptarla, como es el *heres suus* (en general, los descendientes agnados) y el esclavo liberado en el testamento e instituido ahí mismo como heredero [sobre estos conceptos, GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966 y ediciones sucesivas), II, pp. 502 ss.] se obligue “por necesidad” significa que, al heredar necesariamente, se hace deudor de los débitos hereditarios. Este pensamiento que resulta correcto así formulado, desvía falsamente, empero, la causa de la obligación desde la sucesión a una categoría extrínseca como es la *necessitas*: no es la “necesidad” la que hace deudor al heredero necesario, sino la sucesión, como también ocurre entre los herederos voluntarios (que pueden repudiar y necesitan aceptar). Por cierto, el texto fue construido por manos postclásicas sobre la base de la partición gayana: *ex contractu - ex delicto* (Gaius 3, 88 - 89); solo que el primer extremo no aparece mencionado y viene reemplazado por sus subdivisiones *re, verbis*, (*litteris*: que falta), *consensu*, y el segundo figura denominado como *peccatum*. El intento fue completar esta dicotomía con la serie de las *obligationes lege, iure honorario, necessitate*. Sobre esto véase: MAYER-MALY, Theo., *Obligamur necessitate*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* rom. Abt. 83 (1966), pp. 47 ss. En las constituciones justinianas se recurre con alguna frecuencia a la *necessitas* (ibid., p. 59 nota 42), y está por verse lo que significa (ibid., p. 59 in fine). ¿En qué sentido, pues, el donante tiene “necesidad” de hacer la tradición? ¿En el mismo sentido en que se diría que “está obligado a hacer la tradición”? En todo caso, el término *necessitas* en los textos justinianos sobre donación citados precedentemente no parece haber llamado la atención de los glosadores y comentaristas. En el más general contexto de Dig. 1, 3, 40, en donde se dice que la *necessitas* constituye al *ius*, ese vocablo aparece interpretado como *ius gentium*, por un lado, y como constituciones imperiales, por otro, sobre lo cual véase MAYER-MALY, Theo., *Necessitas constituit ius*, en *Studi in onore di G. Grosso* (Torino, Giappichelli, 1968), I, pp. 182 - 185. Por lo demás, se pueden ver: MAYER-MALY, Theo., *Topik und Necessitas*, en *Études offertes à Jean Macqueron* (Aix-en-Provence, 1970), pp. 484 ss.; EL MISMO, *Gemeinwohl und necessitas*, en *Rechtsgeschichte als Kulturgegeschichte. Festschrift für A. Erlcr zum 70. Geburtstag* (Aalen, Scientia, 1976), pp. 135 ss.

la donación como un modo de adquirir en sí, típico y diferente de la tradición misma. Este ligamen intenso del contrato con la tradición se observa en el empleo del término *necessitas* y aparece en expresiones como: “[...] que el efecto necesario de la tradición siga a una liberalidad plena y hecha perfectísima con arreglo a nuestra ley”²⁸; o: “que ellas [sc. las donaciones] también hubieran necesidad de tradición en sí [...]”²⁹; igual que: “[...] la necesidad de hacer la tradición de la cosa donada incumbe al donante [...]”³⁰.

Como para completar el cúmulo de ambigüedades y confusiones, la donación no es presentada bajo el concepto contractual por Justiniano, en la parte del libro III de las *Institutiones* dedicada a las fuentes de las obligaciones, y, sorprendentemente, comparece en el libro II, entre los modos de adquirir³¹, como vimos, bajo la idea de que el donatario adquiere por tradición. De esta forma, pese a aparecer como un contrato, la figura permaneció fuera del sistema justiniano-institucional de tales.

3. El asunto se agrava más, porque Justiniano, paralelamente a sus novedades, conservó en el Digesto abundantes fragmentos que dan noticia asaz cabal del régimen clásico de la donación, completamente apartado de aquel justiniano del doble contrato, meramente consensual y escrito, al que nos hemos referido³². En el Digesto, la donación no aparece desde luego como un *contractus* típico, sino solo como una *causa*, operable merced a una gran variedad de actos típicos, que, por otro lado, son capaces, a su vez, de actuar varias causas distintas a la donación. Esta, en efecto, puede funcionar como *causa* abstracta de una *mancipatio* y de una *in iure cessio*, y también como *causa* de una *traditio*, en todos los cuales casos hay alguien que transfiere y otro que adquiere el dominio por causa de donación (*donandi causa*), de suerte de quedar configurada una donación real (*in dando*). La *causa donationis* puede asimismo hacerse operativa merced a una *stipulatio* de dar algo cierto (*certum dare*), de la que el donante (el promitente) sale como deudor frente al donatario (el estipulante), quien puede exigir el cumplimiento de la promesa merced a la *actio condictio* o *certi*. En el derecho clásico quedaba configurada así una donación obligacional (*in obligando*), que no es posible organizar mediante un acuerdo consensual (*pactum donandi causa*, pues, como todos los pactos, uno tal no produce acción. En el derecho clásico tampoco existió un contrato consensual típico de donación, sancionado por una “actio donati”. Todavía, la donación podía ser actuada merced a una

²⁸ Cod. Inst., 8, 53, 35: “[...] *sed liberalitatem plenam et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur [...]*”.

²⁹ Inst. Inst. II, 7, 2: “[...] *ead[em] [sc. donaciones] etiam in se habere necessitatem traditionis [...]*”.

³⁰ Nov. Inst. 162, cap. 1º, pr.: “pr. [...] *necessitatem tradendi rem donatam incumbere dicit*”.

³¹ Inst. Inst. II, 7 pr.: “La donación es también otro género [sc. especie] de adquisición” (*“Est etiam aliud genus acquisitionis donatio”*).

³² Acerca del régimen clásico de la donación y los sucesivos extremos que aquí se resumen, puede verse GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho romano clásico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, y sucesivas ediciones), II, pp. 582 - 594.

remisión de deudas. Si la deuda era de origen estipulatorio, entre las mismas partes de la estipulación, pero en sentido inverso, podía celebrarse un acto solemne consistente en dar por cancelada la deuda (*acceptilatio*), independientemente de su efectiva satisfacción. Si, pues, se actuaba la *acceptilatio* gratuita de una deuda promisorio, en realidad lo actuado era una donación del valor o del objeto debidos (donación *in liberando*). El mismo efecto donatorio se consigue, solo que por derecho pretorio, gracias a un simple pacto informal de remisión, aplicable a cualquier tipo de deuda, y no solo a una de origen estipulatorio. No bien tal pacto no extinga civilmente la obligación, funda una *exceptio* para el deudor, que conduce a su absolución, si es que el acreedor, arrepentido, intenta exigir después el cumplimiento. Como si lo anterior fuera poco, en el Digesto viene abundantemente explicado que la *causa donationis* no menos puede ser actuada mediante otros actos operativos distintos a los descritos, como una novación o una delegación *donandi causa*, un pago por otro *donandi causa* al acreedor, una accesión *donandi causa* o la constitución *donandi causa* de una fianza (con respecto al deudor principal), etcétera, y que hasta puede deslizarse entre los pliegues de un acto oneroso dando origen al *negotium mixtum cum donatione*, como cuando se rebaja *donandi causa* el precio de una cosa verdadera –y no simuladamente– vendida, de guisa de donarse la diferencia.

Así las cosas, la donación se presentaba a los medievales como difícil de enmarcar en su sistema de la negociabilidad jurídica³³.

4. Mientras Placentinus († 1192) emplazaba la donación en la cuatripartición justiniana de los perfeccionados *re, verbis, litteris, consensu*, entre los contratos *re*³⁴, pues se perfecciona por la *traditio*, la situación se muestra más matizada en la *Summa Codicis* de Azo (fl. 1191 - 1220)³⁵. El régimen presentado ahí es el siguiente: lo que antes se hacía por estipulación, hoy (*hodie* = desde Justiniano) se hace *solo pacto*, lo cual no implica que no se pueda usar la *stipulatio*. En todo caso, es necesario el concurso de ambas partes, de modo que la donación es un *pactum* o *contractus*, que se puede celebrar entre presentes y ausentes, por medio de un nuncio, o por carta –a diferencia de la *stipulatio*, que es oral y estrictamente entre presentes–³⁶. Tal pacto puede ser otorgado desde luego mediante pala-

³³ Un panorama general acerca de la donación en el derecho de glosadores y comentaristas se ve en BELLOMO, Manlio, *Donazione (diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1964), XIII, pp. 955 - 965.

³⁴ BUSI, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune. Diritti reali e diritti delle obbligazioni* (Padova, Cedam, 1937), p. 233.

³⁵ Antes que Azo, la *Summa Trecensis*, in Cod. Iust. 8, 59: *De donationibus* (ed. Fitting, *Summa Codicis des Irnerius* [Berlín, 1894], pp. 306 ss.) había dicho algo sustancialmente igual a lo que se expondrá.

³⁶ AZO, *Summa Codicis*, in Cod. Iust. 8, 53: *De donationibus* (Pavia, 1506, reimpresa en "Corpus glossatorum juris civilis", II, Augustae Taurinorum, ex officina Erasmiana, 1966, p. 325): "¿De qué modo se hace la donación? Y en verdad se hace estipulatoriamente, aunque de acuerdo con el derecho antiguo. Hoy en cambio solo por pacto. Y por ello se hace entre presentes y ausentes, por medio de un nuncio o por carta [...]. Por ende, es necesario el consenso de uno y otro. Pues ni la nuda razón hace a alguien deudor, ni una pacción hecha por causa de donación [...]" (*"Qualiter fiat donatio? Et quidem fit stipulatorie, tamen secundum*

bras de futuro, como “daré o donaré”, igual a como se hacía en el antiguo derecho cuando se recurría a la estipulación. Pero Azo no es explícito en lo concerniente al efecto de un tal pacto de futuro; vale decir, no afirma derechamente lo que se esperaría, en orden a que el donante resulta obligado a hacer la posterior tradición de la cosa por él donada y debida, y se limita a decir que “también se hace” donación (*“item fit”*)³⁷, reflejando así una ambigüedad ya presente en el derecho justinianeo. Si el pacto se otorga con palabras de presente, en cambio, como “dono”, y sigue inmediatamente la tradición, Azo es enfático en afirmar –“sin duda” dice– que se perfecciona la operación, y hace observar que entonces el pacto propiamente no alcanzó a ser obligatorio para el donante, porque resultó ejecutado de inmediato³⁸. Con ello acepta sin más el tipo real de donación. Cuando, en cambio, en el mismo evento de otorgarse el pacto con palabras de presente, la tradición no sigue, Azo duda si hay obligación³⁹. Su razón de dudar radica en que, de haberse celebrado una estipulación con tales palabras, ésta hubiera sido nula⁴⁰, así que analógicamente lo mismo podría pensarse en caso de haberse actuado un

vetera iura. Hodie autem solo pacto. El ideo fit inter praesentes et absentes, per nuncium vel per epistolam [...]. Est ergo utriusque necessarius consensus. Nam nec nuda ratio facit aliquem debitorem nec pactio causa donandi facta [...]”.

³⁷ *Ibid.*, “*Item fit* [sc. donatio] *si dicat aliquis ‘dabo’ vel ‘donabo’ cum ex veteri iure celebraret stipulatione, que tamen verbis futuri temporis concipitur [...]*”.

³⁸ *Ibid.*: “También se hace [sc. una donación] si digas ‘daré’ o ‘donaré’, cuando según el antiguo derecho se celebrara por estipulación, que se concibe con palabras de tiempo futuro [...]. ¿Qué [sc. ocurre] si digas ‘dono’? Y si en verdad se hiciera la tradición, sin duda también por ella empieza la donación. Y en tal caso lo notable es que el pacto fue válido, pero no obligatorio durante algún tiempo, porque el donante en ningún tiempo estuvo obligado” ([...]. *Quid si dicat ‘dono’? Si quidem fieret traditio, et ab ea incipiat donatio, sine dubio. Et in hoc casu quod est notabile pactum fuit validum, non tamen aliquo tempore obligatorio, quia donator nullo tempore fuit obligatus*”).

³⁹ Debemos deducir que si el pacto se formula con palabras de futuro y sigue de inmediato la tradición, hay donación, igual a cuando se hace con palabras de presente con subsiguiente tradición.

⁴⁰ En Dig. 41, 1, 5, 1, la estipulación aparece definida como “una fórmula de palabras con la que quien es interrogado responde que dará o hará aquello que se le interrogó” (*“verborum conceptio quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, responderit”*). De ello se deduciría que la formulación debía ser con palabras de tiempo futuro: “dará o hará” (*daturum facturumve se*). Y tal es la conclusión que –en general y no solo en tema de donación, sino de estipulación precisadamente– obtiene Azo, *Summa Codicis*, in Cod. Iust. 8, 37: *De contrahenda et commitenda stipulatione* (ed. cit. en n. 36, fol. 314, col. der.): “Y nota que la estipulación se contrae por palabras de tiempo futuro, como que se dará o hará. Si, por ende, se pusieran palabras de tiempo presente, la estipulación será nula, como cuando digas ‘prometes que das’ o ‘prometes que doy’ [...]” (*“Et nota quod stipulatio contrahitur per verba futuri temporis tamen, sicut enim se daturum facturum. Si ergo verba praesentis temporis ponantur nulla erit stipulatio, ut si dicas promittis quod das vel promittis quod do [...]*”). Azo, empero, aceptaba excepcionalmente la validez de una estipulación de presente, como en la *stipulatio iudicio sisti* (“estipulación de ser hecho comparecer en juicio”), que interpretaba como una promesa de haber de pagar lo que interesa si no acaee que aquél cuya comparecencia se prometió, no compareciere (*ibid.*), con referencia a Dig. 45, 1, 81, en que se describe la *stipulatio iudicio sisti*. Sobre esto, y acerca del parecer coincidente de la glosa acursiana: TRIFONE, Romualdo, *La ‘stipulatio’ nelle dottrine dei glossatori*, en VV. AA., *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento* (Milano, Giuffrè, s. d.), I, pp. 183 ss. Véase la nota siguiente.

pacto con palabras de presente. Pero, en oposición, argumenta ser distinto el caso de un pacto, que podría ser interpretado como querer obligarse en el futuro, en el mismo sentido en que algunas estipulaciones formuladas con palabras de presentes implicaban obligación hacia el futuro⁴¹. Independientemente de lo anterior, una donación de algo cuyo valor exceda 500 *solidi*, debe ser por escrito (insinuación)⁴²; solo en caso contrario, puede ser *sine scriptis*, vale decir, completamente consensual⁴³. En cuanto a las acciones de que dispone el donatario, si el acto fue perfeccionado por estipulación, aquel tiene –como en el régimen clásico– la *condictio certi o incerti*; cuando no haya intervenido estipulación, se le da la *condictio ex lege*⁴⁴.

⁴¹ *Ibid.*: “Pero si no entregó, aunque quiso obligarse a entregar, parece que no queda sujeto, a ejemplo de la estipulación [...]. Sin embargo, pienso que es de otra manera, porque es esto lo que se hace entre ellos, que contraigan la obligación en el futuro, como en algunas estipulaciones [...] y porque puede decirse que una cosa es en el pacto, que se hace también por palabras de tiempo presente, y otra en la estipulación” (“*Si autem non tradidit, sed de tradendo se obligare voluit, videtur quod non teneat ad exemplum stipulationis* [...] *Tamen aliud esse puto tunc, quia id agit inter eos, ut in futurum contrahant obligatio, ut in quibusdam stipulationibus* [...], *et quia aliud in pacto quod in stipulatione dici potest, quo fit etiam per verba praesentis temporis*”). Los juristas romanos discutían sobre la validez de una estipulación concebida con palabras alusivas a un hecho del presente, como en el caso de la *stipulatio iudicio sisti*, citado en la nota anterior, o cuando se promete que un esclavo (vendido) no es ladrón (es decir, que carece del vicio redhibitorio de ser ladrón). Es este problema el que Azo traslada al pacto con palabras de presente (“dono”), no seguido de tradición; y, como se ve, tiende a darle validez, igual que algunos juristas romanos hacían con estipulaciones del género, que interpretaban como referidas a una promesa de tanto cuanto fuera el interés en que el hecho no ocurriera (tanto cuanto interesa que el esclavo no sea ladrón). Por leer el texto de Azo tan solo hasta “*quod non teneat*” (“que no queda sujeto”), y por no tomar en cuenta el texto precedente (véase nota anterior), en que Azo valida sin más un pacto con palabras de futuro, sin exigir tradición, igual a como antes se hacía estipulación, BELLOMO, M., *Donazione*, cit. (n. 33), p. 958, enseña que Azo reclamaba siempre una tradición para el perfeccionamiento de la donación; lo que no es exacto. ACCURSIUS, gl. *manifestaverit*, ad Inst., l. *sed et aliud* (= Inst. II, 7, 1) [ed. De Tortis, Venetiis, 1489, reimp. en “*Corpus Glosatorum Juris Civilis*”, XI, Agustae Taurinorum, ex officina Erasmiana, 1969, fol. 21], ya no tiene las dudas de Azo, y acepta sin más que un pacto, sea de presente, sea de futuro, obliga igual.

⁴² Como si se dijera que el pacto de donación debe constar por escrito.

⁴³ *Ibid.*: “Aunque dije que la donación puede hacerse sin escritura, falla, sin embargo, cuando la donación excede 500 áureos [...] por lo tanto se exige insinuación de la donación ante los magistrados competentes [...]. Pero si no excede de 500 áureos, no se exige escritura [...]” (“*Licet autem dixerim donationem sine scriptis fieri posse, tamen fallit cum donatio excedit quingentos aureos* [...] *ergo exigitur insinuatio donationis apud magistratus competentes* [...]. *Si autem non excedit quingentos aureos, non exigitur scriptura* [...]”).

⁴⁴ *Ibid.*: “¿De qué modos se demanda por la donación? Y en verdad, merced a una estipulación, por la condición de lo cierto o por lo estipulado si se demanda algo incierto; o, si no hubiera intervenido estipulación, se demanda por la misma condición de la ley [...]” (“*Qualiter ex donatione agatur? Et quidem ex stipulatione, vel conditione certi vel ex stipulatu si incertum condicatur in stipulatorem; vel, si stipulatio non intercesserit, agitur eadem conditione ex lege* [...]”). ODOFREDUS († 1265), *Lectura super Codice* (Lugduni, 1562, reimpresión en “*Opera iuridica rariora*” [Bolonía, Forni, s. d.]), p. 180 vta. (col. der): “En otro tiempo la donación no valía, a no ser que estuviese fortificada por la estipulación o conectada a ella la tradición de la cosa; hoy, merced a esta ley nueva, se da acción por el pacto nudo de donación [...] y se

Si hacemos un balance, resulta que Azo acepta sin más que una donación puede ser hecha por medio de un pacto consensual con palabras de presente (y de futuro) con tradición inmediata (donación real); y que parece aceptar hacerla también por medio de un pacto con palabras de futuro no seguido de tal tradición, con el que, empero, se puede compeler al donante a ejecutarla posteriormente (donación obligacional).

5. Este régimen descrito por Azo en general fue aceptado por los juristas posteriores; pero con sus mismas ambigüedades, que necesariamente debían generar debates. Así, se discutió sobre uno de los puntos que en Azo aparecen como menos directos y explícitos, a saber, el concerniente a la función de la *traditio* en la donación; que consiste en saber, en final de cuentas, si el *contractus donationis* es obligacional, de modo que la tradición solo sirva para cumplir un acto ya perfecto; o real, vale decir, que se perfecciona por la tradición, sin la cual todavía donación no hay. Como vimos, Azo es ambiguo e incompleto cuando se trata del pacto con palabras de futuro sin inmediata tradición, y parece inclinarse por el carácter obligacional cuando es de presente asimismo sin tradición subsiguiente. También Accursio († 1263) es ambivalente. Por un lado, él aprobó que el *nudum pactum* es suficiente para perfeccionar la donación⁴⁵. Por otro, estableció que la donación se dice “perfecta una vez completada la tradición”⁴⁶. Bartolus († 1357) no aclaró mayormente las cosas, pues sostuvo que la *traditio* es necesaria para la perfección de la donación, pero de una manera que permite entender que se puede llegar a esa *traditio* como consecuencia de una compulsión al donante, y entonces puede pensarse en que éste tiene una suerte de obligación de cumplirla, caso en el cual no es necesaria para la perfección. Estas son sus palabras: “Si intervenga una estipulación, es compelido [sc. el donante] a perfeccionar [sc. mediante la tradición]; si [sc. intervenga] una simple convencción, es compelido para que perfeccione por la autoridad de esta ley [sc. la que

demanda al donante por la condición de la ley” (*“Olim non valebat donatio nisi esset vallata stipulatione vel connexa esset ei traditio rei; hodie ex nova lege ista datur actio ex nudo pacto donationis [...] et convenitur donator conditione ex lege”*). Los glosadores vieron en el *contractus donationis* un caso al cual había que aplicar el fragmento único de Dig. 13, 2, que establece la *condictio ex lege*, acción que, por lo demás, el propio Justiniano había aplicado expresamente a la donación en Nov. 162, cap. 2º (véase más arriba la nota 17). A partir del hecho de que Azo y Odofredus, y todos, concedieran esta *condictio ex lege* se percibe más claramente el carácter obligacional del *contractus donationis*.

⁴⁵ ACCURSIUS, gl. *voluntatem* ad l. *est etiam* (= Iust. Inst. II, 7, 2) [ed. cit. (n. 41), fol. 21]: “*etiam nudo pacto*” [“también por pacto nudo”]; EL MISMO, gl. *perfecta* [donatio] ad l. *si donatoris*, C. *de contrahenda emptione* [= Cod. Iust.. 4, 38, 3, ed. De Tortis, Venetiis, 1488, reimp. en “Corpus Glosatorum Juris Civilis”, X, Agustae Taurinorum, ex officina Erasmiana, 1968]: “*perfecta* [sc. donatio]: *olim stipulatione interposita; hodie etiam nudo pacto* [...] (“perfecta [sc. donación]: en otro tiempo, habiéndose interpuesto estipulación; hoy, también por nudo pacto [...]).”

⁴⁶ ACCURSIUS, gl. *perfecta* [donatio] ad l. *si donatoris*, C. *de contrahenda emptione* [= Cod. Iust.. 4, 38, 3, ed. cit. (n. 45)]: “*vel perfecta* [sc. donatio] *dicit, idest impleta traditione* [...]”. (“o bien dice ‘perfecta’ [sc. donación], esto es [sc. para significar que] habiéndose completado la tradición”).

comenta]⁴⁷. Bartolus habla, pues, de “perfeccionar” (*perficere*), como si la donación no fuera perfecta sin la tradición; pero al mismo tiempo habla de “compele a perfeccionar”, esto es, a hacer la tradición, y esta ahora aparece como el objeto de una obligación nacida de un acto ya perfecto, como que precisamente se permite fundar en él la compulsión. Paulus de Castro († 1441), en cambio, afirmó que “propiamente hablando, no se dice donación sino cuando se llega a la tradición y a la traslación del dominio”⁴⁸.

Como puede verse, el *ius commune* clásico apenas logró liberarse de una cierta perplejidad derivada de la ambigüedad y confusión que las fuentes justinianeas establecían para la donación.

6. En cuanto a qué tipo de acto fuese el *pactum (contractus) donationis*, ya Placentinus⁴⁹ y después Azo pensaron que es *nominatus* a partir de las novedades introducidas por Justiniano⁵⁰; desde otro punto de vista, empero, Azo lo presenta –casi contradictoriamente– como un *pactum nudum* que “milagrosamente” produce acción⁵¹ –del tipo de los que después se denominarán *pacta legitima*–. En realidad, ambas opiniones se habían hecho pacíficas desde antes, y continuaron siéndolo en lo futuro. La Glossa las sancionó: por un lado, para ella, la donación es un pacto nudo que genera acción “con la ayuda de la ley”⁵²; por otro, es un contrato nominado⁵³; no bien unos pocos las discutieron, y otros matizaron⁵⁴. Bartolo, por ejemplo, distinguió: si la donación se hace por medio de una estipulación, entonces es un *contractus nominatus*, porque la estipulación sin duda lo es (*contractus verbis*); si se hace por tradición, ocurre que también lo es, pues ahora pertenece a los *contractus re*⁵⁵. Con ello, empero, Bartolus pasaba bajo silencio al *contractus donationis*, que no exige estipulación ni es *re*. Paulus de

⁴⁷ BARTOLUS, *Commentaria in Codicem*, ad l. *si quis argentum*, § *sed et si quis*, C. *de donationibus* (= Cod. Iust. 8, 53, 35, 4) [Venecia, De Tortis, 1516 - 1529, reimpresión Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1996], V, fol. 65 vta. (col. der.): “*Si interveniat stipulatio, ad perficiendum compellitur; si simplex conventio, huius legis autoritate, ut perficiat compellitur*”.

⁴⁸ DE CASTRO, Paulus, *Commentaria in Digestum*, ad l. *huius edicti*, D. *de pactis*, núm. 7 (= Dig. 2, 24, 7 pr.) [cit. por BUSI, E., *La formazione dei dogmi*, cit. (n. 34), p. 241 n. 1]: “[...] *proprie loquendo non dicitur donatio nisi cum pervenitur ad traditionem et ad domini translatio*”.

⁴⁹ PLACENTINUS, *Summa Codicis*, ad C. 4, 6 *De conditione ob causam datorum*, cit. por BELLOMO, *Donazione*, cit. (n. 33), párr. 5, p. 959.

⁵⁰ AZO, *Summa Codicis*, in Cod. Iust. 2, 3: *De pactis* [ed. cit. (n. 36), p. 24].

⁵¹ AZO, *Summa Codicis*, in Cod. Iust. 2, 3: *De pactis* [ed. cit. (n. 36), p. 24 col. der.]: “Y si un pacto fuere nudo, en razón de la gran frialdad no puede parir acción, a no ser que milagrosamente acaezca esto en algunos casos, en los cuales casos un pacto nudo pare acción, como en la donación” (“*Et si quidem pactum fuerit nudum, propter nimiam frigiditatem parere actionem non potest, nisi mirabiliter hoc in quibusdam casibus accidat in quibus casibus nudum pactum parit actionem, ut in donatione*”).

⁵² ACCURSIUS, gl. *legitima*, ad l. *legitima*, D. *de pactis* (= Dig. 2, 14, 6, ed. De Tortis, Venetiis, 1488, reimp. en “*Corpus Glosatorum Juris Civilis*”, VII, Agustae Taurinorum, ex officina Erasmiana, 1968).

⁵³ ACCURSIUS, gl. *facias*, ad l. *iurisdictionem*, § *quae pariunt*, D. *de pactis* [= Dig. 2, 14, 7, 1, ed. cit. (n. 52)].

⁵⁴ Para los detalles de este tema, BELLOMO, M., *Donazione*, cit. (n. 33), párr. 5, pp. 959 - 960.

⁵⁵ BARTOLUS, *Super prima Digesti novi*, ad l. *alienis rebus*, § *ex rebus donatis* [D. 39, 5, 9, 1] (ed.

Castro, en cambio, lo considera, pero como *nominatus*⁵⁶.

7. En síntesis, pues, dentro de la sistematización general de la negocialidad, a presentada al comenzar en I, 1, la donación tendió a aparecer en dos lugares: como *contractus nominatus* (fila 5) y como *pactum legitimum* (fila 11). Esto de por sí ya ofrecía un problema, pues una pertenencia a ambas categorías se concilia difícilmente. Por otro lado, los medievales nunca pudieron definir claramente si la donación es un contrato solo real, solo obligacional, o de ambas clases, y resultaron abiertamente víctimas de los ambages e indeterminaciones del derecho justinianeo. En fin, también sufrieron y no resolvieron los medievales la ambigüedad de la donación como acto típico (sea real, sea obligacional) y como *causa*. La tensión se observa al hacer comparecer el *contractus donationis* justinianeo que es un acto obligacional típico, y la *stipulatio donandi causa* clásica, ya que la *stipulatio* es un acto obligacional general, que si funciona como donación es solo por la *causa donandi* bajo la cual se celebra.

A lo largo de la historia posterior de la donación, tales vacilaciones han sido las mayores fuentes de su gran ambigüedad dogmática.

II. LAS "SIETE PARTIDAS", EL "FUERO REAL" Y LAS RECOPIACIONES CASTELLANAS

1. Una obra legislativa intensamente basada en los juristas de la generación inmediatamente anterior a Acursio, como Placentinus y Azo, tales cuales fueron las *Siete Partidas* de Alfonso X el Sabio (siglo XIII)^{56bis}, nos ofrece algunas definiciones importantes. En ese código, de las donaciones se trata en la partida 5ª, destinada a "*todos los otros debdos* [deudas, sc. obligaciones, vínculos]⁵⁷ que crescen entre ellos [sc. los omes: hombres] por razón de postura [sc. contrato]"⁵⁸ Conviene tener a la vista el esquema completo de la 5ª partida para apreciar el lugar que ahí ocupa la donación:

5ª partida

Tit. 1º De los empréstitos

Tit. 2º Del préstamo a que dicen en latín commodatum

Tit. 3º De los condesijos a que dizen en latín depositum

De Tortis, Venetiis, 1516 - 1529, reimpression Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1996), V, fol. 65 vta. (col. der.): "*Si donatio fiat per stipulationem, constat quod est contractus nominatus [...]; aut fit traditione, et sic re, et idem [...]*" ("Si la donación se hace por estipulación, consta que es contrato nominado [...]; o bien se hace por tradición, y así 'por la cosa' [sc. re] y es lo mismo [...]").

⁵⁶ DE CASTRO, Paulus, *Commentaria in Digestum*, ad l. *huius edicti*, D. de *pactis*, núm. 7 (= Dig. 2, 24, 7 pr.) [cit. por BUSI, E., *La formazione dei dogmi*, cit. (n. 34), p. 241 n. 1].

^{56bis} Véase ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, José María, *Las Fuentes del régimen de la donación en las Partidas*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23 (Valparaíso, 2001), pp. 369 ss.

⁵⁷ En la 4ª part. se había hablado "*de los casamientos e del linaje que dellos sale, e de todos los otros debdos, que los omes han entre si, por debdo de parentesco, o de señorio, o de cuñadago, o de amistad*" [7 Part., part. 5ª, prólogo (ed. Salamanca, 1555, reimp. facsímil. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1985), p. 2]. Por ello, en el texto del prólogo transcrito arriba se dice que en la 5ª partida habrá de tratarse de "*los otros debdos*".

⁵⁸ 7 Part., part. 5ª, prólogo [ed. cit. (n. 57), p. 2]. La identificación de *postura* (o *pleyto*) con "contrato" aparece declarada ahí mismo: "*E por que estos pleytos e posturas, a que llaman en latin contractos [...]*".

* Tít. 4º De las donaciones

Tít. 5º De las vendidas y de las compras

Tít. 6º De los cambios que los omes fazen entre sí e qué cosa es cambio

Tít. 7º De los mercaderes e de las ferias e de los mercados en que compran y venden las mercaderías e del diezmo del portadgo que han de dar por razón dellas

Tít. 8º De los logeros e de los arrendamientos

Tít. 9º De los navíos e del pecio dellas

Tít. 10º De las compañías que fazen los mercadores e los otros omes unos con otros

Tít. 11º De las promisiones e de las otras posturas que fazen los omes unos con otros

Tít. 12º De las fiaduras que se fazen con mandado o con placer de otro

Tít. 13º De los peños que son empeñados por palabra o calladamente e de todas las otras cosas que a esta razón pertenecen

Tít. 14º De las pagas e de los quitamientos e de los descontamientos a que dicen en latín compensatio e de las deudas que se pagan a los que las non deven

Tít. 15º Como an los deudores a desamparar sus bienes quando non se atreven a pagar lo que deven e como devue ser revocado el enajenamiento que los debdores fazen

Los cuatro primeros títulos están dedicados a los contratos que ahora llamamos gratuitos⁵⁹, o sea, al empréstito o mutuo (tít. 1º), al comodato (tít. 2º), al depósito (tít. 3º) y a la donación (tít. 4º); los tres primeros, además, sin discusión tienen carácter real, carácter este que aparentemente se extiende a la donación. En el título 5º: *De las vendidas y de las compras*, se comienza a exponer los contratos ahora denominados onerosos⁶⁰. De esta forma, pues, las *Siete Partidas* consideran a la donación, primeramente como un contrato; y, dentro de ellos, como uno gratuito, antepuestos todos a los onerosos y en una serie de contratos reales.

En efecto, no está del todo claro en este código que la donación sea un contrato que imponga obligación al donante. En Part. 5ª, título 4º, ley 4ª se dice que aquella puede ser celebradas de cuatro maneras: sin condición, con condición, entre presentes y entre ausentes. Esta última –añade la ley– no se puede celebrar sino por carta o por mensajero cierto, con que se envíe a decir al donatario lo que se le da; y todavía agrega que si no se entrega la cosa al donatario, el donante, o sus herederos, quedan obligados a cumplir la donación⁶¹. Es la única referencia a un verdadero contrato obligacional de donación; en el resto, las *Partidas* parecen pensar siempre en una donación real, lo que explica su adscripción a una serie de contratos de esa especie, como el mutuo, el comodato y el depósito. Si es así, no se comprende, empero, que la donación tenga un lugar entre los contratos en la

⁵⁹ Que 7 Part., part. 5ª, prólogo [ed. cit. (n. 57), p. 2], describe así: “[...] *contractos, son los unos de gracia, e de amor, que se fazen los unos a los otros* [sc. omes] [...]”. También más adelante, ibidem: “[...] *emprestar e dar sin recibir ende luego camio* [sc. cambio] *o galardón por ellos* [...]”.

⁶⁰ 7 Part., part. 5ª, prólogo [ed. cit. (n. 57), p. 2]: “*e los otros* [sc. contractos] *son por razon de su pro, de amas* [sc. ambas] *las partes*”. De la segunda descripción de los contratos gratuitos citada en la nota anterior, se deduce que en los onerosos se da para “recibir cambio o galardón”

⁶¹ Part. 5ª, tít. 4º, l. 4ª: “[...] *E quando la donación es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a quien la fazen, tenuto es de complirla aquel que la faze o sus herederos* [...]”.

5ª partida, en donde se habla “*de todos los otros debdos* [sc. débitos o deudas] *que crescen entre ellos* [sc. los hombres] *por razon de postura* [sc. contrato]”⁶².

2. En el *Fuero Real* (siglo XIII) del mismo Alfonso el Sabio, las cosas se presentan así:

Lib. III

- Tít. 1 De los casamientos
- Tít. 2 De las arras que se deben dar en casamiento
- Tít. 3 De las ganancias del marido y la mujer
- Tít. 4 De las labores e particiones
- Tít. 5 De las mandas
- Tít. 6 De las herencias
- Tít. 7 De la guarda de los huérfanos y de sus bienes
- Tít. 8 De los gobiernos
- Tít. 9 De los heredamientos
- Tít. 10 De las vendidas y compras
- Tít. 11 De los cambios o troques
- * Tít. 12 De las donaciones
- Tít. 13 De las costas
- Tít. 14 De las cosas encomendadas
- Tít. 15 De las cosas emprastadas
- Tít. 16 De las cosas alogadas, que quiere decir de las cosas alquiladas
- Tít. 17 De los fiadores e de las fianzas
- Tít. 18 De los empeños y prendas
- Tít. 19 De las deudas y de las pagas

El *Fuero Real* empieza la serie de los contratos con los onerosos: la compra-venta (tít. 10º) y la permuta (título 11º); aparentemente prosigue con los gratuitos: la donación (título 12º), el depósito (título 14º) y los préstamos (título 15º); solo que después recomienza con los onerosos, pues el título 16º trata del arrendamiento. De todos modos, el orden está invertido con respecto a las *Partidas* que, según vimos, empezaba con los contratos gratuitos y de ahí pasaba a los onerosos.

A diferencia de las *Partidas*, el *Fuero Real* piensa siempre en una donación real, y en él no aparece ni por asomo la de tipo obligacional. Ello se desprende de los siguientes textos: FR. libro III, título 12º, ley 1ª: “*Maguer que qualquiera ome que diere alguna cosa a otre, non gela pueda despues toller*”; *ibid.*, ley 2ª: “*Toda cosa que un ome diere a otro e la metiere en su poder [...]*”; *Ibid.*, ley 6ª: “*Donaciones fazense en dos maneras, o por manda en razón de muerte, o en sanidad sin manda: la que es fecha por manda puédela aquel que la fizo dar a otro, o retenerla para sí si quisiese; e la que es fecha de otra guisa, non la puede toller aquel que la dio, sino [...]*”.

En el *Fuero Real*, pues, la donación, siempre real, es también, como en las *Partidas*, un contrato.

3. El criterio sistemático adoptado por las *Partidas* y el *Fuero Real* determinó a todo el derecho castellano posterior, incluido el de la Época Moderna. Por ello seguiremos este hilo inmediatamente hasta el fin.

⁶² Partida 5ª, prólogo.

a) Comencemos con las *Ordenanzas Reales de Castilla*, también conocidas como *Ordenamiento de Montalvo*, por su autor, Alonso Díaz de Montalvo (1405 - 1499), cuyo orden exponemos en correlación con las *Partidas*, pero también del *Fuero Real*, de cuya sistemática dependen fundamentalmente:

Fuentes anteriores	Ordenanzas de Castilla, libro V
Part. 4ª, tít. 1 - FR. III, 1	Tit. 1º De los matrimonios
Part. 6ª, tít. 1	Tit. 2º De los testamentos y demandas
Part. 6ª, tít. 15 - FR. III, 6	Tit. 3º De las herencias
FR. III, 3	Tit. 4º De las ganancias del marido y de la muger
Part. 6ª, tít. 16 - 19 - FR. III, 7	Tit. 5º De la guarda de los huérfanos
(FR. III, 9)	Tit. 6º De los desheredamientos
Part. 5ª, tít. 5º - FR. III, 10	Tit. 7º De las ventas y compras
Part. 5ª, tít. 6 - FR. III, 11	Tit. 8º De los troques y cambios
* Part. 5ª, tít. 4 - FR. III, 12	* Tit. 9º De las donaciones y mercedes
Part. 5ª, tít. 3º - FR. III, 14	Tit. 10º De las encomiendas
Part. 5ª, tít. 12º - FR. III, 17	Tit. 11º De los fiadores
Part. 5ª, tít. 13º - FR. III, 18	Tit. 12º De las prendas
Part. 5ª, tít. 14º - Fr. III, 19	Tit. 13º De las deudas y pagas
	Tit. 14º De las entregas y ejecuciones

Los seis primeros títulos del libro V de las *Ordenanzas Reales de Castilla*, como se ve, van dedicados a materias de derecho sucesorio y de familia. Desde el título 6º, destinado a la compraventa, empieza el derecho de contratos. Es difícil acertar con el criterio seguido por el compilador para los detalles⁶³. Pero si hay algo ostensible es que la donación encuentra su lugar en la masa del libro V reservada a los contratos.

Ahora bien, esta recopilación insertó como frontispicio del título 9º de su libro V, como ley 1ª, la ley 6ª del libro III, título 12º del *Fuero Real*, que reza: *“Donaciones fazense en dos maneras, o por manda en razón de muerte, o en sanidbú sin manda: la que es fecha por manda puédela aquel que la hizo dar a otro, o retenerla para sí si quisiese; e la que es fecha de otra guisa, non la puede toller aquel que la dio, sino [...]”*. así que eligió el tipo real que el código Alfonsino sin duda establecía.

b) Por lo que atañe a la *Nueva Recopilación* (1567), de las donaciones trata ella en su libro V, en el interior del siguiente esquema:

Fuentes anteriores	Nueva Rec. libro V
Part. 4ª, tít. 1º - FR. III, 1 - Ord. Cast. V, 1	Tit. 1º De los casamientos
Part. 4ª, tít. 11º - FR. III, 2	Tit. 2º De las dotes, arras y joyas
	Tit. 3º De las mugeres casadas y solteras, y quando pueden estar en juyzio y obligarse con licencia de sus maridos o sin ella
Part. 6ª, tít. 1º - Ord. Cast. V, 2	Tit. 4º De los testamentos, y comisarios para los poder fazer, y de los executores testamentarios

⁶³ Es dable pensar en que primero se acudió a los contratos onerosos (tít. 7º: compraventa y tít. 8º: permuta), enseguida a los gratuitos (tít. 9º: donación y tít. 10º: encomienda), y en fin a los de garantía o accesorios (tít. 11º: fianza y tít. 12º: prenda).

	Tit. 5º De los lutos y ceras que se pueden traer y gastar por los difuntos
	Tit. 6º De las mejoras de tercio y quinto
	Tit. 7º De los mayorazgos
Part. 6ª, tit. 15º - FR. III, 6 - Ord. Cast. V, 3	Tit. 8º De las herencias y partición dellas
FR. III, 3 - Ord. Cast. V, 4	Tit. 9º De las ganancias entre marido y muger
* Part. 5ª, tit. 4º - FR. III, 12 - Ord. Cast. V, 9	* Tit. 10º De las donaciones y mercedes que los Reyes han hecho, y hizieren, y otras personas
Part. 5ª, tit. 5º - FR. III, 10 - Ord. Cast. V, 7	Tit. 11º De las ventas y compras y retractos del tanto por tanto, de patrimonio, o abolengo
Part. 5ª, tit. 7º	Tit. 12º De la venta de brocados, sedas, paños, y como e han de medir y tundir, y de los corredores de mercaderías
	Tit. 13º De los pesos y medidas para comprar y vender mercaderías, mantenimientos, y herraje
	Tit. 14º De los regatones
Part. 5ª, tit. 12º - FR. III, 17 - Ord. Cast. V, 11	Tit. 15º De los contratos de censo
	Tit. 16º De los contratos, obligaciones, y fianças y deudas, y cession de bienes que hazen los deudores
Part. 5ª, tit. 13º - FR. III, 18 - Ord. Cast. V, 12	Tit. 17º De las prendas y represarias
	Tit. 18º De los cambios, y cambiadores y corredores dellos, y de los mercaderes, y intereses
	Tit. 19º De los cambios y mercaderes que se alcan
	[...]

El libro V de la *Nueva Recopilación* está evidentemente configurado sobre la base de la plantilla del libro V de las *Ordenanzas reales*, con varios complementos. Sus nueve primeros libros igual que en estas últimas, tratan del derecho sucesorio entreverado con el de familia. A partir del título 10º se comienza con el derecho contractual. Pero, a diferencia de las *Ordenanzas reales*, el primer título de la masa perteneciente a este derecho es el de las donaciones (precisamente el título 10º), y solo después se empieza con los contratos onerosos, desde la compraventa (título 11º). Parece, pues, que la *Nueva Recopilación* retornó al criterio de las *Siete Partidas*, a saber, empezar por los contratos gratuitos (solo representados por la donación en esta recopilación) y seguir después con los onerosos, y en primer lugar por la compraventa⁶⁴.

También la *Nueva Recopilación*, como ya antes las *Ordenanzas reales*, acogió como ley 7ª de su título 10º, libro V, la ley 6ª del título 12º del libro III del *Fuero Real*, que, como se recordará, definía un tipo más bien real de donación.

c) La serie de las compilaciones castellanas termina con la tardía *Novísima Recopilación* (1805), que quedó organizada así:

⁶⁴ Claro que podría alguien pensar en que el derecho contractual no empieza en el título 10º sobre donaciones, sino en el siguiente, de modo que aquéllas son una suerte de apéndice del derecho sucesorio y de familia.

Fuentes anteriores	Nov. Recop., lib. X: De los contratos y obligaciones; testamentos y herencias
	Tít. 1º De los contratos y obligaciones en general
Part. 4ª, tít. 1º - FR. III, 1 - Ord. Cast. V, 1 - Nu. Rec. V, 1	Tít. 2º De los esponsales y matrimonios; y sus dispensas
Part. 4ª, tít. 11º - FR. III, 2 - Nu. Rec. V, 2 Ord. Cast. V, 4 - FR. III, 3 - Nu. Rec. V, 9	Tít. 3º De las arras y dotes
Part. 4ª, tít. 25, 27 y 28	Tít. 4º De los bienes gananciales o adquiridos en el matrimonio
Nu. Rec. V, 6	Tít. 5º De los hijos, su emancipación y legitimación
* Part. Vª, tít. 4º - FR. III, 12 - Ord. Reales V, 9 - Nu. Rec. V, 10	Tít. 6º De las mejoras de tercio y quinto a favor de los hijos y descendientes
Part. 5ª, tít. 1º FR. III, 15	* Tít. 7º De las donaciones
Part. 5ª, tít. 3 - FR. III, 14	Tít. 8º De los préstamos
Part. 5ª, tít. 8 - FR. III, 16	Tít. 9º De los depósitos y fianzas
Part. 5ª, tít. 12º - FR. III, 17 - Ord. Reales V, 11 - Nu. Rec. V, 5, tít. 16	Tít. 10º De los arrendamientos
Part. 5ª, tít. 5º - FR. III, 10 - Ord. Reales V, 7 - Nu. Rec. V, 11	Tít. 11º De las deudas y fianzas
Nu. Rec. V, 11	Tít. 12º De las ventas y compras, y derechos de alcabalas
	Tít. 13º De los retractos y derecho de tanteo
Nu. Rec. V, 15	Tít. 14º De los juros de la Real Hacienda
	Tít. 15º De los censos
	Tít. 16º De las hipotecas y su toma de razón
Nu. Rec. V, 7	Tít. 17º De los mayorazgos
Part. 6ª, tít. 1 - Ord. Reales V, 2 - Nu. Rec. V, 4	Tít. 18º De los testamentos
Nu. Rec. V, 4	Tít. 19º De los comisarios testamentarios
Part. 3ª, tít. 3º y 9º FR. III, 6 y 5	Tít. 20º De las herencias, mandas y legados
Part. 6ª, tít. 1 - Ord. Reales V, 2 - Nu. Rec. V, 4	Tít. 21º De los testamentos, inventarios, cuentas y particiones de bienes
	Tít. 22º De los bienes vacantes y mostrencos
	Tít. 23º De las escrituras públicas, sus notas y registros
	Tít. 24º Del uso del papel sellado en las escrituras, autos e instrumentos públicos

El libro V de la *Novísima Recopilación* exageró la mezcla entre derecho sucesorio, de familia y contractual que habían operado sus tres predecesoras. En efecto, sus cinco primeros títulos están dedicados al derecho de familia, sigue con uno pertenecientes al derecho sucesorio (tít. 6º); pasa enseguida a los contratos desde el tít. 7º hasta el 16º; y recomienza con el derecho sucesorio testamentario al que reserva los títulos 17º a 21º. Pero nos interesa el derecho de contratos. La *Novísima Recopilación*, aunque en lo inmediato sigue a la *Nueva*, que, como vimos, adoptaba a su vez el orden de las *Ordenanzas reales* modificado por el de las *Siete Partidas*, se parece con todo más directamente a ésta, por-

que contiene dos títulos que faltan en la *Nueva Recopilación* y sí están en las *Siete Partidas*: son los títulos 8^a: *De los préstamos* y 9^o: *De los depósitos y confianzas*; así que puede decirse que en la *Novísima Recopilación* los contratos gratuitos están representados por la donación, los préstamos y el depósito, como en las *Siete Partidas*, en tanto en la *Nueva* solo por la donación. Pero el orden de tales contratos es ahora diferente, pues la donación ocupa el primer lugar de la serie de los gratuitos, mientras que en el código Alfonsino ocupaba el cuarto. Posiblemente no se quiso innovar a la *Nueva*, en que las donaciones se instalaban en el primer lugar, porque era el único, de modo que en vez de anteponerle los títulos relativos a los préstamos y al depósito, se los pospuso.

Una vez más la *Novísima Recopilación*, como ya antes las *Ordenanzas reales* y la *Nueva recopilación*, recogió como ley 1^a de su título 7^o, libro X, la ley 6^a del título 12^o del libro III del *Fuero Real*, que, como se recordará, adoptaba un tipo de donación más bien real.

d) En conclusión, las tres recopilaciones castellanas siguieron el modelo de las *Siete Partidas* y del *Fuero Real* que localizaban la donación entre los contratos, y más específicamente, entre los contratos gratuitos. Que las masas recopiladas sobre contratos hayan estado mezcladas con otras concernientes al derecho de familia y sucesorio, eso no significa nada en nuestra materia, porque tal reunión y mezcla estaba determinada por este otro factor: que el derecho privado distribuido en varias partidas de la obra Alfonsina, fue concentrado en un solo libro de las diversas recopilaciones (el libro V de las *Ordenanzas Reales* y la nueva *Recopilación* y el libro IX de la *Novísima*); así que lo que a nosotros se nos aparece como mezcla se explica muy naturalmente. Es notable que estas tres recopilaciones hayan introducido en sus respectivos lugares la ley 6^a del título 12^o del libro III del *Fuero Real*, en donde aparece definido un tipo real de donación. Con ello, desecharon el modelo de las *Partidas*, que, no bien pálidamente, daban entrada al tipo obligacional.

III. LOS INSTITUCIONISTAS DEL DERECHO CASTELLANO

Nos referiremos ahora a aquellos autores que redactaron obras sobre derecho de Castilla, pero de acuerdo con el orden de las *Iustiniani Institutiones*, que por ello llamamos "institucionistas". Tales obras se insertan en un género literario-jurídico muy expandido en Europa durante los siglos XVII y especialmente XVIII⁶⁵. Aquí nos referiremos a Ignacio Jordán de Asso (1742 - 1814) y Manuel de Manuel, Juan Sala (1731 - 1806) y Eugenio de Tapia (1776 - 1860).

a) Consideremos, pues, las *Institutiones del derecho civil de Castilla* (1771)⁶⁶,

⁶⁵ Sobre esta materia: LUIG, Klaus, *Institutionenlehrbücher des nationalen Recht im 17. und 18. Jahrhundert*, en *Ius Commune* 3 (Frankfurt am Main, 1970), p. 64 ss. En los autores españoles tardíos de este género se agrega un elemento que suele faltar en sus colegas europeos, que es la incorporación de formularios para la práctica del derecho. De ahí que acostumbre a considerarse a estos autores precisamente como "prácticos": JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Los 'prácticos' con especial consideración de los españoles*, en *Revista Jurídica de Córdoba* 3 (Córdoba, Argentina, 1947), pp 349 ss.

⁶⁶ JORDÁN DE ASSO, Ignacio - DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Manuel, *Institutiones del derecho civil de Castilla* (5^a ed. 1792, reimp. Valladolid, Lex Nova, s. d. [pero 1984]).

en donde nos encontramos con este orden:

Lib. I [sin rúbrica: trata de las personas]

Lib. II [sin rúbrica: trata de las cosas corporales e incorpóreas (dominio, derechos reales, herencias y obligaciones)]

Tít. 1º De la división de las cosas

Tít. 2º Del dominio, sus especies y modos de adquirirlo

Tít. 3º De los testamentos y herencias

Tít. 4º De la entrega y partición de la herencia y de las sucesiones ab intestato

Tít. 5º De las substituciones, mayorazgos y legados

Tít. 6º De las servidumbres

Tít. 7º De las prendas, hipotecas y censos

Tít. 8º De los pactos y obligaciones en general

* Tít. 9º De las donaciones

Tít. 10º Del depósito y préstamo

Tít. 11º Del empréstito y de las deudas

[...]

Lib. III [sin rúbrica: trata de las acciones y procesos]

b) Enseguida se nos presenta la *Ilustración del derecho real de España* (1803)⁶⁷ de Juan Sala:

Lib. I [sin rúbrica: trata de la justicia y del derecho y de las personas]

Lib. II [sin rúbrica: trata de las cosas corporales e incorpóreas (dominio, derechos reales, herencias, obligaciones)]

Tít. 1º De la división de las cosas, y del modo de adquirir su dominio

Tít. 2º De las prescripciones y de la posesión

Tít. 3º De las servidumbres reales y personales

Tít. 4º De los testamentos

[...]

Tít. 8º De las sucesiones intestadas

Tít. 9º De las obligaciones y contratos en general y transacciones

Tít. 10º De las ventas y compras

[...]

Tít. 19º Del contrato literal y de los reales

* Tít. 20º De las donaciones

21º De los que llamamos cuasicontratos

22º De los delitos y cuasidelitos, en cuanto producen pena pecuniaria

23º Modos de extinguirse las obligaciones

c) En fin, comparece el *Febrero novísimo o librería de jueces, escribanos y abogados* (1828)⁶⁸ de Tapia:

Lib. I: De las personas

Lib. II: De las cosas

Tít. 1º División general de las cosas. Del dominio y de las servidumbres

Tít. 2º De las sucesiones hereditarias

Tít. 3º De los mayorazgos, patronatos, capellanías y sus agregaciones

⁶⁷ SALA, Juan, *Ilustración del derecho real de España ordenada por [...]* (Paris, Vicente Salvá, 1837), 2 vols.

⁶⁸ TAPIA, Eugenio, *Febrero novísimo o librería de jueces, escribanos y abogados [...]* por [...] (Valencia, Mompí, 1828), I y I.

- Tít. 4º De las obligaciones, pactos y contratos
 Cap. 1º De las diferentes clases de obligaciones y contratos
 Cap. 2º De los contratos consensuales, y en especial del de compra y venta
 [...]

 Cap. 20º De los contratos reales y principalmente del préstamo o empréstito
 Cap. 21º Del depósito
 * Cap. 22º De las donaciones y principalmente de la que se llama entre vivos
 Cap. 23º De la donación por causa de muerte
 Cap. 24º De las cesiones
 Cap. 25º De los contratos innominados, y en especial de la transacción y del contrato de obra
 Cap. 26º De los cuasicontratos
 Cap. 27º De varios actos legales accesorios a algunos contratos
 Cap. 28º De la extinción de las obligaciones procedentes de los contratos

Los tres autores emplazan la donación en la parte concerniente a los contratos y obligaciones. Pese a que, en general, ellos adoptan el método de las *Institutiones* de Justiniano, no lo siguen en este punto, pues en aquellas la donación viene localizada entre los modos de adquirir⁶⁹, en la parte relativa a las cosas corporales y los derechos reales. El modelo tenido en vista, en consecuencia, es el de las *Siete Partidas*, que, como vimos, inserta la figura en la partida 5ª (título 4º), entre los contratos, al final de la serie de los gratuitos (mutuo, comodato y depósito), y antes de la compraventa, que da comienzo a la serie de los onerosos.

Asso y de Manuel declaran expresamente ceñirse a la división de los contratos en “*de gracia y útiles a una de las partes*”, o sea gratuitos (donación, comodato, depósito, mutuo y mandato), y útiles y onerosos a ambas partes (compraventa, arrendamiento, sociedad, permuta), en ese mismo orden⁷⁰. Tal es el modelo general de las *Partidas*. Pero con esta modificación: la donación encabeza –y no termina como en las *Partidas*– la serie de los contratos gratuitos, y por ella queda situada al comienzo de todos los contratos en particular⁷¹.

Sala, en cambio, se ciñe al modelo general de las *Institutiones* de Justiniano, y trata de los contratos según su célebre cuatripartición *re, verbis, litteris, consensu*⁷², solo que en secuencia modificada: consensuales, verbales, literales y reales⁷³. Pero en relación con estos últimos declara adaptarse más a las *Partidas*⁷⁴, porque los mira desde el punto de vista de ser gratuitos (mutuo, comodato y depósito), y es eso lo que le permite apartarse del esquema institucional en cuanto a la donación, que Sala inserta como apéndice a los contratos reales, en el título 20º del libro II, en tanto, como se dijo, en las *Institutiones* la figura aparece entre los modos de adquirir.

⁶⁹ Inst. Iust. II, 7.

⁷⁰ ASSO, Ignacio Jordán de - MANUEL, Miguel de, *Institutiones*, cit. (n. 66), lib. II, tít. 8º, cap. 2 (5ª ed., Madrid, 1792), p. 174.

⁷¹ ASSO, Ignacio Jordán de - MANUEL, Miguel de, *Institutiones*, cit. (n. 66), p. 174.

⁷² Inst. Inst. III, 13, 2.

⁷³ SALA, Juan, *Ilustración*, lib. II, tít. 20º, párr. 1, cit. (n. 67), II, p. 36.

⁷⁴ SALA, Juan, *Ilustración*, lib. II, tít. 19º, párr. 4, cit. (n. 67), II, p. 27.

También Tapia se adapta al modelo institucional y expone los contratos según su forma de perfeccionarse. Al efecto, localiza la donación entre los contratos reales, a continuación del depósito.

Por lo que atañe al tipo de donación aceptada por estos juristas, Asso y de Manuel, fieles al derecho vigente, reconocen solo la donación real, cuyo diseño se desprende de la ley 6ª del título 12º del libro III del *Fuero* y que había sido recibida en la *Nueva Recopilación*, libro V, título 10º, ley 7ª: “*Donaciones fazense en dos maneras, o por manda en razón de muerte, o en sanidad sin manda: la que es fecha por manda puédela aquel que la fizo dar a otro, o retenerla para sí si quisiese; e la que es fecha de otra guisa, non la puede toller aquel que la dio, sino [...]*”. Citada convenientemente esta norma, los autores concluyen que: “[...] *La donación en sanidad sea un pacto legítimo, por razón del cual se transfere el dominio de la cosa dada al donatario*”⁷⁵.

Sala, en cambio, prescinde de la definición de la ley del *Fuero Real*, que en 1803, año de la primera edición de su libro, se encontraba en la *Nueva Recopilación*, y bajo las posteriores todavía en la *Novísima*. Pero adopta el régimen de las *Partidas*: “*Se pueden asimismo hacer siendo presentes el que la da y el que recibe la donación, o cuando el que hace la donación está en otra tierra, y la hace por carta, o por mensajero cierto, en que le envía a decir señaladamente lo que le da. Y hecha la donación por palabras o por carta simplemente, sin haberse entregado la cosa, está obligado a cumplir el que la hace [...]*”⁷⁶, en que débilmente aparece insinuada una donación obligacional.

Tapia, en fin, prescinde de toda referencia tanto al *Fuero Real* como a las *Partidas*, y directamente expone: “*Puede celebrarse de dos modos: el uno entregando en el acto la cosa donada, y esta se llama donación perfecta, y pertenece a los contratos reales; el otro, obligándose de palabra o por escrito a entregarlo, circunstancia que la constituye contrato verbal*”⁷⁷. Con ello, empero, más que adaptarse al pálido modelo del último de los cuerpos legales nombrados, se alinea con el *ius commune*.

IV. EL “IUS COMMUNE”, LA ESCOLÁSTICA Y EL IUSNATURALISMO

Debemos retomar ahora el orden más cronológico; eso nos conduce a la Escolástica del siglo XVI y al iusnaturalismo de ese mismo siglo y de los siguientes.

1. Entretanto, en el *ius commune*, las hesitaciones que dejaron planteadas los juristas medievales no tendieron a aminorarse, mas que en algunos autores.

a) Así, por ejemplo, Antonio Gómez (siglo XVI) describió como compatibles dos tipos de donación, con una claridad y precisión difícilmente superables: “Y tal donación es y se celebra doblemente. En un primer modo, ‘por la tradición de la cosa’. En un segundo modo, ‘por una promesa’. ‘Por tradición’, cuando alguien entrega una cosa suya a otro, por causa de donación, sin preceder

⁷⁵ ASSO, Ignacio Jordán de - MANUEL, Miguel de, *Instituciones*, cit. (n. 66), lib. II, tit. 9º, cap. 1º, § 1º, p. 175.

⁷⁶ SALA, Juan, *Ilustración*, lib. II, tit. 20º, párr. 2, cit. (n. 67), II, p. 37.

⁷⁷ TAPIA, Eugenio, *Febrero novísima*, lib. II, tit. 4º, cap. 22, cit. (n. 68), II, párr. 1, p. 461.

ninguna promesa u obligación; porque entonces de inmediato vale y se perfecciona la donación, y se transfiere el dominio y el derecho pleno sobre la cosa al adquirente, en virtud de aquel título y causa de donación. [...]. 'Por promesa', cuando alguno se obliga a dar o entregar alguna cosa por causa de donación a otro. Por la cual causa se requería según el derecho antiguo una solemne estipulación, y tal contrato se celebraba 'por palabras' [...]. Pero hoy es suficiente un nudo pacto, y así el solo consenso de las partes"⁷⁸. Gómez, pues, paladinamente reconocía los tipos real y obligacional como dos modalidades compatibles de donación.

b) Pero en el siglo siguiente, el célebre Arnoldus Vinnius (1588 - 1657), testimonia que el punto de los tipos donatorios era considerado como "muy difícil"; y afrontándolo él mismo, escribía en su influyente *Commentarius academicus* a las *Institutiones*, lo siguiente: "Ocurre aquí otra duda, a saber, si la donación es un modo de adquirir el dominio, o tan solo un título, como la compra, permuta o dote; pues la razón del método exige que digamos que es un modo de adquirir"⁷⁹; mas D. [Dig. por error, pues es I. = Inst.] § *per traditionem*, 40 *de rer. div.* [Iust. Inst. = II, 1, 40] prueba por el contrario que es tan solo un título. Con todo, no es esto difícil de conciliar, pues la palabra donación se toma en dos sentidos; o bien propiamente por la misma donación, cuando por liberalidad entregamos alguna cosa a alguien, y por la tradición la transferimos al que la recibe, de modo que a la vez comprenda la causa de entregar y la entrega misma [...]. O bien por metonimia se toma la donación por la convención, cuando uno promete dar una cosa por causa de donación [...]. Tomada del primer modo, la donación es un modo de adquirir el dominio; pero del segundo, no produce dominio, sino tan solo obligación, considerándose como contrato y título. Muchos se empeñan en presentar esto como un punto muy difícil"⁸⁰. Claro que el anotador de Vinnius, el no menos célebre Johannes Heineccius

⁷⁸ GÓMEZ, Antonio, *Variae resolutiones iuris civilis. Romani et regii* (Lugduni, 1701), lib. II, cap. 4º, núm. 1, p. 243: "*Et talis donatio sit et celebratur dupliciter. Primo modo, traditione rei. Secundo modo, promissione. Traditione, quando nulla praecedente promissione vel obligatione quis tradit rem suam alteri, causa donationis; quia tunc statim valet, et perficitur donatio et transit dominium, et plenum jus rei in accipientem ex illo titulo et causa donationis. [...] Promissione, quando quis se obligavit alteri ex causa donationis dare, vel tradere aliquam rem. Qua causa de jure antiquo requirebatur sollemnis stipulatio; et talis contractus celebrabatur verbis [...]. Hodie tamen sufficit pactum nudum, et sic solo consensu partium*".

⁷⁹ Vinnius se refiere a que en las *Institutiones* la donación aparece como un modo de adquirir (Iust. Inst. II, 7 pr.).

⁸⁰ VINNIUS, Arnoldus, *Comentario académico y forense [...] a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano*, a la rúbr. Del lib. II, tit. 7º, párr. 2 (traducción castellana de J. P. y B., Barcelona, D. J. Oliveres, 1867), I, pp. 379 s. El *Commentarius* de Vinnius fue editado por primera vez en 1642; la segunda y única edición revisada por el autor apareció en 1655. Desde 1665 se lo editó con notas del propio Vinnius que antes había publicado separadamente. En 1727, el jurista alemán Johannes Heineccius hizo una edición anotada por él mismo, de la cual J. P. y B. publicó una traducción en 1846 - 1847 y en 1867; esta última es la aquí citada. Para todo: FEENSTRA, R. - WAAL, C. J. D., *Seventeenth-Century Leyden Law Professors and their Influence on the Development of the Civil Law. A Study of Bronschorst, Vinnius und Voet* (Amsterdam - Oxford, 1975), pp. 30 - 31, 55, 62.

(1681 - 1741) escribió al comienzo de su nota sobre el pasaje anterior: “No sé si nuestro autor ha aclarado bastante la cosa”⁸¹. El mismo, por lo demás, había escrito en sus *Elementa juris civilis* (1725): “Otro modo de adquirir el dominio de derecho civil se llama donación. Pero hoy no es modo de adquirir el dominio, sino título”⁸². El mismo Vinnius criticará más adelante a ciertos autores (Concius y Gudelinus) en cuanto pensaban que Justiniano había dispuesto que la donación se perfeccionase por solo el consentimiento nudo, que no solo obligaría al donante a entregar al donatario la cosa aun no entregada, sino también que generaría una acción real para este último, como si por el pacto nudo hubiese adquirido el dominio⁸³.

El comentario de Vinnius muestra el punto a que había llegado el *ius commune*, en orden a interpretar el régimen descrito por Justiniano en sus constituciones recogidas en el *Codex*, resumido en las *Institutiones* y reiterado en la Novela 162, mirado, a su vez, bajo la óptica de los glosadores y comentaristas. Dos personas pueden ponerse de acuerdo en dar y recibir una cosa *donandi causa*; si vale 500 *solidi* o menos la cosa, ese acuerdo es suficiente que sea consensual; si vale más, debe ser insinuado, esto es, reducido a escrito y protocolizado en las actas públicas. Ahora bien, el destino posterior de la operación dependerá de que ocurra con la tradición de la cosa. Si al acuerdo (consensual o escrito) sigue inmediatamente la tradición, entonces quiere decir que las partes optaron por el tipo real. Si, en cambio, no sigue aquella, es porque optaron por el tipo obligacional, que da una acción al donatario para exigir la tradición. Es esto lo que dice Vinnius con las palabras antes transcritas, y que repetimos: “[...] la palabra donación se toma en dos sentidos; o bien propiamente por la misma donación, cuando por liberalidad entregamos alguna cosa a alguien, y por la tradición la transferimos al que la recibe, de modo que a la vez comprenda la causa de entregar y la entrega misma [...]. O bien por metonimia se toma la donación por la convención, cuando uno promete dar una cosa por causa de donación [...]. Tomada del primer modo, la donación es un modo de adquirir el dominio; pero del segundo, no produce dominio, sino tan solo obligación, considerándose como contrato y título”. Como se verá en cada lugar, este esquema ha de repetirse varias veces en la historia posterior, y llegará incluso a la codificación.

Después de comentar Vinnius que la donación se perfecciona por la aceptación del donatario, expresa, si bien confundiendo algo las cosas que antes parecía haber aclarado: “La perfección, empero, de que aquí se trata solo es el primer grado de ella, sin que por la misma el donatario adquiriera otra cosa que la obligación y la acción, mas no el dominio de la cosa donada, pues la donación solo se perfecciona y consume verdadera y plenamente por la prestación de lo prometido. [...]. Con todo, Justiniano parece haber querido indicar en este lugar que él

⁸¹ *Ibid.*, p. 380.

⁸² HEINECCIUS, Johannes, *Elementa juris civilis*, lib. II, tit. 7º, § 454 (Barcelona, 1836), I, p. 320: “*Alter modus acquirendi dominii juris civilis dicitur donatio. At hodie non est modus acquirendi dominii, sed titulus*”

⁸³ VINNIUS, Arnoldus, *Comentario académico*, cit. (n. 80), ad Inst. II, 7, 2 *perficiuntur autem, cum donator voluntatem suam*, párr. 3 (II, p. 386).

mismo estableció que solo por nudo pacto produjera obligación la donación [...], contra la regla general del derecho antiguo [...]. Así, pues, la donación se perfecciona por la tradición y prestación de la cosa donada, que es la verdadera perfección; y ni se dice donación propiamente hasta tanto que se haya dado o entregado la cosa, pues, según manifestamos al principio del título, la palabra donación propiamente significa la misma tradición de la cosa, y puede empezar desde la misma tradición, sin que la preceda convención ninguna, o bien desde la convención, con la cual se dice que se perfecciona, solo en cuanto por ella el donante está tenido a entregar la cosa, y el donatario consigue una acción personal para reclamar la misma. Antiguamente solo hubo una convención de esta especie, a saber, la estipulación; pero Justiniano dio la misma fuerza al pacto nudo [...]; por lo que hoy el pacto de la donación es un pacto legítimo [...]"⁸⁴.

En el punto concerniente a si el pacto donatorio vale solo con palabras de presente o también de futuro, Vinnius declara: "No, empero, de cualquier pacto interpuesto por causa de donación quiso Justiniano que naciese obligación, sino tan solo de aquel por el que uno dice que dona con palabras de presente, no para lo futuro; por ejemplo, si dijera 'te doy cien áureos [...]. Pero si uno prometiére con pacto que donará alguna cosa, quedará subsistente el derecho antiguo sin que nazca obligación de semejante pacto nudo [...]"⁸⁵. O sea, en términos algo diferentes a como había planteado Azo el asunto⁸⁶.

2. Así las cosas en el *ius commune*, tímidamente claras solo con gran esfuerzo y buena voluntad, iniciamos nuestro examen con Luis de Molina (1535 - 1600) y su gran tratado *De justitia et jure* (publicada entre 1593 y 1609)⁸⁷, debido a la notable influencia que ejerció en Grotius y, por ende, en los posteriores. El punto de partida de Molina es la justicia⁸⁸ que él, sobre conocidas bases aristotélico-tomistas, divide en general y particular⁸⁹, y esta última, en conmutativa y distributiva⁹⁰. La justicia distributiva, a su vez, viene repartida según los bienes en que recae, y Molina comienza con la justicia relativa a los bienes externos⁹¹. Tal justicia queda montada sobre la idea de *dominium*⁹², a cuyo estudio Molina destina una suerte de parte o exposición general integrada por la doctrina de los derechos de uso, usufructo, enfiteusis, feudo, superficie, servidumbres prediales y de la posesión, bajo la perspectiva de que todas estas figuras, aunque posean autonomía dogmático-técnica, son partes integrantes del dominio⁹³. A esta que hemos llamado parte o exposición general siguen dos, construidas sobre la base de la clasificación del dominio aceptada por Molina, en dominio de jurisdicción

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 1 (II, p. 386).

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 2 (II, p. 386).

⁸⁶ Véase más arriba I, 4.

⁸⁷ Aquí usamos: MOLINA, Luis de, *De justitia et jure* (Coloniae Allobrogum, 1759).

⁸⁸ MOLINA, Luis de, *De justitia et jure*, tract. I, explicación preliminar a la disput. 1.

⁸⁹ *Ibid.*, tract. I, disput. 1.

⁹⁰ *Ibid.*, tract. I, disput. 12.

⁹¹ *Ibid.*, tract. II: *De contractibus*.

⁹² *Ibid.*, tract. II, disput. 3.

⁹³ *Ibid.*, tract. II, disput. 5 - 21.

y de propiedad; subdividido el primero en eclesiástico y secolar, y el segundo en público y privado⁹⁴. El dominio de jurisdicción se identifica con el poder político; y el privado de propiedad es el dominio romano de derecho privado, vale decir, aquel sobre las cosas corporales.

Este último es desarrollado por Molina a través de los siguientes temas: esclavitud, como dominio sobre personas⁹⁵; modos originarios de adquirir el dominio de cosas (ocupación, prescripción, guerra)⁹⁶; modos de adquirir por voluntad del anterior dueño (testamento, sucesión intestada, figuras conexas, como la tutela y la curaduría, la patria potestad)⁹⁷; y modos de adquirir por voluntad recíproca del dueño y del adquirente⁹⁸. Este último punto es el lugar del contrato. Para verlo mejor, podemos reducir las partes concernientes al derecho privado del sistema expuesto a esquema, y entonces resulta el siguiente:

```

Derecho
  Dominio
    Modos de adquirir
      Sin la voluntad
      Por la voluntad
        Testamentos
        Contratos
  
```

El contrato empieza a ser expuesto en la *disputatio* 252 del *tractatus* II del *De justitia et jure*. La secuencia de estas *disputationes*, hasta donde nos interesa, es la siguiente: las *disput.* 252 a 260 quedan reservadas al estudio de los conceptos generales: pacto y contrato (*disput.* 252), pactos desnudos y vestidos (*disput.* 255), el efecto obligatorio o no de cada uno (*disput.* 252, 255, 257, 258), y clasificación de los contratos (*disput.* 253, 254, 259).

La *disput.* 261 trata de los sujetos capaces de contratar. Con la *disput.* 262 se da curso a la exposición de los contratos en particular, que empieza con la promesa gratuita o donación promisorias (*disput.*s. 262 - 272), seguida de la donación real (*disput.* 273 - 292). A continuación, vienen los demás contratos gratuitos: comodato (*disput.* 294 a 297), precario (*disput.* 298) mutuo (*disput.* 299), etcétera.

Esta doble distribución había sido previamente justificada por Molina. En las *disputationes* destinadas al tratamiento de los conceptos contractuales generales, él había establecido que la donación pertenece a la categoría de los contratos que se perfeccionan por la entrega de la cosa (*qui re ipsa traditione ve perficiuntur*), que hoy llamamos reales, porque “antes de la tradición de la cosa no se entiende perfecto el contrato de donación”⁹⁹. Pero también había recono-

⁹⁴ *Ibid.*, tract. II, *disput.* 21.

⁹⁵ *Ibid.*, tract. II, *disput.* 32 - 40.

⁹⁶ *Ibid.*, tract. II, *disput.* 41 - 123.

⁹⁷ *Ibid.*, tract. II, *disput.* 124 - 251.

⁹⁸ *Ibid.*, tract. II, *disput.* 252 ss.

⁹⁹ *Ibid.*, tract. II, *disput.* 255, núm. 14 (II, p. 9): “ante traditionem rei non censetur perfectus contractus donationis”.

cido otra donación, bajo la forma de promesa¹⁰⁰: “Como se dijo [...] la donación se considera perfecta y toma el carácter de contrato nominado, cuando se hace la tradición de la cosa que se dona y es aceptada [...]. Por tanto, la donación, tomada en este sentido, se distingue de la promesa aceptada y que obliga al cumplimiento, por cuanto la donación transfiere el dominio al donatario por intervenir la tradición; mientras que en la promesa aceptada no es lo mismo, sino que solo atribuye al donatario un derecho a la cosa [*ius ad rem*] a él prometida [...]. Pero algunas veces se toma la donación en sentido lato, de modo que también comprenda la promesa gratuita antes de su cumplimiento [...].”¹⁰¹. Como consecuencia de estos conceptos, el primer contrato particular que Molina expone ampliamente es la *promissio*, o sea, la donación obligacional¹⁰²; para enseguida entrar en la donación real.

En cuanto a la justificación de haber tratado Molina la donación entre los contratos, ella se encuentra en el concepto de contrato que él manejaba.

Molina reconoce tres sentidos en la palabra *contractus*. El primero, y más propio, es el de “pacto del cual nace una obligación para una y otra parte”¹⁰³. De acuerdo con ello, dice, la compraventa es un contrato, porque el vendedor y el comprador se obligan recíprocamente, pero no la promesa aceptada, porque con ella solo se obliga el promitente. El segundo sentido, más amplio, pero menos propio de contrato es el de “todo pacto del cual nace obligación, al menos para una parte”¹⁰⁴. De acuerdo con esta acepción, la donación real, que empieza por la tradición de la cosa, no es contrato, porque con ella no se obligan el donante ni el donatario. Pero la donación que se hace por promesa sí lo es, porque el promitente donante se obliga. En tercer lugar, *contractus* tiene un sentido más extenso aun y menos propio, de “cualquier pacto, sea que se origine de él una obligación, sea que no”¹⁰⁵. En este sentido, tanto la donación real, como aquella promisorias son contratos; pero también, la remisión de deudas, que lejos de crear obligaciones, las extingue. Son, pues, las segunda y tercera acepciones las que justifican el emplazamiento de la donación entre los contratos.

¹⁰⁰ A mayor abundamiento, cuando Molina enseña la doctrina de los pactos nudos, advierte que a veces un pacto de ese género puede producir obligación y acción por privilegio del derecho, cual es el caso de la donación, pues “hoy, no obstante, por el derecho del Código [sc. de Justiniano], del nudo pacto de donación se origina una obligación civil y se da acción [...]” (“[...] *hodie tamen de jure Codicis ex pacto donationis nudo civilis oritur, obligatio et datur actio [...]*.”) (Ibid., disput. 255, núm. 8, II, p. 11). Con esto, por cierto, Molina alude al *contractus donationis* introducido por Justiniano.

¹⁰¹ Ibid., disput. 273, núms. 1 - 2, II, pp. 52: “*Ut [...] dictum est, donatio tunc est perfecta, rationemque fortitur contractus nominati, quando fit traditio rei, quae donatur, et acceptatur: [...]. Donatio ergo hoc modo sumpta, differt a promissione acceptata atque obligante ad impletionem, quod donatione transfertur dominium in donatarium, eo quod interveniat traditio, promissio vero acceptata, non item, sed solum comparat donatarius jus ad rem sibi promissam. [...]. Interdum vero sumitur donatio late, ut etiam gratuitam promissionem, antequam impleatur, comprehendat [...]*”.

¹⁰² Ibid., II, disput. 262 (p. 23).

¹⁰³ Ibid., II, disput. 252 (p. 4): “*pactum ex quo ultro citroque oritur obligatio*”.

¹⁰⁴ Ibid.: “*pro omni pacto, ex quo oritur obligatio, saltem ex altera parte*”.

¹⁰⁵ Ibid., (p. 5): “*pro quocumque pacto, sive ex eo oriatur obligatio, sive non*”.

3. Si ahora pasamos al *De iure belli ac pacis* (1625) de Hugo Grotius (1583 - 1645), las cosas no cambian en parte con respecto a Molina. En las zonas necesarias para llegar al punto que nos interesa, el sistema de derecho privado que este autor presenta en el libro II de aquella obra, es el siguiente¹⁰⁶:

1	Iniuria
2	nondum facta
3	iam facta
4	ut reparetur
5	id quod nostrum est vel fuit
6	id quod nobis debetur
7	ex pacto
8	promisiones
9	contractus
10	ex maleficio
11	ex lege
12	ut puniatur

A diferencia del sistema general, cuyo punto de partida es el *ius (belli)*, igual que el *ius* lo es en las *Institutiones*, en el libro II el punto de partida de Grotius es el de las causas de la guerra (*causae belli*), que él reduce a la *iniuria* (fila 1)¹⁰⁷. Enseguida, gracias a una analogación de la guerra con las acciones forenses¹⁰⁸, concluye que éstas, y por ende las guerras, se originan en una injuria aun no inferida (fila 2), o sea, en la amenaza de injuria (*ob iniuriam nondum factam*), o en una injuria ya inferida (fila 3: *ob iniuriam iam factam*)¹⁰⁹. El primer grupo no nos interesa. El segundo grupo lo divide Grotius según su fin: para reparar (*ut reparetur*) la injuria (fila 4) y para sancionarla (fila 12: *ut puniatur*). A su vez, la reparación mira: i) a “aquello nuestro” (*id quod nostrum*) “que es” (*est*) o “que lo fue” (*vel fuit*) (fila 5), de donde las *vindicationes* de lo que es nuestro y ciertas *conditiones* de lo que fue nuestro; y ii) a “aquello que nos es debido” (*id quod nobis debetur*) (fila 6), lo cual deriva “ora de pacto (fila 7), ora de delito (fila 10), ora de la ley” (fila 11) (*sive ex pactone, sive ex maleficio, sive ex lege*). De esta manera Grotius finaliza el tratamiento de la *iniuria ut reparetur*. Le resta todavía el de la *iniuria ut puniatur*; a la que entra en el capítulo 20: *De poenis*. En él se expone, en consecuencia, el que podríamos denominar “derecho penal o criminal”¹¹⁰.

¹⁰⁶ Sobre lo que sigue, puede verse: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La sistemática del derecho privado en el “De iure belli ac pacis” de Hugo Grotius*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 26 (Valparaíso, 2004), pp. 157 - 186.

¹⁰⁷ GROTIUS, *De iure belli*, lib. II, cap. 1, párr. 1 [4] (ed. De Kanter-van Hettinga, B. J. A., Lugduni Batavorum, Brill, 1939, reimp. Aalen, Scientia, 1993, p. 169): “*Causa iusta belli suscipiendi nulla esse alia potest, nisi iniuria*” (“Ninguna otra puede ser la justa causa de padecer una guerra que la injuria”).

¹⁰⁸ GROTIUS, *De iure belli*, lib. II, cap. 1, párr. 2 [1] (p. 170): “*Ac plane quot actionum forensium sunt fontes, totidem sunt belli: nam ubi iudicia deficiunt incipit bellum*” (“Y claramente, tantas son las fuentes de las acciones forenses, cuantas son las de la guerra, pues en donde terminan los juicios empieza la guerra”).

¹⁰⁹ GROTIUS, *De iure belli*, lib. II, cap. 1, párr. 2 [1] (Ibíd., p. 170).

¹¹⁰ Todo en GROTIUS, *De iure belli*, lib. II, cap. 1, párr. 2 [1] (Ibíd., p. 170).

Dentro del campo de la *iniuria iam facta ut reparetur* (fila 4) constituido por “aquello que nos es debido” (*id quod nobis debetur*) (fila 6), y que deriva, como vimos, “ora de pacto, ora de delito, ora de la ley” (*sive ex pactione, sive ex maleficio, sive ex lege*) (filas 7 - 11), nos interesa el sector preciso de “aquello debido en virtud de pacto” (fila 7). Para Grocio, bajo el concepto de *pactum* ingresan las *promisiones* (fila 8) y los *contractus* (fila 9). A cada uno dedica un capítulo del libro II, el capítulo 11º: *De promissis*, y el 12º: *De contractibus*. Está claro que, para Grotius, las promesas y los contratos pertenecen al género de los pactos; pero él no explica en el capítulo 11º cuál sea su diferencia. La explicación la encontramos en el capítulo 12º.

1	Actus humanorum qui ad aliorum hominum utilitatem tendunt (sunt):
2	simplices
3	benefici
4	meri benefici
5	* in praesens absolvuntur
6	* in futurum promittent (promisiones tum dandi, tum faciendi)
7	cum mutua obligatione
8	permutatorii
9	diremtorii
10	do ut des
11	facio ut facias
12	facio ut des
13	communicatorii
14	compositi

Ahí Grotius divide los actos humanos que tienden a la utilidad de otros (fila 1: “*actus humanorum qui ad aliorum hominum utilitatem tendunt*”)¹¹¹, en “simples” (fila 2) y “compuestos” (fila 14); y los simples aparecen distribuidos en *benefici* (fila 3: gratuitos) y *permutatorii* (fila 8: onerosos)¹¹².

Los *benefici*, a su vez, se subdividen en *meri benefici* (fila 4) y *cum mutua obligatione* (fila 7). Los actos *meri benefici*, bien atribuyen algo en el presente (fila 5: *in praesens absolvuntur*), como la donación real; bien obligan hacia el futuro (fila 6: *in futurum promittent*), como las “*promisiones tum dandi, tum faciendi*”, “de las cuales ya tratamos” (“*de quibus iam iam egimus*”)¹¹³. Esta última referencia es, por cierto, al capítulo 11º sobre las promesas. Los actos benéficos con obligación mutua (fila 7) consisten en proporcionar una cosa en favor de otro pero sin alienación de la misma, tal cual ocurre en el comodato; o en operar un hecho en favor de otro, del que se sigue algún efecto, como en el mandato y en el depósito¹¹⁴.

En lo concerniente a los actos *permutatorii* u onerosos (fila 8), ellos, ora separan a las partes (fila 9: *diremtorii*), ora las reúnen en comunión (fila 13: *communicatorii*). Los primeros son de tres clases (filas 10 - 12): “doy para que

¹¹¹ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 1 (Ibid., p. 341).

¹¹² GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 2 (Ibid., p. 341).

¹¹³ GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 2 (Ibid., p. 341).

¹¹⁴ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 2 (Ibid., p. 341).

des (*do ut des*), “hago para que hagas” (*facio ut facias*) y “hago para que des” (*facio ut des*)¹¹⁵. Los segundos comunican cosas o hechos, o bien ambos para una común utilidad, como ocurre en las sociedades¹¹⁶.

Los actos compuestos o mixtos (fila 14), que combinan los caracteres de los benéficos y de los permutatorios, lo son por vía principal o por accesión de otro. Así, cuando, sabiendo y queriendo el comprador, paga por una cosa más de lo que vale, se tiene una compra y una donación, o si se paga a un artifice para que confeccione un anillo con materia suya, hay compra y arrendamiento, etcétera. La composición por vía accesoria se produce en las cauciones reales y personales, que si bien son gratuitas, por acceder a actos permutatorios siguen el régimen de estos¹¹⁷.

Grotius termina afirmando que: “todos los actos útiles a otros, excepto los meramente benéficos, se llaman contratos”¹¹⁸.

Bien observada esta abstrusa clasificación, al parecer de inspiración ramística en la forma¹¹⁹, su eje está en la división de actos benéficos y permutatorios, que corresponde a la de gratuitos y onerosos. A su vez, los actos conmutativos o permutatorios prácticamente se agotan en las categorías *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* (*actus diremtorii*), pues el otro extremo, vale decir, el de los *actus communicatorii* de hecho se llena solo con el contrato de sociedad.

En consecuencia, la clasificación de Grotius en realidad se reduce a algo bien simple, cuando eliminamos la categoría de los *actus compositi*, de modo de quedar aquélla reducida a esto:

Actus
 Benefici
 Permutatorii (contractus)

Por promesa, Grotius entiende al acto obligacionalmente unilateral fundado en liberalidad, o sea, a las donaciones promisorias y a las promesas gratuitas de hacer, en oposición a los contratos, que son siempre onerosos¹²⁰. De hecho, pues, en Grotius, los actos onerosos, que son los verdaderos contratos, casi coinciden con los viejos *contractus innominati* del derecho común. En consecuencia, en él, las categorías de oneroso y gratuito no sirven para dividir a los contratos, sino para distinguir a éstos de los no-contratos. Así, las donaciones propiamente no son contratos, atendido el concepto estricto con que él define este concepto, en orden a exigirles onerosidad, de que las donaciones, por cierto, carecen. A

¹¹⁵ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 3 (Ibíd., p. 341).

¹¹⁶ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 4 (Ibíd., p. 343).

¹¹⁷ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12, párr. 5 (Ibíd., p. 343).

¹¹⁸ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 12 párr. 7 (Ibíd., p. 344): “*omnes autem actus aliis utiles, extra mere beneficos, contractuum nomine appellantur*”

¹¹⁹ Sobre esto, véase: GUZMÁN, Alejandro, *La sistemática del derecho privado*, cit. (n. 106), pp. 173 - 179.

¹²⁰ Ibíd., párr. 8 (p. 344): “Pues, todos los actos útiles a otros, fuera de los meramente benéficos, se llaman con el nombre de contrato” (“*Omnes actus aliis utiles extra mere beneficos contractuum nomine appellantur*”).

salvo esto, empero, ellas pertenecen al campo de los “pactos” que es el concepto más amplio dentro el cual Grotius incluye a las promesas y a los contratos. Ahora bien, los pactos son la primera fuente de las deudas. El esquema se ve entonces así:

Id quod nobis debetur
 ex pacto
 Promisiones (donatio)
 contractus

En síntesis, en Grotius la donación tiene, como en Molina, una fisonomía obligacional (promesa) y real; pero difiere de aquel en que ninguno de ambos casos integra la categoría del contrato, aunque sí la más amplia de los pactos.

4. También Samuel Pufendorf (1632 - 1694) adoptó la distinción gratuito - oneroso como eje central en su sistema, pero, en contra de Grotius, él incorporó los actos gratuitos en el interior del concepto de contrato. Examinemos la obra principal de Pufendorf, es decir, su *De iure naturae et gentium* (1672), en donde el derecho privado aparece expuesto en los libros II, III y IV, según un orden que viene explicado en el párrafo 24 del capítulo 3º del libro II:

Divisiones derivadas de las explicaciones contenidas en el lib. II, cap. 3, párr. 24	Rúbricas de los capítulos de los libros II, III y IV
--	--

[Partitio iuris naturalis] Lib. II, cap. 3, § 24	[quomodo quis sese debeat gerere adversus seipsum] (II, 3, § 24)
	De praestationibus hominis adversus seipsum, tam circa culturam animi, quam curam corporis et vitae (Lib. II, cap. 4)
	De defensione sui (II, 5)
	De iure et favori necessitatis (II, 6)
[quomodo quis sese debeat gerere adversus alios] (II, 3, § 24)	[precepta absoluta] (II, 3, § 24)
	Ut nemo laedeatur et si quod damnum fuit datum, reparetur (III, 1)
	Ut omnes homines pro aequalibus naturaliter habeantur De promiscuis officiis humanitatis (III, 2)
	[precepta hipotética] (II, 3, § 24)
	[ad sermonem] (II, 3, § 24)
	De servanda fide, ubi etiam de divisionibus obligationum (III, 4)
	De natura promissorum et pactorum in genere (III, 5)
	De consensu circa promissa et pacta adhibendo (III, 6)
	De materia promissorum et pactorum (III, 7)
	De conditionibus promissorum (III, 8)
	De ministris obligationum contrahendarum in genere (III, 9)
	De sermone et quae eundem comitatur obligatione (IV, 1)
	De iureiurando (IV, 2)
[ad dominia rerum earumque pretia] (II, 3, § 24)	[ad dominia rerum earumque pretia] (II, 3, § 24)
	De facultate humani generis in res (IV, 3)
	De origine dominii (IV, 4)
	De obiecto dominii (IV, 5)

- De occupatione (IV, 6)
- De acquisitionibus accessionum (IV, 7)
- De iure in res alienas (IV, 8)
- De translatione domini in genere (IV, 9)
- De testamentis (IV, 10)
- De successione ab intestato (IV, 11)
- De usucapione (IV, 12)
- De obligatione quae ex dominio rerum per se oriuntur (IV, 13)
- De pretio (V, 1)
- De contractibus qui pretia rerum praesupponunt in genere (V, 2)
- De aequalitate in contractibus onerosis observanda (V, 3)
- * De contractibus beneficis in specie (V, 4)
- De contractibus onerosis in specie et primo quidem de permutatione, emptione venditione (V, 5)
- De locatione conductione (V, 6)
- De mutuo (V, 7)
- De societate (V, 8)
- De contractibus qui aleam continent (V, 9)
- De pactis accessoriis (V, 10)
- Quibus modis solvantur obligationes quae ex pactis oriuntur (V, 11)
- De interpretatione (V, 12)
- De modo litigandi in libertate naturali (V, 13)
- [ad humanum imperium] (II, 3, § 24)
- De matrimonio (VI, 1)
- De potestate patria (VI, 2)
- De potestate herili (VI, 3)

Cierto es que Pufendorf, desprendido del complejo armazón grociano, comienza su división de los contratos directamente en *unilateres* y *bilateres*¹²¹; *reales*, *consensuales*, *literales et verbales*¹²²; y *nominati et innominati*¹²³. Pero, después de esta última clasificación, dice: “La distinción de los contratos en benéficos y onerosos es en primera línea congruente con nuestro propósito”¹²⁴. Los primeros atribuyen una ventaja gratuita a una de las partes contratantes, como en el mandato, el comodato y el depósito; los segundos imponen una carga igual a una y otra parte¹²⁵. En seguida, Pufendorf divide los contratos onerosos en cuatro tipos: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* y *facio ut facias*¹²⁶, vale decir, en los viejos *contractus innominati* de la jurisprudencia medieval. Pero Pufendorf no presenta esta cuatripartición bajo el concepto de tales contratos, sino directamente como una división de los onerosos. De los innominados, tanto como de

¹²¹ PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium*, lib. V, cap. 2, § 5 (ed. Francofurti et Lipsiae, 1759, reimp. Anast. Frankfurt, Minerva, 1967, I, p. 694).

¹²² *Ibid.*, § 6 (I, pp. 694 s.).

¹²³ *Ibid.*, § 7 (I, p. 696).

¹²⁴ *Ibid.*, § 8 (I, p. 696): “*Nostro proposito cumprimis congruit distinctio contractuum in beneficis et onerosos*”.

¹²⁵ *Ibid.*, § 8 (I, pp. 696 s.).

¹²⁶ *Ibid.*, § 9 (I, pp. 691 s.).

los nominados, y sin aludir a dicha cuatripartición aún, había hablado precedentemente como de algo del pasado. Pufendorf, pues, se reservó la cuatripartición para dar contenido a la categoría de los contratos onerosos.

Ahora bien, entre los contratos gratuitos (benéficos), Pufendorf no incluye a la donación¹²⁷, pues solo menciona, como se vio, al mandato, al comodato y al depósito. La razón de excluir la donación es la misma de Grotius: Pufendorf confunde la donación con la promesa y el pacto, de los cuales trata en un lugar muy alejado: en el libro III, capítulos 5º a 8º. Para él, la promesa es una declaración en orden a obligarse gratuitamente a dar o a hacer, mientras el pacto es lo mismo, pero aceptado por el destinatario: “Consta, pues, que las obligaciones adventicias¹²⁸ provienen de un acto, bien [en gr.] unilateral, bien [en gr.] bilateral, de los cuales aquél es una promesa gratuita, éste un pacto”¹²⁹. Por el contrario, se llama contrato “al que versa acerca de las cosas y acciones que entran en el comercio, y que por ello presuponen el dominio y precio de las cosas”¹³⁰.

Ahora bien, aunque la promesa (donación) versa sobre cosas por dar (y sobre hacer), lo cual afecta al dominio de las cosas, no supone, empero, el precio de las cosas dadas, desde que no hay, ni contraprestación con la cual compararlas, ni restitución de las mismas por el donatario. Siendo irrelevante el precio, la promesa (donación) no puede ser contrato. Aunque todo esto Pufendorf lo deja en la penumbra sin declararlo, nos parece que tal es la explicación de por qué la donación no integra la categoría del contrato.

De todos modos resulta claro que la donación es para Pufendorf, igual que para Grotius, un acto obligacional, pues tal es el efecto de una promesa: crear obligaciones. Pero hay una diferencia con Grotius de gran importancia: Pufendorf desconoce la donación real.

5. Podemos pasar ahora a Christian Wolf (1679 - 1754) para dar una mirada a sus *Institutiones juris naturae et gentium* (1754).

De la donación, Wolf habla en el capítulo 9º: *De actibus mere beneficis in praesens absolutis*, de la parte II de sus *Institutiones*. El esquema general en el que se inserta ella es el siguiente:

¹²⁷ De lo que se sorprende su traductor y anotador Jean BARBEYRAC, *Le droit de la nature et des gens* lib. V, cap. 4, § 1 (Amsterdam, 1734), II, p. 43 [42] n. 1. Lo mismo en la ed. latina aquí usada (lib. V, cap. 2, párr. 8, I, p. 691 n. 1).

¹²⁸ Las obligaciones adventicias son las que nacen de un hecho humano, que implica consenso expreso o presunto, en oposición a las obligaciones innatas (*connatae*), o que inhiere naturalmente en todo hombre por el hecho de ser tal: PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium*, lib. III, cap. 4, § 3 (I, p. 359).

¹²⁹ *Ibid.*, lib. III, cap. 5, § 1 (I, p. 367): “*Provenire igitur obligationes adventitias constat ex actu vel monopole'uro vel dipole'uro, quorum ille promissio gratuita, hic pactum est*”. La uni- o bilateralidad alude aquí a la estructura del acto, no a la unidad o reciprocidad de las obligaciones, de modo que, obligacionalmente hablando, las promesas y los pactos son siempre unilaterales. De los contratos uni- y bilaterales, en cambio, habla en el lib. V, cap. 2, § 5 (I, p. 694).

¹³⁰ *Ibid.*, lib. V, cap. 2, § 4 (I, p. 693): “[...] *ut contractus vocentur, qui versantur circa res et actions in commercium venientes, adeoque dominia et pretia rerum praesupponunt*”.

- Pars I: De jure naturae in genere et officiis erga seipsum, erga alios et erga Deum
 Pars II: De dominio et juribus atque obligationibus inde nascentibus
 Cap. I: De communione primaeva et origine domini
 Cap. II: De modo originario acquirendi rerum dominium
 Cap. III: De obligationibus et juribus ex dominio oriundis
 Cap. IV: De jure ex communione primaeva residuo
 Cap. V: De modo acquirendi derivativo
 Cap. VI: De animi sui sensis alteri significandi
 Cap. VII: De modo sese alteri obligandi, seu promissis et pactis in genere
 Cap. VIII: De usucapione et praescriptione
 * Cap. IX: De actibus mere beneficis in praesens absolutis
 Cap. X: De pretio rerum et pecunia
 Cap. XI: De actibus beneficis obligatoriis seu contractibus beneficis
 Cap. XII: De actibus permutatoriis seu contractibus onerosis
 Cap. XIII: De contractibus qui aleam continent
 Cap. XIV: De quasi contractibus
 Cap. XV: De jure in re aliena constituto seu pignore et servitute
 Cap. XVI: De dominio utili ac inprimis feudo
 Cap. XVII: Quomodo obligatio ex contractu tollatur
 Cap. XVIII: De modo finiendi lites in statu naturali
 Cap. XIX: De interpretatione
 Cap. XX: De mortuis et nondum natis
 Pars III: De imperio et obligationibus atque juribus inde nascentibus
 Sectio I: De imperio privato
 Sectio II: De imperio publico seu jure civitatis
 Pars IV: De jure gentium
 [...]

Debemos examinar los conceptos involucrados en la expresión *actus mere benefici in praesens absoluti* que da la rúbrica del capítulo 11º, para entender por qué la donación hace parte de ellos.

Por *actus beneficis*, Wolf entiende a “aquel del cual tan solo uno percibe utilidad, mientras el otro nada recibe a su vez”¹³¹. Al *actus beneficis* se opone el *actus permutatorius* “en el cual una y otra parte es constreñida a dar algo o a hacer”¹³². En otras palabras, se trata aquí de la distinción de actos a título gratuito y oneroso. El *actus beneficis* se divide en *mere beneficis*, cuando a él “*nulla adhaeret obligatio perfecta*”, y *obligatorius*, al cual “*obligatio perfecta adhaeret*”¹³³. Que una *obligatio perfecta* se adhiera o no al acto significa que gesta o no alguna obligación para las partes. Independientemente de esto, un *actus mere beneficis*, puede ser de aquellos “*qui in praesens absolvitur*” o “*qui in futurum prominet*”. Los primeros son aquellos “*quo statim do alteri, vel facio*”¹³⁴; mientras que por el segundo “*me ad dandum vel faciendum alteri obligo*”¹³⁵. Dicho de otra manera, se trata de la distinción de actos reales, que consisten en dar o hacer efectivamente,

¹³¹ WOLF, Christian, *Institutiones juris naturae et gentium*, § 466 (Halaë Magdeburgicae, 1750, reimp. anast., en EL MISMO, *Gesammelte Werke*, Hildesheim, Olms, 1969, II: *Lat. Schriften*, 26, p. 250): “*ex quo unus tantummodo utilitatem percipit, alter vero nihil vicissim accipit*”.

¹³² *Ibid.*, § 467 (p. 250): “*quo utraque pars ad aliquid dandum vel faciendum adstringitur*”.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*, § 470: “por el cual doy inmediatamente, o hago”.

¹³⁵ *Ibid.*: “me obligo a dar o a hacer a otro”.

y consensuales o (solemnes) que generan la obligación de dar o hacer. La donación viene definida como una *datio gratuita*¹³⁶; y obedece a la categoría del *actus mere beneficis qui in praesens absolvitur*, porque, siendo gratuito, solo el donatario percibe utilidad, no genera obligaciones para el donante ni para el donatario, y se perfeccionan mediante la *datio* actual o de presente. Expresamente Wolf declara que la promesa de donación es donación solo al cumplirse lo prometido¹³⁷; de lo que se sigue que la promesa de donación no es donación.

Atendida esta construcción de las donaciones, y el concepto de contrato que utiliza Wolf, se sigue que aquellas no pertenecen a este género: “Los actos que producen obligaciones perfectas se llaman contratos”¹³⁸. Puesto, en efecto, que, como acabamos de ver, las donaciones consisten en daciones reales (que es, en final de cuentas, lo que significa la expresión “*actus qui in praesens absolvitur*”), lo cual excluye la donación obligacional, y supuesto que pertenecen a la clase de los *actus mere beneficis*, en cuanto a ellos “*nulla adhaeret obligatio perfecta*”, es claro que no son contratos, desde que a estos se les caracteriza por justamente producir obligaciones perfectas. Ello explica que Wolf se limite a tratarlas entre los *actus*. De los contratos, en efecto, empieza a tratar en el capítulo 11º: *De actibus beneficis obligatoriis, seu contractibus beneficis*, de la 2ª parte, párrs. 514 ss., con el comodato. El capítulo 12º pasa a hablar *De actibus permutatoriis, seu contractibus onerosis*.

Wolf implica, pues, una vuelta a Grotius. Por un lado, la donación no es contrato; por otro, él reconoce la existencia de una donación real y de un acto obligacional gratuito de dar, aunque no lo considere como donación.

6. Conviene culminar este examen del iusnaturalismo con uno de los más influyentes discípulos de Wolf, vale decir, con Daniel Nettelbladt (1719 - 1791), del cual hemos de ver su *Sistema elementare universae jurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornatum*¹³⁹. En el complejo sistema dentro del cual que el autor encierra la materia del derecho privado, la donación se ve así:

Jurisprudentia naturalis generalis

Jurisprudentia naturalis specialis

I. Jurisprudentia naturalis stricte dicta

Pars I: Jurisprudentia naturalis stricte dicta theoretica

Lib. I: Jurisprudentia naturalis civilis stricte sic dicta

Sect. I De officiis erga nos et erga alios absolutis
connexisque cum iis iuribus

Sect. II De officiis erga alios hypotheticis et iuribus cum iis connexis

Cap. I De iuribus et obligationibus successionem non concernentibus

A. Ius rerum

¹³⁶ *Ibid.*, § 475.

¹³⁷ *Ibid.*, § 66, explicación.

¹³⁸ *Ibid.*, § 514: “*Actus, qui perfectam obligationem producunt, dicuntur contractus*”.

¹³⁹ NETTELBLADT, Daniel, *Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis* (1749, Halae Magdeburgicae, 1767). Hay reproducción anastática de la edición de 1785 (Hildesheim y otras, Georg Olms Verlag, 1997), 2 vols.

- 1 a. Ius in re
 - b. Ius ad rem
 - A. De iuribus personalibus immediatis
 - B. De iuribus personalibus mediatis
 - a. Theoria generalis de pactis
 - b. De ipsis iuribus personalibus ex pactis
 - α. De ipsis iuribus personalibus ex pactis aleam non continentibus
 - Tit. I De iuribus ex pactis simplicibus obligatoriis principalibus re initis
 - 2 Tit. II De iuribus ex pactis simplicibus obligatoriis principalibus sine re initis unilateralibus
 - * Pactum donationis
 - Pactum intercessorium
 - Mandatum
 - 3 Tit. III De iuribus ex pactis simplicibus obligatoriis principalibus sine re initis bilateralibus
 - Tit. IV De iuribus ex pactis implicibus obligatoriis minus principalibus preparatoribus
 - Tit. V De iuribus ex pactis simplicibus obligatoriis minus principalibus adiectis
 - Tit. VI De iuribus ex pactis simplicibus liberatoriis
 - Tit. VII De iuribus ex pactis compositis
 - [...]
- B. Ius personarum
 - a) De statibus hominum naturalibus
 - b) De statibus hominum civilibus
- Cap. II De iuribus et obligationibus successionem concernentibus
- Lib. II Iurisprudencia feudalís

Nettelbladt trata de un *pactum donationis* (línea 3), o sea, de un acto consensual obligacional, que, por ende, obliga a dar de futuro; y no, pues, como Wolf, de un acto real, que consiste en dar de presente. Ello explica que esa materia quede situada dentro de la división “b. *ius ad rem*” (línea 1), toda ella, en sus diferentes grados inferiores, destinada al tratamiento de los *iura personalia*. Más inmediatamente, el *pactum donationis* queda inserto en un tit. II: *De iuribus ex pactis simplicibus obligatoriis principalibus sine re initis unilateralibus* (línea 2: “De los derechos nacidos de pactos simples, obligatorios, principales, unilaterales nacidos sin intervención de una cosa”), cuyo solo título ya incluye el carácter obligacional y no real, o sea, consensual¹⁴⁰. Dicho de otra manera, Nettelbladt inserta a la donación en lo que en otra terminología se llama contrato obligatorio.

¹⁴⁰ Por lo demás, Nettelbladt, Daniel, *Sistema elementare universae jurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornatum*, § 599 (5ª ed., Halle, 1785, reimp. Hildesheim y otras, Olms, 1997, I, p. 259) define la donación como “*pactum, quo unus promittit alteri, eius, quod suum est, gratuitam translationem*” (“Un pacto por el cual uno promete a otro la transferencia gratuita de lo que es suyo”), y deduce que: “*per donationem [...] dominium non*

7. Si ahora retrocedemos un poco, y pasamos al área francesa, nos encontramos con Jean Domat (1625 - 1696), y su célebre tratado *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), en donde la donación ocupa un lugar entre las convenciones, palabra esta última que para él es sinónima de contratos, tratados y pactos de cualquier naturaleza¹⁴¹. Ya en los conocidos pasajes en donde Domat introduce su doctrina de la causa, la donación aparece considerada como una convención: “4. *Les communications et les commerces pour l'usage des personnes, et celui des choses, sont de quatre sortes, qui font quatre espèces de conventions. Car ceux qui traitent ensemble [...]; ou enfin un seul fait ou donne: l'autre ne faisant ou ne donnant rien, comme lorsqu'une personne se charge gratuitement de l'affaire d'une autre, ou que l'on fait une donation par pure libéralité [...]*. 6. *Dans les donations et dans les autres contrats où un seul fait ou donne, et où l'autre ne fait et ne donne rien, l'acceptation forme la convention [...]*”¹⁴². Y la definición que Domat le asigna es la de: “*un contrat qui se fait par un consentement réciproque entre le donateur qui se dépouille de ce qu'il donne, pour le transmettre gratuitement au donataire, y le donataire qui accepte et acquiert ce qui le est donné*”¹⁴³. No es, pues, extraño, que de ella se hable en el tratado *Des engagements volontaires et mutuels par les conventions*, como se ve en este esquema:

Livre préliminaire

Tit. 1 Des règles du droit en général

Tit. 2 Des personnes

Tit. 3 Des choses

Première partie: Des engagements

Livr. I Des engagements volontaires et mutuels par les conventions

Tit. 1 Des conventions en général

Tit. 2 Du contrat de vente

Tit. 3 De l'échange

Tit. 4 Du louage et des diverses espèces de baux

Tit. 5 Du prêt à usage et du prêt à bail

Tit. 6 Du prêt et de l'usure

Tit. 7 Du dépôt et du séquestre

Tit. 8 De la société

Tit. 9 Des dots

* Tit. 10 Des donations entre-vifs

Tit. 11 De l'usufruit

Tit. 12 Des servitudes

Tit. 13 Des transactions

Tit. 14 Des compromis

Tit. 15 Des procurations, mandemens et commissions

Tit. 16 Des personnes qui exercent quelques commerces publics, et de leurs commis ou autres préposés, et des lettres de change

transferrî, sed illud demum fieri per subsecutam declarationem, de transferendo dominio” (“por la donación no se transfiere el dominio, pero aquello solo se llega a hacer por una subsiguiente declaración de transferir el dominio”). La donación, pues, exige un posterior modo de adquirir.

¹⁴¹ DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1ª parte, lib. I, tit. 1º, sec. 1ª, párr. 1 (en EL MISMO, *Oeuvres complètes*, ed. J. Rémy, Paris, 1835, I, p. 122): “*Ce mot de convention est un nom general, qui comprend toute sorte de contrats, traité et pacte de de toute nature*”.

¹⁴² DOMAT, J., *ibíd.*, 1ª parte, lib. I, tit. 1, sec. 1ª, párr. 4 (I, p. 12 - 123).

¹⁴³ DOMAT, J., *ibíd.*, 1ª parte, lib. I, tit. 10, sec. 1ª, párr. 1 (I, p. 301).

Tit. 17 Des proxenètes ou entremetteurs

Tit. 18 Des vices des conventions

Livr. II Des engagements qui se forment sans conventions

Livr. III Des suites qui s'ajoutent aux engagements ou les affermissent

Livr. IV Des suites qui anéantissent ou diminuent les engagements

Seconde partie: Des successions

El concepto que de donación ofrece Domat aparenta ser el de un acto real: “*le donateur qui se dépouille de ce qu'il donne [...] le donataire qui accepte et acquiert*”. El donante se “despoja” y el donatario “adquiere”. Sin embargo, más adelante, Domat parece hablar de un acto obligacional: “*Le second engagement du donateur [...] est d'exécuter la donation, et de délivrer la chose donnée; et il peut y être contraint par le donataire ou par ses héritiers*”¹⁴⁴. Ahora bien, este *engagement* del donante no es incompatible con un acto de naturaleza real, porque definiéndose éste como un acto que transfiere, se entiende que el dominio, resta aun el tema del traspaso físico de la posesión, que en algún caso puede ser independizado de la transferencia jurídica, como acaece en los inmuebles. Así que, en definitiva, no se sabe bien de qué hablaba Domat; y en él vemos una regresión a las ambigüedades del antiguo *ius commune*¹⁴⁵.

8. Ahora podemos concluir. En el mundo cultural que va de Molina a Domat, la donación fue concebida en todas las maneras posibles, vale decir, de una manera heterogénea. Mientras en el *ius commune* las incertidumbres sobre la dona-

¹⁴⁴ DOMAT, J., *ibíd.*, 1ª parte, lib. I, tit. 10, sec. 2ª, párr. 2 (I, p. 306).

¹⁴⁵ En Francia, desde los comienzos de la Baja Edad Media se impuso el principio que ya a mediados del siglo XIII se haya formulado en las llamadas *Assises de Jérusalem (Cour des Bourgeois*, cap. 214), bajo la fórmula “*donne ne vaut sans la saisine de la chose*” (“no vale don sin la toma de posesión de la cosa”); y que después se transformó en la fórmula más compacta de “*donner et retenir ne vaut*” (“donar y retener [sc. lo donado] no vale”), como se ve por primera vez en el artículo 44 del *Ancien coutumier* de Champagne, (c. 1300), y después en varias costumbres del siglo XVI puestas por escrito (París, artículo 160; Senlis, artículo 212; Rennes, artículo 231; Sedan, artículo 109, Orleáns, artículo 283). Tal principio es expresión de la idea de donación real: sin efectiva entrega, pues, no hay donación; lo cual implica la proscripción de la promesa *donandi causa* y del *contractus donationis*. Este principio se impuso fácilmente en los *pays de droit coutumiers*; no así en aquellos *de droit écrit*, a los que, por cierto, no eran extraños la promesa ni el contrato de donación. La resistencia de estos últimos se manifestó en el empleo de tradiciones fictas y de renunciaciones a la “excepción de cosa donada y no entregada”. Los autores se mostraron dubitativos. En el siglo XVIII el principio recibió una nueva interpretación, pues se lo entendió como si se refiriera a la idea de irrevocabilidad de las donaciones. Para todo esto, véase: OURLIAC, Paul - DE MALAFOOSE, J., *Histoire du droit privé* (París, PUF, 1968), III, pp. 466 - 467; OURLIAC, Paul - GAZZANIGA, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil* (París, A. Michel, 1985), pp. 348 - 350; LEVY, Jean-Philippe - CASTALDO, André, *Histoire du droit privé* (París, Dalloz, 2002), párrs. 1018 - 1019, pp. 1350 - 1351. La nueva interpretación antes indicada ya se ve en POTHIER, Robert-Joseph, *Coutumes des duché, bailliage et prévôte d'Orleans*, Introduction au titre XV: *Des donations faites entre-vifs et en mariage*, article préliminaire, sec. 2ª, § 1, núm. 18 [en *Oeuvres de Pothier*, ed. Bugnet (París, 1861), I, pp. 355 ss.]. Las vacilaciones de Domat, ¿no se explican en el contexto de la versión original del principio? En el fondo, el artículo 819 del código francés, cuando hace consistir la donación en que el donante “*se dépouille actuellement et irrévocablement*” de la cosa donada, refleja tanto el sentido original (“*actuellement*”), cuanto el sobrevenido (“*irrévocablement*”) del principio “*donner et retenir ne vaut*”.

ción legadas por glosadores y comentaristas continuaron en pie, Molina y Grotius la miran en su doble vertiente de acto real y obligacional, Pufendorf y Nettelbladt la consideran solo como un acto de efecto obligacional, en tanto Wolf, únicamente como un acto real, porque la promesa obligacional de dar no es donación. Domat es totalmente ambiguo.

Por otro lado, si Molina la incluye entre los contratos merced a un empleo trisemántico de esta palabra, Grotius y Pufendorf la juzgan sin más como una categoría distinta a ellos. Tampoco Wolf la observa como un contrato, y la trata bajo el concepto de “*actus*”, pero de carácter real, consistente en dar efectivamente, porque, como vimos, para él la sola promesa de dar, no es donación. En el área germánica, el primero en considerar la existencia de un “contrato obligacional de donación” (*pactum donationis*), vale decir, integrado entre los contratos, y no de naturaleza real, fue Daniel Nettelbladt. Domat, pese a su ambigüedad en el punto de la naturaleza real u obligacional de la donación, claramente la coloca entre las *conventions*, lo cual no es mucho decir, porque en ese autor todo lo que no es sucesión es convención.

V. LAS PRIMERAS CODIFICACIONES

Debemos examinar ahora cuál fue el emplazamiento que para la donación escogieron los primeros códigos civiles, y bajo qué forma jurídica la diseñaron.

1. En primer lugar, examinemos el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756). Este código aparece dividido en cuatro partes, originalmente no rubricadas¹⁴⁶, pero que corresponden a las siguientes masas de materia cada una: 1ª parte: personas y familia; 2ª parte: derechos de bienes; 3ª parte: derecho de sucesiones; y 4ª parte: derechos de obligaciones y contratos. Es precisamente en el capítulo 8º de la tercera parte, sobre sucesiones, que comparecen las donaciones entre vivos (junto a aquellas por causa de muerte), así:

Erster Theil

Zweiter Theil

Dritter Theil

Cap. 1º Von der Succession und Erbschaft überhaupt

Cap. 2º Von letzten Willen überhaupt

Cap. 3º Von Testamenten überhaupt

Cap. 4º Von privilegirt- und anderen besonderen Testamenten

Cap. 5º Von Codicillen

Cap. 6º Von Vermächnissen oder Legatis überhaupt

Cap. 7º Von allerhand besonderen Vermächnissen

* Cap. 8º Von Schenkungen unter Lebendigen und von Tod-Wegen

Cap. 9º Von gemeinen Fideicomissen

Cap. 10º Von Geschlechts- oder Familie-Fideicomissen

Cap. 11º Von bedungener Erbschaft, insonserheit von Erbschafts. Verzichten und Regress-Sprüchen

Cap. 12 Von natürliche Erbfolg oder Succession ab Intestato

Vierter Theil

¹⁴⁶ Las rúbricas le fueron impuestas posteriormente, en 1894, por Max Danzer, en su edición del código en ese año. Al respecto, véase: PÖPPERL, Peter, *Quellen und System des Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (tesis policopiada, Bamberg, 1967), p. 82.

El § 4 del cap. 8º distingue las donaciones (entre vivos) reales y convencionales. Aquellas se perfeccionan por la tradición de la cosa donada¹⁴⁷ –y por eso la donación aparece mencionada en otro lugar como uno de los posibles *titulus domini translativus*¹⁴⁸–, de modo que su efecto inmediato es hacer ganar el dominio al donatario¹⁴⁹. Las convencionales se perfeccionan por la mera promesa aceptada¹⁵⁰, de guisa que el donante queda obligado a cumplir una prestación de dar¹⁵¹. En consecuencia, el *Codex Maximilianeus* conoce la donación real y la obligacional o contractual. De acuerdo con ello, no había razón para haber emplazado ambas donaciones en la parte 3ª, sobre sucesiones, en donde efectivamente aparecen. Estrictamente, la donación contractual debió de haber sido insertada en la 3ª parte, y desde ahí haber atraído a la donación real. Por lo demás, Aloysius von Kreittmayr, el autor del código, así lo reconoció en un comentario posterior¹⁵². Pero no expresó las razones que tuvo para actuar como en final de cuentas hizo¹⁵³.

2. En seguida se nos presenta el *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1794), o sea, el código prusiano. La materia viene tratada en la sección 9ª del título 11º de su Primera parte. Tal título contiene el tema de los títulos adquisitivos del dominio consistentes en contratos entre vivos, en tanto el siguiente trata de lo mismo, mas por causa de muerte. Ambos, a su vez, aparecen en el contexto inmediato de la propiedad, que se inicia en el título 8º. En el interior del mencionado título 11º, el orden es: compraventa (sección 1ª), permuta (sección 2ª), cesión de créditos (sección 3ª), venta de la herencia (sección 4ª), contrato estimatorio (sección 5ª), contratos aleatorios (sección 6ª), mutuo (sección 7ª), contratos de prestación de servicios (sección 8ª) y donación (sección 9ª). El esquema es el siguiente:

ERSTER THEIL

1. Tit. Von Personen und deren Rechte überhaupt
2. Tit. Von Sachen und deren Rechte überhaupt
3. Tit. Von Handlungen und deren Rechte überhaupt

¹⁴⁷ CMBC., 3ª Parte, cap. 8º, § 4: “Las donaciones entre vivos se dividen [...] en reales y convencionales [...]: aquellas tienen lugar mediante transferencia efectiva, y estas por mera promesa” (“*Schenkungen [sic] unter lebendigen werden [...] in Reales und Conventionales [...] getheilt. [...] jene mittels wirklicher Uebergab, und diese durch blosse Zusage geschehen*”).

¹⁴⁸ CMBC., 2ª Parte, cap. 3º, § 7 Nº 2.

¹⁴⁹ CMBC., 3ª Parte, cap. 8º, § 12 Nº 2.

¹⁵⁰ CMBC., 3ª Parte, cap. 8º, § 4.

¹⁵¹ CMBC., 3ª Parte, cap. 8º, § 12 Nº 1.

¹⁵² KREITTMAYR, Aloysius von, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeus* (München, 1763), III, p. 1207 n. 6, cit. por PÖPPERL, Peter, *Quellen und System*, cit. (n. 146), p. 90 n. 303.

¹⁵³ PÖPPERL, op. cit. en la nota anterior, p. 90, cree que fueron el orden del Digesto y las conexiones entre la donación entre vivos y la donación por causa de muerte las razones de haber localizado Kreittmayr la donación en la parte sobre sucesiones. Lo primero es verdadero en cuanto en el Digesto, en efecto, ambos tipos de donaciones aparecen uno después del otro (D. 39, 5 y 39, 6, en donde la donación entre vivos atrae a aquella por causa de muerte), de modo que el tratamiento conjunto pudo ser inspirado por él; por eso no explica la inserción de ambas en tema de sucesiones. Lo mismo vale para lo segundo.

4. Tit. Von Willenserklärungen
 5. Tit. Von Verträgen
 6. Tit. Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehen
 7. Tit. Von Gewahrsam und Besitz
 8. Tit. Von Eigenthum
 9. Tit. Von der Erwerbung des Eigenthums überhaupt, und den unmittelbaren Arten derselben insonderheit
 10. Tit. Von den mittelbaren Erwerbung des Eigenthums
 11. Tit. Von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums, welche sich in Verträgen unter Lebendigen gründen
 1. Absch. Von Kaufs- und Verkaufsgeschäften
 2. Absch. Von Tauschverträge
 3. Absch. Von Abtretung der Rechte
 4. Absch. Von Erbschaftskaufe
 5. Absch. Von Trödelverträge
 6. Absch. Von gewagten Geschäften und ungewissen Erwartungen
 7. Absch. Von Darlehnsverträge
 8. Absch. Von Verträgen, wodurch Sachen gegen Handlungen, oder Handlungen gegen Handlungen versprochen werden
 - * 9. Absch. Von Schenkungen
 12. Tit. Von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums, welche aus Verordnungen von Todeswegen entstehen
- [...]

El § 1037 de la sección 9ª del título 11º define un acto obligacional bajo el nombre de donaciones como “contratos por los cuales uno se obliga a transferir gratuitamente la propiedad de una cosa o un derecho a otro”¹⁵⁴. El § 1038 expresamente agrega que el donatario gana la propiedad solo merced a una tradición del donante.

De acuerdo con esto, la donación –pero también los demás contratos traslativos del título 11º– ofrecen una doble conexión sistemática: por un lado, con el tratado de la propiedad y, más especialmente, de sus modos de adquirir (títulos 9º - 12º); por otro, con los contratos en cuantos títulos traslativos del dominio (título 11º). Pero está claro que este código solo conoce una donación obligacional.

3. El *Code Civil* (1804) localiza las donaciones, en constante unión con los testamentos, en su libro III: *Différentes manières dont on acquiert la propriété*, titr. 2º: *Des donations entre-vifs et des testaments*, dentro del cual reserva, con todo, un especial capítulo 4º: *Des donations entre-vifs*. Todo ello se ve en el siguiente índice:

- Liv. II: Des biens et des différents modifications de la propriété
- Liv. III: Différentes manières dont on acquiert la propriété
 - Tit. 1º Des successions
 - * Tit. 2º Des donations entre-vifs et des testaments
 - Chap. 1^{ère} Dispositions générales
 - Chap. 2^{ème} De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament

¹⁵⁴ “Schenkungen sind Verträge, wodurch Einer dem Andern das Eigenthum einer Sache oder eines Rechts unentgeltlich zu überlassen sich verpflichtet”.

- Chap. 3^{ème} De la portion de biens disponible, et de la réduction
- * Chap. 4^{ème} Des donations entre-vifs
- Chap. 5^{ème} Des dispositions testamentaires
- Chap. 6^{ème} Des dispositions permises en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur ou des enfants de ses frères et soeurs
- Chap. 7^{ème} Des partages faits par père, mere, ou autres ascendants, entre leurs descendants
- Chap. 8^{ème} Des donations faites par contrat de mariage aux époux, et aux enfants à naître du mariage
- Chap. 9^{ème} Des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage

Titre. 3^o: Des contrats ou des obligations conventionnelles en général

Este emplazamiento está determinado por la concepción de la donación como modo de adquirir a título gratuito, en unión con el testamento, que es el único otro modo del mismo género aceptado por el código¹⁵⁵. De hecho, él divide la donación como género en testamentarias y entre vivos, como especies. Pero se ve ahí la misma ambigüedad que había afectado a la exposición de Domat. Por un lado, el código define como donación un acto al parecer de naturaleza real en su artículo 894: “[...] *un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l’accepte*”, pues el acto consiste en “despojarse” (“*se dépouille*”: el mismo verbo empleado por Domat), lo que no puede significar más que “transferir”. Esto confirma el carácter de modo de adquirir que la donación tiene, si bien tal carácter no es algo especialmente atribuido a la donación, sino consecuencia del principio general que inspira al código francés, de considerar a los contratos que son títulos traslaticios del dominio como modos de adquirir al mismo tiempo¹⁵⁶, tal como la compraventa, la permuta y desde luego la donación. Por otro lado, la doctrina francesa considera a la donación como un contrato obligacionalmente unilateral, que obliga al donante a entregar la cosa donada al donatario¹⁵⁷.

A partir del código francés, el tema del carácter real de la donación asume, pues, un planteamiento diferente. Antes de ese cuerpo legal, donación real significa consenso (pacto) donatorio con tradición inmediata, que excluye el efecto obligacional¹⁵⁸. Desde él, donación real significa consenso donatorio que por sí mismo atribuye el dominio, merced al principio más general del “*effets des obligations*” como modo de adquirir, que ya no es contradictorio con el efecto obligacional, porque igual el donante queda constreñido a hacer la entrega posesoria de lo donado¹⁵⁹.

¹⁵⁵ CCFr., artículo 893.

¹⁵⁶ CCFr., artículo 711, según el cual la propiedad se transmite también “*par l’effet des obligations*”.

¹⁵⁷ Ya entre los antiguos intérpretes; por todos: TROPLONG, Raymond, *Droit civil expliqué: Des donations entre vifs et des testaments* (3^a ed., Paris, 1872), I, párrs. 57 (pp. 75 ss.), 62 (pp. 80 ss.).

¹⁵⁸ Como ya lo había observado claramente Azo: véase más arriba I, 4.

¹⁵⁹ Si bien mucho antes, algunos autores anteriores a Vinnius habían interpretado el *contractus donationis* de Justiniano como generador inmediato del dominio sin tradición: véase más arriba IV, 1, b).

4. En fin, está el *Allgemeine Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco (1811). Este código emplaza la donación en la gran división que reserva a los derechos personales u obligacionales en la 1ª parte, división 2ª (*zweiter Teil, zweiter Abteilung*). Después de un capítulo 17º, el primero de la *zweite Abteilung*—porque los capítulos de ambas *Abteilungen* tienen numeración corrida—, dedicado a los contratos y negocios jurídicos en general (*Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt*), se inicia la serie de los contratos en particular, de los cuales el primero en ser tratado es la donación (*Von Schenkungen*) en el capítulo 18º. El esquema general es este:

- Einleitung: Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt
- Erster Teil: Von dem Personenrechte
- Zweiter Teil: Von dem Sachenrechte
 - Von Sachen und ihrer rechtlichen Einteilung
 - Erste Abteilung des Sachenrechts. Von den dinglichen Rechten
 - 1. Hauptst. Von dem Besitze
 - [...]
 - 16. Hauptst. Von der Gemeinschaft des Eigentumes und anderer dinglichen Rechte
 - Zweite Abteilung. Von den persönlichen Sachenrechten
 - 17. Hauptst. Von Verträgen [und Rechtsgeschäften¹⁶⁰] überhaupt
 - * 18. Hauptst. Von Schenkungen
 - 19. Hauptst. Von dem Verwahrungsvertrage
 - 20. Hauptst. Von dem Leihvertrage
 - 21. Hauptst. Von dem Darlehensvertrag
 - 22. Hauptst. Von der Bevollmächtigung und anderen Arten der Geschäftsführung
 - 23. Hauptst. Von dem Tauschvertrage
 - 24. Hauptst. Von dem Kaufvertrage
 - 25. Hauptst. Von Bestand-, Erbpacht- und Erbzinsverträgen
 - 26. Hauptst. Von Verträgen über Dienstleistungen
 - 27. Hauptst. Von dem Vertrage über eine Gemeinschaft der Güter
 - 28. Hauptst. Von den Ehepakten
 - 29. Hauptst. Von den Glücksverträgen
 - 30. Hauptst. Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugtuung

En su § 938, este código define un contrato real: “Se llama donación al contrato por el cual se transfiere gratuitamente una cosa a otro”¹⁶¹. Lo cual es corroborado congruentemente por el § 943: “De un contrato de donación concluido solo verbalmente y sin entrega efectiva, no nace una acción para el donatario [...]”¹⁶².

5. En conclusión, los primeros códigos dieron a la donación un tratamiento bajo ciertos aspectos uniforme, variados bajo otro. El código bávaro conoce una donación real que es título traslativo del dominio y otra contractual que es

¹⁶⁰ Las expresiones “und Rechtsgeschäften” son un añadido posterior.

¹⁶¹ “Ein Vertrag, wodurch eine Sache jemand unentgeltlich überlassen wird, heisst eine Schenkung”.

¹⁶² “Aus einem bloss mündlichen, ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrage erwächt dem Geschenkenehmer kein Klagerecht [...]”.

fuente de obligaciones; pero trata de ambas entre las sucesiones. El código prusiano solo conoce una donación contractual de efecto obligacional, que es título traslativo del dominio, emplazada entre los contratos de esta clase. El código francés parece definir una donación real que es modo de adquirir (sin tradición), localizada en el libro sobre esta última materia, en el tratado de las sucesiones y en estrecha conexión con el testamento, que es otra especie de donación (donación testamentaria), aunque la doctrina la considera un contrato obligacional y adquisitivo al mismo tiempo. El código austríaco, en fin, acepta una donación real con tradición, emplazada, sin embargo, en el tratado sobre contratos.

VI. LA CIENCIA JURÍDICA ALEMANA DEL SIGLO XIX

En el interior de la ciencia jurídica alemana del siglo XIX largo, en cuyos comienzos se presentan el derecho natural más tardío y luego la pandectística, de la que se nutren las codificaciones de medio y fin de siglo, hallamos dos corrientes principales en materia de donación. Por un lado, se ofrece una corriente más tradicional, y todavía tributaria del *ius commune*, que ve en la donación a un contrato. Por otro, comparece la tendencia iniciada por Puchta y difundida por Savigny, que la considera como una figura general cuya localización correcta es en la parte general del sistema.

1. Como ejemplo de la primera corriente, citamos a Christoph Christian von Dabelow (1768 - 1830), y su *System des gesammten heutigen Civil-Rechts* (1ª ed. Halle, 1796). Dabelow, aunque fue discípulo del antes examinado Daniel Nettelbladt, por lo que admite ser considerado como un puente entre el tardío iusnaturalismo y la incipiente Pandectística, se muestra muy adherente a los esquemas del *ius commune*. El orden al que se ciñe es el siguiente:

- 1 17. Hauptst. Von persönlichen Rechten
 - A. Von persönlichen Rechten überhaupt
- 2 B. Von den verschiedenen Arten des persönlichen Rechts
- 3 1. Abschn. Von mittelbaren persönlichen Rechten
- 4 1. Abth. Von mittelbaren persönlichen Rechten aus erlaubten Handlungen
- 5 A. Aus der Pollicitation
- 6 B. Aus Verträgen
 - a. Von Verträgen überhaupt
 - 7 b. Von den einzelnen Gattungen der Verträge
 - 8 α. Von Contracten
 - I. Von Consensual-Contracten
 - II. Von Real-Contracten
 - 9 β. Von Verträgen, die nicht Contracte sind
 - I. Von angehängten Verträgen
 - II. Von so genannten prätorischen Verträgen
 - 10 * III. Von so genannten gesetzlichen Verträgen

En el capítulo 17º, Dabelow trata de los derechos personales (fila 1). Al hablar de las diferentes clases de tales (fila 2), expone primeramente los derechos personales mediatos (fila 3), los cuales pueden tener como fuente las “conductas lícitas” (*erlaubte Handlungen*) (fila 4), que son, o la policitud (fila 5) o el pacto o convención (*Vertrag*) (fila 6). Entre los diferentes pactos o convenciones

(fila 7), distingue los contratos (fila 8) y los que no son contratos (fila 9). A estos últimos pertenecen los pactos o convenciones legítimos (*gesetzliche Verträgen*) (fila 10), o sea, los *pacta legitima* del *ius commune*, en el interior de los cuales Dabelow sitúa a la donación. Inicialmente, este autor establece: “Por lo que a la donación concierne, ésta puede ser mirada, bien como *modus acquirendi*, pero bien asimismo solo como un *titulus*[...]”¹⁶³. Más adelante, Dabelow precisa: “Se llama principalmente donación (*donatio*) al acto por medio del cual alguien liberal y gratuitamente transfiere dominicalmente algo a otro”¹⁶⁴. Pero el autor todavía presenta esta definición como aplicable a toda clase de donaciones. Por ello, enseguida declara: “Primeramente, por lo que atañe a la donación entre vivos, ella puede generarse de dos maneras: 1. que se declare a alguien querer donar una cosa y que al punto se le entregue esa cosa; 2. por un contrato, en virtud del cual se promete a alguien querer donarle una cosa (contrato de donación, *pactum donationis*) [...], y del cual principalmente nace la obligación del donante de transferir la cosa donada [...]”¹⁶⁵. Si reeamos a Vinnius, veremos cuán presente está aquí el esquema del *ius commune*.

En una línea parecida se inserta Anton Friedrich Justus Thibaut (1772 - 1840), autor de un *System des Pandekten-Rechts*, en donde hallamos lo que sigue:

- 1 2. Theil: Persönliche Rechte
- Einleitung
- 2 1. Abschn. Ueber die Entstehungsgründe persönlicher Rechte
- 3 1. Abth. Ueber Verträge
- 4 1. Cap. Ueber Hauptverträge
- 5 1. Unterabth. Ueber Contracte
 1. Titel. Ueber die Consensual-Contracte
 2. Titel. Ueber Real-Contracte
 3. Titel. Ueber Literal-Contracte
- 6 2. Unterabth. Ueber pacta
 - * 1. Titel. Ueber bestätigte pacta [Schenkung; §§ 901 ss.]
 2. Titel. Ueber unbestätigte pacta
- 8 2. Cap. Ueber Nebenverträge

En la parte 2^a, Thibaut trata de los derechos personales (fila 1). La sección 1^a está destinada a sus fuentes (fila 2). Su división 1^a trata de los pactos o convenciones (*Verträge*) (fila 3), que Thibaut divide en *Hauptverträge* (fila 4) y *Nebenverträge* (fila 8). Los primeros se subdividen en *Contracte* (fila 5) y *pacta*

¹⁶³ VON DABELOW, Christoph Christian, *System des gesammten heutigen Civil-Rechts* (Halle, 1786), II, § 1276, p. 43: “Was die Schenkung betrifft, so kann diese bald als *modus acquirendi*, bald aber auch nur als *titulus* angesehen werden”.

¹⁶⁴ *Ibid.*, § 2408, p. 582: “Schenkung (*donatio*) überhaupt heisst jede Handlung, vermittelt welcher jemand etwas freywillig und unentgeltlich auf den andere eigentümlich überträgt”.

¹⁶⁵ *Ibid.*, § 2410: “Was erstens die Schenkung unter den Lebendigen betrifft, so kann selbige aus zweyerley Art geschehen: 1. so, dass man erklärt, jemanden eine Sache schenken zu wollen und ihm diese Sache sogleich übergibt; 2. durch einen Vertrag, vermöge dessen man jemanden etwas schenken zu wollen verspricht (*Schenkungsvertrag*, *pactum donationis*) [...] und aus welchem hauptsächlich die Verbindlichkeit des Schenkers entspringt, die geschenkte Sache zu übergeben [...]”.

(fila 6). A estos últimos pertenecen los *bestätigte pacta* (fila 7), dentro de los cuales, a partir del § 901, se expone la donación. Ahí, esta aparece definida como “[...] un contrato por el cual alguien, sin recompensa y sin estar constreñido por una necesidad jurídica, transfiere una cosa a otro”¹⁶⁶; o sea, un tipo real.

2. Durante el primer tercio del siglo, se planteó una doctrina novedosa, pero que se basaba en el derecho romano clásico.

Según informaciones de Windscheid, Georg Friedrich Puchta (1798 - 1846) concibió una nueva doctrina, según la cual la donación no pertenece a ningún tratado en que se expongan actos en particular, igual que, en su lugar, se hace con la compraventa o la permuta, sino que al tratado que contiene la parte general del sistema, porque ella sería un “carácter” predicable de muchos actos jurídicos¹⁶⁷. Esta idea se manifestó en su *Lehrbuch der Pandekten* (1ª ed. 1838)¹⁶⁸:

1. Buch. Von den Rechtsvorschriften
2. Buch. Von den Rechtsverhältnissen
 1. Kap. Die Personen
 2. Kap. Der Inhalt der Rechte
 3. Kap. Die Entstehung und Endigung der Rechte
 - I. Allgemeines
 - II. Handlungen als Entstehungs- und Endigungsarten von Rechten
 - A. Subject
 - B. Act
 - C. Ungültige Rechtsgeschäfte
 - * D. Schenkung
 - III. Zeit als Entstehungs- und Endigungsgrund von Rechten
 4. Kap. Der Schutz der Rechte
3. Buch. Von der Anwendung der Rechtsvorschriften auf die Rechtsverhältnisse
4. Buch. Die Rechte an der eigenen Person

La razón de situar la donación en un libro sobre las “relaciones de derecho” (*Von den Rechtsverhältnissen*) en general es la dicha: la donación es una causa que puede incidir el nacimiento o extinción de cualquier derecho patrimonial¹⁶⁹.

En todo caso, esta doctrina se expandió por influjo de Savigny, que la aceptó en su *System des heutigen römischen Rechts* (1841 - 1849).

Este tratado estaba planeado conforme con el siguiente esquema:

- 1 1. Buch: Rechtsquellen
- 2 2. Buch: Rechtsverhältnisse
- 3 1. Kap. Wesen und Arten der Rechtsverhältnisse
- 4 2. Kap. Die Personen als Träger der Rechtsverhältnisse

¹⁶⁶ THIBAUT, Anton Friedrich Justus, *System des Pandekten-Rechts* (2ª ed. Jena, 1805), II, § 901, pp. 296 - 297: “[...] einen Vertrag, durch welchen Jemand, ohne eine Vergeltung, und ohne durch eine rechtliche Nothwendigkeit gezwungen zu seyn, auf einen Andern eine Sache überträgt”.

¹⁶⁷ WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch der Pandektenrechts* (6ª ed., Frankfurt am Main, 1887), II, § 365, p. 406 n. 18, quien cita el *System des gemeinen Civilrechts* (1832), § 35 de Puchta.

¹⁶⁸ Pero aquí usamos la 12ª ed., Leipzig, 1877, que reproduce inalterada la primera, que quedó fijada con la temprana muerte del autor poco después de aparecer.

¹⁶⁹ PUCHTA, *Pandekten*, párr. 68, p. 107

- 5 3. Kap. Von der Entstehung und dem Untergang der Rechtsverhältnisse
 6 § 104 Einleitung
 7 § 105 Wichtige Fälle der juristischen Thatsachen, I. Successionen
 8 §§ 106 - 113 [Wichtige Fälle der juristischen Thatsachen] II.
 Freie Handlungen
 9 §§ 114 - 139 [Wichtige Fälle der juristischen Thatsachen] III.
 Willenserklärungen
 10 §§ 140 - 141 [Wichtige Fälle der juristischen Thatsachen] IV. Vertrag
 11 * §§ 142 - 176 [Wichtige Fälle der juristischen Thatsachen] V. Schenkung
 12 §§ 177 - 201 [Wichtige Fälle der juristischen Thatsachen] VI. Die Zeit
 13 §§ 201 - 203 Ungültigkeit der juristischen Thatsachen
 14 4. Kap. Verletzung der Rechte
 15 3. Buch: Herrschaft der Rechtsreglen auf die Rechtsverhältnisse
 16 4. Buch: Sachenrecht
 17 5. Buch: Obligationenrecht
 18 6. Buch: Familienrecht
 19 7. Buch: Erbrecht

Los tres primeros libros (líneas 1, 2 y 15) debían contener la parte general; a partir del 4º (línea 16) se iniciaría la parte especial en el orden de derecho de cosas (línea 16), de obligaciones (línea 17), de familia (línea 18) y de herencia (línea 19). Pero Savigny no consumó este plan en el *System* mismo, que se detuvo al final del libro 3º (línea 15), y no alcanzó a ingresar en la parte especial¹⁷⁰.

Ahora bien, en el esquema transcrito, se ve bien el lugar que ocupa la donación: ella pertenece al libro 2º de la parte general, que trata de la “relación jurídica” (línea 2). Su capítulo 1º (línea 3) explica el concepto y las clases de tal relación; el capítulo 2º (línea 4) está dedicado a la persona como portadora de la relación; el extenso capítulo 3º (línea 5) va dedicado a la formación y extinción de la relación: en el introductorio párrafo 104 se exponen los conceptos fundamentales de la fenomenología creadora de derecho, que desembocan en la *juristische Thatsache*, o acontecimiento que inicia o pone fin a una relación¹⁷¹. En los párrafos siguientes se desarrollan las más importantes *juristische Thatsache*: sucesiones (línea 7); conductas libres (línea 8); declaraciones de voluntad (línea 9); contrato (línea 10); donación (línea 11); y tiempo (línea 12). La exposición termina con la invalidez de las *juristische Thatsache* (línea 13). Sigue el capítulo sobre la vulneración de los derechos (línea 14), que pone fin al libro 2º.

De esta manera, para Savigny, la donación es una *juristische Thatsache* en sí, que, por ende, posee carácter autónomo e independiente de las otras, de modo de no estar incluida en alguna superior. En especial, ya no integra la categoría de los contratos, como es en “la mayoría de los modernos”¹⁷². Está al lado de ella.

¹⁷⁰ En 1851, el jurista inició el tratamiento de la parte especial con el derecho de obligaciones: SAVIGNY, F. C., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, I (Berlin, 1851), II (Berlin, 1853); pero no siguió adelante con los demás temas integrantes de esa parte.

¹⁷¹ SAVIGNY, C. F., *System des heutigen römischen Rechts*, § 104 (Berlin, 1840, III, p. 3): “Ich nenne die Ereignisse, wodurch der Anfang oder das Ende der Rechtsverhältnisse bewirkt wird, *juristische Thatsache*”.

¹⁷² SAVIGNY, *System*, párr. 142 (IV, p. 2): “Die meisten Neueren [...]”.

La explicación es que: “[...] generalmente se parte del falso presupuesto que la donación sería un negocio jurídico singular, mientras que, de hecho, ella es un carácter general, que se puede encontrar en los más variados negocios jurídicos”¹⁷³. Esto implicaba adoptar la perspectiva romano-clásica de la donación como causa operable por medio de variados actos.

Ahora bien, en la doctrina de Savigny sobre la donación, preciso es reconocer una segunda innovación, dependiente, empero, de otra más general.

Savigny imprimió al término *Vertrag*, que sirve para traducir tanto *pactum*, cuanto *contractus*¹⁷⁴, una extensión tal, que dejó de coincidir con la acotada noción gayano-justiniana de *contractus*, como convención exclusivamente generadora de obligaciones, y que en el derecho moderno se había afirmado con Pothier y pasado al *Code Civil*, el cual ayudó a confirmar esa antigua noción en muchos códigos modernos europeos, como el italiano de 1865 o el español de 1889, y americanos, como el peruano de 1852 o el chileno de 1855. Savigny, en cambio, se inclinó por hacer coincidir *Vertrag* con *conventio*. Para él, un *Vertrag* tiene por función lo mismo crear obligaciones, como la compraventa, que extinguirlas, como la remisión, o modificarlas, e incluso establecer derechos exclusivamente reales, como la tradición. Al efecto, lo definió como “el acuerdo de varios acerca de una concorde declaración de voluntad, por la cual son determinadas sus relaciones de derecho”¹⁷⁵.

¹⁷³ SAVIGNY, *System*, párr. 142 (IV, p. 3): “[...] *man überall von der falschen Voraussetzung ausgeht, die Schenkung sei ein einzelnes Rechtsgeschäft, anstatt das sie in der That ein allgemeiner Character ist, welchen die allerverschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können*”.

¹⁷⁴ Así, por ejemplo, VON DABELOW, Christoph Christian, *System des gesammten heutigen Civil-Rechts* (Halle, 1786), II, § 2201, traduce *Vertrag* por *pactum*: “Vertrag (pactum) es la promesa ofrecida por una parte y aceptada por la otra parte” [“*Vertrag (pactum) ist ein von dem einen Theile geleitetes und von dem andern Theile acceptirtes Verpreschen*”], y cita en apoyo Dig. 2, 14, 1, 2 en donde aparece la definición de *conventio*. Ciertamente es que después declara que las expresiones *Vertrag* y *Contract (contractus)* pueden ser tomadas con idéntico significado (ibid., II, § 2222) (como ya hacían los glosadores); no bien termine por decir que *Vertrag* incluye figuras que no son *Contracte*, como los *pacta adiecta (angehängten Verträge)*, los *pacta legitima*, los *pacta preatoria*, etcétera (ibid., II, § 2370); por lo cual llama “contratos propiamente tales” (*eigentliche Contracte*) a los contratos obligacionales del tipo *re, verbis, litteris, consensu* del derecho justiniano (ibid., II, § 2225).

¹⁷⁵ SAVIGNY, *System*, § 140 (III, p. 309): “*Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden*”. Savigny tenía conciencia de innovar al respecto, pues dice: “Nuestros autores, antiguos y modernos se alejan de la descripción de la idea de contrato aquí ofrecida” [SAVIGNY, § 141 (III, p. 314): “*Von der hier gegebenen Darstellung des Begriffs vom Vertrag weichen unsere Schriftsteller, ältere und neue, darin ab [...]*”]; y enseguida explica que tales autores adoptan tan solo una de las aplicaciones del sentido genérico de la palabra, la de contrato obligatorio, con la cual perfilan al contrato en general, y lo consideran como si el obligatorio fuera el único absolutamente [SAVIGNY, § 141 (III, p. 314): “*[...] daß sie eine einzige unter den angegebenen Anwendung für den Gattungsbegriffs selbst nehmen, indem sie den Vertrag im Allgemeinen so erklären, und mit dem Ganzen ihrer Systeme in solche Verbindung setzen, als wäre der obligatorische Vertrag der einzige überhaupt*”]. Con todo, Savigny cita la edición de 1838 del *Lehrbuch der Pandekten* de Puchta, en la cual, según dice, se encuentra expresamente reconocida la más general significación del contrato [Ibid., § 141 (III, p. 314 nota a)]. Entre los autores que se apartan de la

Es importante tener en cuenta esta innovación, porque cuando en la Pandectística sucesiva se diga que la donación es un contrato (*Vertrag*), no necesariamente será porque se le atribuya el carácter de fuente de una obligación, vale decir, no porque se esté considerando a la donación obligacional o promisorio, pues aunque se piense en la real y aun en la remisoria, de que no emanan ninguna obligación, aun así le convendrá la nueva noción de contrato difundida por Savigny.

Todavía hay otra innovación debida a Savigny que no dejará de influir en el derecho posterior (incluso en el chileno). Consistió ella en trasladar los requisitos de empobrecerse el donante y enriquecerse el donatario desde el ámbito particular en que los consideraban los juristas romanos, a saber, solo en el de las donaciones entre marido y mujer (*donationes inter virum et uxorem*), a todas las donaciones, como requisito general de ellas¹⁷⁶.

La doctrina de Puchta-Savigny no dejó de tener seguidores. Windscheid la describe como "opinión dominante"¹⁷⁷, y cita como sus adherentes a Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, Karl Adolph von Vangerow, Karl Ludwig Arndts, Friedrich Ludwig Keller, Alois von Brinz¹⁷⁸, Joseph Unger y Ernst Moritz Schilling¹⁷⁹.

3. Bernhard Windscheid (1817 - 1892), empero, se opuso a ella en su *Lehrbuch des Pandektenrechts*¹⁸⁰. Para él, la donación es un contrato¹⁸¹, y por consiguiente

noción general por él defendida cita a Donellus, Hofacker, Heise, Mühlenbruch y Mackelden [ibíd.]. Sobre el concepto de Savigny acerca del contrato, puede verse CORRAL TALCIANI, Hernán, *La definición de contrato en el Código Civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés*, en *Roma e America. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina* 12 (Roma, 2001), pp. 137 - 138. De todos modos, debe tenerse presente que mucho antes que Puchta y Savigny, ya el código prusiano de 1794 (1ª parte, tít. 5º, § 1) había ofrecido esta definición de *Vertrag*: "El consentimiento recíproco para la adquisición o enajenación de un derecho" ("*Wechselseitige Einwilligung zur Erwerbung oder Veräußerung eines Rechts, wird Vertrag genannt*"). Ella es más amplia que la gayano-justiniana, pero más restringida que la de Savigny, y se vincula con la idea de que la función del contrato es enajenar, ya presente en Luis de Molina, de donde pasó a Grotius y a sus sucesores. Entre el citado código y Puchta-Savigny, hallamos esta definición en THIBAUT, Antón, *System des Pandektenrechts* (2ª ed., Jena, 1805, I, § 141, p. 106: "Un contrato es el acuerdo recíproca-mente establecido entre varias personas sobre la constitución de cierta relación jurídica" ("*Ein Vertrag ist die von mehreren Personen sich wechselseitig gegebene Einstimmung über die Begründung gewisser rechtlicher Verhältnisse*"). Thibaut cita como fuente Dig. 2, 14, 1, 3, en donde se define la *conventio*. Pero esta aparente amplia extensión termina limitada a los contratos obligatorios y liberatorios (Ibíd., § 161, p. 122), de modo de quedar reducido el concepto al ámbito puramente obligacional.

¹⁷⁶ Sobre esta materia, véase mi libro *El concepto y los tipos de donación entre vivos en el derecho chileno*, § 9, II (en prensa en la editorial Lexisnexis).

¹⁷⁷ WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch der Pandektenrechts* (6ª ed., Frankfurt am Main, 1887), II, § 365, p. 406 n. 18: "*nach der jetzt herrschenden Meinung*".

¹⁷⁸ De este autor, Windscheid cita la 1ª edición de su tratado de Pandectas; pero él cambió de opinión después, según se ve en la 2ª edición de 1895, en donde niega que la donación sea un carácter general.

¹⁷⁹ Ibíd.

¹⁸⁰ WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch der Pandektenrechts* (6ª ed., Frankfurt am Main, 1887), II, § 365, p. 406 n. 18.

¹⁸¹ Ibíd., II, § 365, p. 402, nota 5: "*Die Skenkung ist also ein Vertrag*".

la emplazó en la zona perteneciente a esa figura: “Por estas razones, he retornado a la colocación de la donación en el sistema que ella tenía ordinariamente antes de Puchta y Savigny, y la presento bajo el punto de vista de un negocio jurídico que crea una obligación”¹⁸², no sin antes advertir que no siempre ocurre esto último, pero de manera tan oscura e inconducente, que resulta incomprensible su discurso¹⁸³, y el autor termina por ser una víctima más de la inclasificabilidad de la donación.

El lugar que Windscheid asignó a la donación se ve en el siguiente esquema:

- 1 4. Buch. Das Recht der Forderungen
 1. Kap. Von den Forderungen überhaupt
- 2 2. Kap. Die einzelnen Forderungsrechte
- 3 I. Forderungsrechte aus Verträgen
- 4 A. Der reine Vertrag
- 5 * B. Die Schenkung
- 6 C. Verträge auf Rückgabe
 1. Das Darlehn
 2. Die Leihe
 3. Die Hinterlegung
 4. Die Verpfändung
 5. Der Trödelvertrag
 6. Uebernahme von Sachen durch Schiffer, Gast- und Stallwirthe
 7. Andere Verträge auf Rückgabe
- D. Verträge auf Umsatz

El libro 4º de su tratado está dedicado al derecho de las obligaciones, propiamente, de las deudas (*Forderungen*: fila 1), las cuales van expuestas en particular en el capítulo 2º (fila 2). En primer lugar se distinguen las obligaciones provenientes de convenciones (o contratos, pues en la pandectística avanzada ya no se distingue entre pacto, convención y contrato) (fila 3), que Windscheid clasifica según su función, lo cual le sirve para la subsiguiente exposición. En primer lugar está el contrato puro (*die reine Vertrag*) o abstracto (fila 4); enseguida se presenta la donación (fila 5). Después vienen los contratos de restitución (fila 6), etcétera. Windscheid, pues, prescinde de la estructura de la donación, por lo cual no le interesa si es real, obligacional o promisorio, y atiende solo a su función. Por ello la define así: “Donación es toda atribución de patrimonio no testamentaria, a través de la cual a) el patrimonio del adquirente es aumentado; b) cuyo fundamento para el atribuyente es el propósito de aumentar el patrimonio del adquirente; y c) que es aceptada por el adquirente como hecha con ese propósito. En sentido estricto, es donación sólo aquella atribución de patrimonio de la clase indicada, por medio de la cual el patrimonio del atribuyente al

¹⁸² Ibid.: “Aus diesen Gründen bin ich zu derjenige Stellung der Schenkung im System zurückgefahren, welche vor Puchta und Savigny die gewöhnliche war, und stelle sie unter dem Gesichtspunkt einer Obligationen erzeugende Rechtsgeschäft dar”.

¹⁸³ En vez de reconocer llanamente que la donación real y la liberatoria no crean obligaciones, porque aquella establece directamente un dominio y esta extingue una deuda, Windscheid se pierde en consideraciones sobre la obligación en potencia (“möglicherweise”) de toda donación.

mismo tiempo es disminuido correspondientemente¹⁸⁴. Pero esto implicaba tipificar un contrato por su función de enriquecer. En efecto, Windscheid declara que la donación puede ser actuada por medio de la atribución de la propiedad, de la posesión, de un derecho real o de un crédito, y también por medio de la liberación de una deuda, etcétera. En consecuencia, que la donación sea un contrato, nada tiene que ver con su carácter obligacional¹⁸⁵, que puede tenerlo, como cuando se promete por causa de donación, o no tenerlo, como cuando se da por causa de donación o se remite una deuda. Windscheid actuaba bajo el amplio concepto de *Vertrag* que había introducido Savigny. Para él: “El negocio jurídico bilateral se denomina con la muy acostumbrada expresión ‘contrato’. El contrato encuentra empleo en todo el ámbito del derecho, no solo en el derecho de obligaciones”¹⁸⁶.

Algo parecido encontramos en las *Pandekten*¹⁸⁷ de Heinrich Dernburg (1829 - 1907):

- 1 3. Buch. Das Obligationenrecht
- 2 1. Th. Die allgemeinen Lehren
- 3 2. Th. Die einzelnen Forderungsrechte
- 4 1. Abschn. Die Kontraktobligationen
 1. Kap. Die Realkontrakte
 2. Kap. Die Konsenskontrakte
 - I. Kauf und Tausch
 - II. Spiel und Wette
 - *III. Schenkung. Vergleich
 - IV. Miethverträge
 - V. Mandat. Verwandte Geschäfte. Negotiorum gestio
 - VI. Der Gesellschaftsvertrag
- 6 [...]
 2. Abschn. Die außerkontraktlichen Obligationen

El libro 3º de este tratado contiene el derecho de obligaciones (fila 1). Después de su teoría general (fila 2), aparecen expuestas las especies de obligaciones (fila 3). La sección 1ª expone las obligaciones nacidas de contrato (fila 4), distribuidas por categorías de tales (reales, consensuales, etcétera). El capítulo 2º atañe a los contratos consensuales (fila 5), y dentro de ellos figura la donación (fila

¹⁸⁴ WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch der Pandektenrechts* (6ª ed., Frankfurt am Main, 1887), II, § 365, pp. 401 ss.: “Schenkung ist jede nicht testamentarische Vermögenszuwendung, durch welche a) das Vermögen des Empfängers vermehrt wird; b) deren Bestimmungsgrund für den Zuwendenden die Absicht ist, das Vermögen des Empfängers zu vermehren; und c) von dem Empfänger als eine in diesen Absicht gemachte angenommen wird. Im engeren Sinne Schenkung nur diejenige Vermögenszuwendung der bezeichneten Art, durch welche zugleich das Vermögen des Zuwendenden entsprechender Weise vermindert wird”.

¹⁸⁵ Aunque, como se vio, Windscheid afirma que la donación crea obligaciones; pero que no por ello es contrato.

¹⁸⁶ *Ibid.*, I, § 60, p. 190: “Das zweiseitige Rechtsgeschäft heisst mit einem geläufigeren Ausdruck Vertrag. Der Vertrag findet seine Anwendung auf dem gesammten Rechtsgebiet, nicht bloss im Obligationenrecht”.

¹⁸⁷ 6ª ed., Berlin, 1900.

6), que aparece definida a como “[...] el deliberado enriquecimiento del donatario a partir del patrimonio del donante, por medio de contrato”¹⁸⁸. Por contrato, en seguimiento del concepto de Savigny, Dernburg entiende a la convención sin más; es decir, no al contrato obligacional. Independientemente de ello, este autor concibe a la donación como obligatoria, por medio de “mero contrato” (*blasse Vertrag*), o sea, consensual hasta el monto de 4.666 marcos con 67 peniques, y merced a insinuación por valores superiores¹⁸⁹.

3. Los códigos que fueron compuestos bajo la influencia decisiva de la pandectística, en este punto no siguieron la doctrina de Savigny, sino aquella de la tradición, de insertar la donación entre los contratos obligacionales.

a) Desde luego lo observamos en el código de Sajonia (1865):

- 1 1. Theil: Allgemeine Bestimmungen
- 2 2. Theil: Das Sachenrecht
- 3 3. Theil: Das Recht der Forderungen
 - Einleitung
 - 4 1. Abth. Von den Forderungen im Allgemeinen
 - 5 2. Abth. Von den einzelnen Arten der Forderungen
 - 6 1. Abschn. Forderungen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen
 - 7 * I. Schenkung
 - II. Darlehne
 - III. Kauf
 - IV. Tausch
 - [...]
 - 8 2. Abschn. Forderungen aus unerlaubten Handlungen
 - [...]
 - 9 4. Theil: Das Familien- und Vormundschaftsrecht
 - 10 5. Theil: Das Erbschaftsrecht

La donación, como se ve, queda localizada en la 3ª parte, destinada al derecho de las deudas (obligaciones) (línea 3), precedida de la parte general (línea 1) y de aquella en que se trata del derecho de bienes (línea 2). Su división 1ª (línea 4) va dedicada a las obligaciones en general; la 2ª, a las clases particulares de deudas (línea 5). Las dos primeras secciones contienen las deudas derivadas de contrato y relaciones similares al contrato (línea 6) y de conductas ilícitas (línea 8). Es dentro de las primeras que la donación ocupa el primer lugar (línea 7). Sigue el resto de las partes del código: derecho de familia y tutela (línea 9) y de herencia (línea 10).

El § 1049 de este código define la donación como “un negocio jurídico por el cual alguien, sin contraprestación y por liberalidad, atribuye un elemento patrimonial a otro”¹⁹⁰. Se observará, pues, que la figura no viene definida por

¹⁸⁸ DERNBURG, Heinrich, *Pandekten* (5ª ed., Berlin, 1886), II, § 106, p. 276: “[...] *die absichtlicher Bereicherung des Beschenkten –des Donatars– aus den Vermögen des Schenkers – des Donators– durch Vertrag*”.

¹⁸⁹ *Ibid.*, II, § 108, pp. 294 - 295.

¹⁹⁰ BGBS., § 1049: “*Schenkung ist das Rechtsgeschäft, durch welches Jemand ohne Gegenleistung und aus Freigebigkeit einem Anderen einen Vermögensgegenstand zuwendet*”.

una determinada estructura, sino por su efecto atributivo gratuito y liberal. De hecho, este cuerpo legal reconoce que el efecto donatorio se puede conseguir de variadas maneras idóneas¹⁹¹. Pero no deja de poner énfasis en la forma contractual (*Vertrag*), por la cual entiende: la transferencia del dominio de una cosa, la promesa de una prestación de dar, y la remisión de una deuda, para reclamar que en tales casos es necesaria la aceptación del donatario, pues de contrato (convencción) se trata¹⁹². Por sobre cierto monto, el código exige un acto público de escrituración.

b) Lo propio hizo el *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1896, entrado en vigencia en 1900:

- 1 Erster Buch: Allgemeiner Teil
- 2 Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse
- 3 Erster Abschn.: Inhalt der Schuldverhältnisse
[...]
- 4 Siebenter Abschn.: Einzelne Schuldverhältnisse
- 5 1. Tit. Kauf. Tausch
- 6 * 2. Tit. Schenkung
3. Tit. Miete. Pacht
4. Tit. Leihe
- 7 Drittes Buch: Sachenrecht
- 8 Viertes Buch: Familienrecht
- 9 Fünftes Buch: Erbrecht

Este cuerpo legal no centra el derecho de obligaciones en la figura del contrato (que ni siquiera define), sino en aquella de la obligación misma (*Schuldverhältnisse*). Se observará, pues, que la donación ingresa en el libro sobre esa materia (libro II, línea 2), precedido del libro I o parte general, y seguido de aquellos dedicados al derecho de cosas (línea 7), de familia (línea 8) y de herencia (línea 9). En el interior del libro III, en la sección 7ª (línea 4), se trata de las particulares relaciones de deuda, y de ellas, el segundo lugar lo ocupa la donación (línea 6), solo antecedida por la compra y la permuta (línea 5). La donación aparece definida de acuerdo con la línea de Savigny, bajo el género más moderno, empero, que ya había empleado el código sajón, de “atribución” (*Zuwendung*): “Una atribución por la cual alguien enriquece a otro a costa de su patrimonio, es donación si ambas partes están de acuerdo en que la atribución tenga lugar gratuitamente”¹⁹³. El código, pues, define un efecto: el “enriquecimiento”

¹⁹¹ BGBS., § 1050: “La donación puede tener lugar a través de cualquier clase de atribución patrimonial” (“*Die Schenkung kann durch jede Art der Vermögenszuwendung geschehen*”).

¹⁹² BGBS., § 1054: “En las donaciones que descansan sobre un contrato, en especial, en aquellas que acaecen por la transferencia de la cosa objeto de la donación, por la promesa de una prestación y por la remisión de una deuda, es necesaria la aceptación del donatario” (“*Bei Schenkungen, welche auf Vertrag beruhen, insbesondere bei solchen, welche durch Uebertragung des Gegenstandes der Schenkung, durch Versprechen eine Leistung und durch Erlass eines Schuld erfolgen, ist Annahme des Beschenkten erforderlich*”).

¹⁹³ BGB., § 516: “*Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt*”.

(*“Bereicherung”*)—en lo que sigue la doctrina pertinente de Savigny—, pero exige un “acuerdo” sobre la gratuidad de ese enriquecimiento, que más adelante llama *Vertrag*, por el cual se promete una prestación atributiva, para cuya validez reclama el instrumento público, reemplazable, empero, por la inmediata ejecución de la prestación¹⁹⁴. En otras palabras, el código alemán parte de la donación consensual obligacional y termina en la real.

Las codificaciones alemanas decimonónicas no acogieron, pues, la sugerencia de Puchta y Savigny, de emplazar la donación en la parte general del sistema, y la situaron entre los contratos, en donde aparece configurada de diversas maneras. Pero sí se dejaron impresionar por la observación básica de aquellos autores, en orden a que la donación admite ser considerada como un “carácter” (esto es, causa) de diversos actos, por lo cual, pese a todo, aceptaron tal idea, aunque con énfasis en la forma contractual, que para estos códigos significa solo “acuerdo”.

VII. LAS MÁS IMPORTANTES CODIFICACIONES EUROPEAS INFLUIDAS POR EL “CODE CIVIL”

Conviene dar una somera mirada a las codificaciones europeas posteriores a la austríaca, que sufrieron la influencia del código francés, sobre todo para examinar en qué medida ellas se apartaron del sistema de su modelo.

1. Desde luego, se presenta el *Code Civil du Royaume de Sardaigne* (1837) que introdujo una pequeña novedad en el código madre, como se ve aquí:

- Liv. III: Des différentes manières dont on acquiert la propriété
 - Dispositions générales
 - Tit. 1^{ère} Des successions
 - Tit. 2^{ème} Des successions testamentaires
 - Tit. 3^{ème} Des successions ab intestat
 - Tit. 4^{ème} Dispositions communes aux successions testamentaires et ab intestat
 - * Tit. 5^{ème} Des donations entre-vifs
 - Tit. 6^{ème} Des contrats ou des obligations conventionnelles en général

Igual que el código francés, el sardo mantuvo a la donación como modo de adquirir (artículo 680), y por eso la trata en el libro III, que se refiere a la materia, pero la separó del testamento. En consecuencia, igual que el francés, este cuerpo legal define a la donación como un acto por el cual el donante *“se dépouille de la chose”*, o sea, la considera con efecto real.

La novedad introducida por el código de Holanda de 1838 a su modelo francés, en cambio, fue mayor porque consistió en trasladar la donación a los contratos, pero no bajo el concepto de *“effet des obligations”*, porque ese código

¹⁹⁴ BGB., § 518: “1. Para la validez de una convención (contrato) por la cual se promete una prestación donatoria es necesario un documento judicial o notarial [...]. 2. El defecto de forma se sana por la ejecución de la prestación prometida” (“1. *Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechen erforderlich [...]. 2. Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der versprochene Leistung geheilt*”).

volvió a la doctrina romana y del *ius commune* que distinguía el título obligacional o contractual y el modo de adquirir tradición (artículo 639), de guisa que la donación, como un contrato típico, corresponde a lo primero, mas no al modo; aunque este cuerpo legal definió un tipo real de donación en su artículo 1703, confirmado por los artículos 1723 y 1724, que exigen expresamente la tradición para que adquiera el donatario.

- Lib. I: De las personas
- Lib. II: De los bienes
- Lib. III: De las obligaciones
 - Tít. 1º De las obligaciones en general
 - [...]
 - Tít. 5º De la venta
 - Tít. 6º Del cambio
 - [...]
 - * Tít. 11º De las donaciones
 - Tít. 12º Del depósito
 - [...]
- Lib. IV: De la prueba y de la prescripción

El *Codice Civile* de la Italia unificada de 1865 siguió el partido del código sardo, a saber, considerar como modo de adquirir típico a la donación, sin situarla entre los contratos:

- Lib. I: De las personas
- Lib. II: De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones
- Lib. III: De las formas de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos sobre las cosas
 - Tít. 1º De la ocupación
 - Tít. 2º De las sucesiones
 - * Tít. 3º De las donaciones
 - Tít. 4º De las obligaciones y de los contratos en general

Este código estableció un tipo real de donación, pero sin tradición, al estilo francés; vale decir, aquella se perfecciona por el consentimiento (a veces solemne), y éste basta para adquirir el dominio sin necesidad de una tradición, como expresamente lo dice el artículo 1062.

El código del Portugal de 1867, en cambio, insertó la donación entre los contratos.

- Parte I Da capacidade civil
 - Liv. único [sin rúbrica]
- Parte II: Da aquisição dos direitos
 - Liv. I: Dos direitos originarios e dos que se adquirem por facto e vontade própria independentemente da cooperação de outrem
 - Liv. II: Dos direitos que se adquirem por facto e vontade própria e de outrem conjuntamente
 - Tít. 1º Dos contratos e obrigações em geral
 - Tít. 2º Dos contratos em particular
 - Cap. 1º Do casamento
 - Cap. 2º Do contrato de sociedade
 - Cap. 3º Do mandato ou procuradoria

- Cap. 4º Do contrato de prestação de serviços
- * Cap. 5º Das doações
- Cap. 6º Do empréstimo
- [...]
- Liv. III: Dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem,
e dos que se adquirem por simples disposição da lei
- Parte III: Do direito de propriedade
- Liv. único [sin rúbrica]
- Parte IV: Da ofensa dos direitos e da sua reparação
- Liv. I: Da responsabilidade civil
- Liv. II Da prova dos direitos e da restituição dêles

Para este código, el contrato de donación es consensual o solemne (artículos 1458 y 1459), y transfiere el dominio; excepcionalmente, si la donación de muebles se hace verbalmente y sigue de inmediato la tradición, vale merced a ésta (artículo 1458).

En el código español de 1889 encontramos un cambio:

- Título preliminar
- Lib. I: De las personas
- Lib. II: De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones
- Lib. III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad
 - Tit. 1º De la ocupación
 - * Tit. 2º De la donación
 - Tit. III: De las sucesiones
- Lib. IV: De las obligaciones y contratos

Este código, como se ve, incluye la donación entre los modos de adquirir, y por ello la define como un acto en que se “dispone” (artículo 618), en el sentido de transferir. En esto sigue al código francés. Pero no porque haya concedido efecto dominical o real a los contratos, como éste, pues el código español exige tradición (artículo 609), y por ello es que de aquéllos trata por separado, en el libro IV. Sin embargo, algunas disposiciones permiten sostener la posibilidad de una donación obligacional, como el artículo 632, que para la donación verbal de muebles exige tradición, y a falta de ésta pide que se haga por escrito la donación, lo que da a entender que ahora es obligacional. El asunto ha sido muy discutido en la doctrina española¹⁹⁵.

Por lo demás, en esto, el código de 1889 se adaptó al *Proyecto de Código Civil* español (1851) de Florencio García Goyena y otros:

- Título preliminar: De las leyes y sus efectos y de las reglas generales para su aplicación
- Lib. I: De las personas
- Lib. II: De la división de los bienes y de la propiedad
- Lib. III: De los modos de adquirir la propiedad
 - Tít. 1º De las herencias
 - Tít. 2º De las herencias sin testamentos
 - Tít. 3º Disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él

¹⁹⁵ Por todos, véase MOZOS, José Luis de los, *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia* (Madrid, DYKINSON, 2000), pp. 41 ss.

- * Tit. 4º De las donaciones entre vivos
- Tit. 5º De los contratos y obligaciones en general
- Tit. 6º Del contrato de matrimonio
- Tit. 7º Del contrato de compraventa
- [...]
- Tit. 24º De la prescripción

En este proyecto, la propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción (artículo 548), en conformidad, por ende, con el sistema francés. La donación no aparece como modo de adquirir típico y específico, lo que en principio no extraña si suponemos que integra la categoría del contrato dentro de la triple manera de adquirir señalada por el citado artículo 548. Pero he ahí que de ella se trata en el título 4º del libro III, a continuación de los tres primeros títulos de ese libro dedicados a las herencias, y antes y separadamente, de los contratos, cuya exposición comienza en el siguiente título 5º, con sus reglas generales (*De los contratos y obligaciones en general*). Vale decir, se esperaría que el título pertinente a la donación viniera sito con posterioridad a ese título 5º, en algún espacio entre los contratos particulares. La explicación de García Goyena es ésta: “*Por su analogía con los testamentos se trata de ellas [sc. de las donaciones] a continuación de las herencias, aunque en realidad son verdaderos contratos*”¹⁹⁶. Por lo demás, es uno de esos contratos adquisitivos, cuya naturaleza de tal viene ofrecida en la definición del artículo 940, según el cual por la donación “*se transfiere [...] al donatario la propiedad de las cosas donadas*”.

2. En el siglo XX, aparte el ya mencionado código alemán, cabe destacar al *Codice Civile* de 1942: en consonancia con el código de 1865, seguidor del francés, este moderno código mantuvo la donación adherida al tratado de las sucesiones, pese a que todo conduce a pensar que para él se trata de un contrato:

- Lib. I: Della persona e della familia
- Lib. II: Delle successioni
 - Tit. 1º Disposizioni generali sulle successioni
 - Tit. 2º Delle successioni legittime
 - Tit. 3º Delle successioni testamentarie
 - Tit. 4º Della divisione
 - * Tit. 5º Delle donazioni
- Lib. III: Della proprietà
- Lib. IV: Delle obbligazioni
- Lib. V: Del lavoro

Por otro lado, este cuerpo legal superó de manera expresa las antiguas dudas acerca del carácter real u obligacional de la donación. De su definición en el artículo 769: “*La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione*”, se desprende que él adoptó ambos tipos, pues tanto se dona cuando se dispone de un derecho a favor del donatario, como

¹⁹⁶ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Madrid, 1852), II, p. 286.

cuando se asume una obligación hacia él. Pero la donación real no exige tradición, porque el código italiano sigue el sistema francés de adquisición por contrato; aquella, pues, se perfecciona por acto escrito público (artículo 782), salvo que se trate donación de muebles de módico valor, que exige tradición, no como modo sino como forma en vez del acto escrito (artículo 783).

El código portugués de 1966, en cambio, asienta la donación entre los contratos, en concordancia con el sistema pandectístico que está presente en ese cuerpo legal; pero es similar al italiano en cuanto a aceptar los dos tipos de donación en su artículo 940: “*Doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação em benefício do outro contraente*”. En el resto, la donación de inmuebles exige escritura pública sin tradición; pero la de muebles puede ser sin forma escrita y con forma de tradición, o sin ésta, pero por escritura privada (artículo 947).

- Liv. I: Parte geral
 - Tit. 1º Das leis, sua interpretação e aplicação
 - Tit. 2º Das relações jurídicas
- Liv. II: Direito das obrigações em geral
 - Tit. 1º Das obrigações em geral
 - Tit. 2º Dos contratos em especial
 - Cap. 1º Compra e venda
 - * Cap. 2º Doação
 - [...]
- Liv. III: Direito das coisas
- Liv. IV: Direito da família
- Liv. V: Direito das sucessões

El código holandés (“*Burgerlijk Wetboek*”) de 1992 sitúa la donación en su libro VII sobre contratos en especial (“*Bijzondere Overeenkomsten*”), tít. 11º: *Van Schenkingen* (artículos 1703 ss.).

VIII. LAS CODIFICACIONES IBEROAMERICANAS DE LOS SIGLOS XIX Y XX

1. Cumple ahora examinar cuáles fueron las opciones sistemáticas de las codificaciones americanas del siglo XIX con respecto a la donación. Por cierto, aquí haremos objeto de presentación solo a los códigos de aquellos países que ofrecen carácter original y que, por ende, estuvieron en condiciones de optar en el momento de elaborar el orden en el cual habrían de insertar el material que codificaban. Los cuerpos legales derivados de otros, ora europeos, ora americanos, se adaptaron, en cambio, al sistema del código del que derivaban¹⁹⁷. De esta forma, lo dicho para el *Code Civil* vale en América para los siguientes códigos de él procedentes: Haití (1825), Bolivia (1830)¹⁹⁸ y República Dominicana (1845).

¹⁹⁷ Sobre estos conceptos, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La sistemática de los códigos civiles de la época clásica de la codificación iberoamericana*, en prensa en *Roma e America. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*.

¹⁹⁸ Véase, con todo, más abajo la nota 223.

También pertenecen al género de los códigos derivados de alguno europeo el segundo emitido en Venezuela, en 1867, que era una copia muy fiel del *Proyecto de Código Civil* español de 1852, de Florencio García Goyena¹⁹⁹. Aquel cuerpo legal no rigió en el país sino hasta 1873, en que hubo de ser reemplazado por un tercer cuerpo, derivado casi entero esta vez del *Codice Civile del Regno d'Italia*, de 1865²⁰⁰, el cual consistía, a su vez, en una buena derivación del *Code Civil* de 1804. El segundo código que tuvo Honduras, promulgado en 1898 y vigente hasta 1906, era, a su vez, una adaptación del código español de 1889²⁰¹. Cuba hasta 1987 y Puerto Rico hasta la fecha, también recibieron el código español de 1889, ambos en este mismo año²⁰², cuando todavía eran provincias ultramarinas de la Corona de España. El código de Costa Rica (1842) reprodujo al boliviano de 1830 citado. El de Guatemala (1877) adoptó el proyecto de código peruano de 1847, que en su patria se convirtió en vigente en 1852, del que hablaremos. Adoptaron el código de Chile, del cual también habremos de hablar: El Salvador (1859 hasta la fecha)²⁰³, Ecuador (1858 - 1860 hasta la fecha)²⁰⁴, Colombia (sucesivamente por los diferentes estados granadinos desde 1858, luego por el Estado unitario en 1887, hasta la fecha), Venezuela (brevemente en 1860)²⁰⁵, Nicaragua (por más tiempo entre 1867 y 1904)²⁰⁶, y Honduras (entre 1880 y 1898²⁰⁷ y con un intervalo, desde 1906²⁰⁸). Téngase presente que Panamá, al separarse de Colombia en 1903, continuó rigiéndose hasta 1916 por el código colombiano que era el chileno²⁰⁹; en ese año se dio un cuerpo legal propio, que, empero, conservó exacta e íntegramente la sistemática chilena²¹⁰. Con respecto a ella, por ende, el código panameño siguió siendo el chileno. El código paraguayo de 1876 era el argentino de 1869.

De esta manera, durante el siglo XIX largo, solo los siguientes códigos iberoamericanos pueden ser considerados como originales: el peruano III de 1852²¹¹,

¹⁹⁹ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoamer.*, pp. 428 ss.

²⁰⁰ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoamer.*, pp. 472 ss.

²⁰¹ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoamer.*, pp. 488.

²⁰² GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoamer.*, 480 ss., 484 ss. Véase ahora: MONTENEGRO, Julia, *Algunas reflexiones sobre la codificación civil española y Ultramar*, en *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y estudios*, San Juan, Puerto Rico, 2003, 521 ss. Sobre el código de Puerto Rico, también ahora: GUIVÉN FLORES, César, *El Código Civil de Puerto Rico: instrumento jurídico prevaleciente de su identidad hispanoamericana*, en *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y estudios*, San Juan, Puerto Rico, 2003, 563 ss.

²⁰³ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoam.*, pp. 403 ss.

²⁰⁴ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoam.*, pp. 374 ss.

²⁰⁵ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoam.*, pp. 406 ss.

²⁰⁶ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoam.*, pp. 418 ss.

²⁰⁷ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoam.*, pp. 420.

²⁰⁸ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoam.*, pp. 421.

²⁰⁹ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoam.*, pp. 424 ss.

²¹⁰ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoam.*, pp. 491 ss.

²¹¹ Damos el número III al código de 1852, debido a que anteriormente, en 1836, en el Perú, dividido en los Estados Nor- y Sud-Peruano, como miembros de la Confederación Peruano-Boliviana, se recibió el código de Santa Cruz, cada Estado en forma independiente.

sustituido en 1936²¹²; el chileno de 1855, aun vigente²¹³; el uruguayo de 1868, todavía en vigor²¹⁴; el argentino de 1869 que aún rige²¹⁵; el mexicano II de 1870²¹⁶, reemplazado en 1928; el de Costa Rica II de 1886 que todavía existe²¹⁷; el de Nicaragua II de 1904, asimismo vigente²¹⁸, y el del Brasil I de 1916²¹⁹, suplantado en el 2000. Como durante el siglo XX varios países sustituyeron su anterior código, original o derivado, también trataremos de ellos en el lugar oportuno.

2. Comencemos por el Código Civil del Perú III (1852 - 1836) [Guatemala I, 1877 - 1936]:

Título preliminar

Lib. I: De las personas y sus derechos

Lib. II: De las cosas, del modo de adquirirlas, y de los derechos

que las personas tienen sobre ellas

Sección primera: De las cosas

Sección segunda: De los modos naturales de adquirir el dominio

Tit. 1º De la ocupación

Tit. 2º Del derecho de accesión

Tit. 3º Del hallazgo o invención

Sección tercera: Del modo de adquirir el dominio

por prescripción, enajenación o donación

Tit. 1º De la prescripción

Tit. 2º De la enajenación

* Tit. 3º De la donación

Sección cuarta: Del modo de adquirir el dominio por herencia

Sección quinta: De los derechos que los cónyuges tienen

sobre sus bienes propios y comunes

Sección sexta: De las servidumbres

Sección séptima: De las capellanías y del patronato

Lib. III: De las obligaciones y contratos

En este punto el código peruano demuestra una vez más su tradicionalismo con relación al derecho vernáculo²²⁰: la donación aparece tratada como modo de adquirir, no por influencia del derecho francés, cuyo principio del efecto real de los contratos rechazó, sino de las *Institutiones* de Justiniano. Su artículo 579 dijo: “*Por la donación se transfiere gratuitamente a otro el dominio de alguna cosa*”. El artículo 571 define la enajenación y dice que por ella “*se transfiere a otro el*

²¹² GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoam.*, pp. 329 ss. Sobre la codificación peruana, ahora: RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX, II: La codificación del siglo XIX: Los códigos de la Confederación y el Código civil de 1852*, (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001).

²¹³ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoam.*, pp. 349 ss.

²¹⁴ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoam.*, pp. 458 ss.

²¹⁵ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoam.*, pp. 441 ss.

²¹⁶ Antes estuvo el efímero Código Civil del Imperio mexicano promulgado en 1866.

²¹⁷ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoam.*, pp. 468 s.

²¹⁸ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoam.*, pp. 469 ss.

²¹⁹ GUZMÁN, A., *Codific. civil Iberoam.*, pp. 494 ss.

²²⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El tradicionalismo del Código Civil peruano de 1852*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23 (Valparaíso, 2001), pp. 547 - 565.

dominio de una cosa, a título gratuito, como en la donación, o a título oneroso, como en la venta y la permuta". En fin, el artículo 574 expresa: "*La enajenación se completa por la tradición, que es la entrega que se hace de una cosa poniéndola a disposición del nuevo dueño*". De acuerdo con esto, la donación es título de la enajenación (artículo 571), que es como el código de 1852 denomina a la tradición del *ius commune*. Por ello, podrías pensarse que el modo actuante es precisamente la enajenación (artículo 571). Pero acto seguido, la donación aparece como un modo distinto y autónomo (artículo 579). Las cosas llegan al colmo, empero, cuando el artículo 581 dice: "*La donación entre vivos se perfecciona con la aceptación del donatario, o con la entrega de la cosa*", en el claro entendido que cuando hay entrega de la cosa es porque el donatario acepta la donación recibiendo. Pero como el código admite que puede haber aceptación sin entrega, queda por saber si con esta aceptación él adquiere el dominio, o solo un crédito contra el donante; vale decir, si se perfecciona una donación puramente obligacional.

El código de 1936, que sustituyó al anterior, trasladó la donación a un libro V: *Del derecho de obligaciones*, sección 5ª: *De los diversos contratos*, título 4º: *De la donación*. Ahí define un tipo real (artículo 1466), pues va declarado que por la donación se transfiere una cosa; y ella se celebra verbalmente y con inmediata tradición si lo donado es mueble de pequeño valor, y en caso contrario por escrito sin tradición (artículo 1474); la donación de inmuebles exige escritura pública. El código de 1984, que estatuye sobre la materia en un libro VII: *Fuentes de las obligaciones*, sección 2ª: *Contratos nominados*, título 4º: *Donación*, innovó sustancialmente los criterios del precedente cuerpo legal. El define la donación como un contrato que obliga a transferir la propiedad de una cosa (artículo 1621). Si el objeto es mueble, se cumple la obligación con la tradición (artículo 947); si es inmueble, la sola obligación transfiere el dominio (artículo 949). Además, para la donación de muebles establece este código límites de valores ciertos, hasta uno de los cuales se puede donar verbalmente; por sobre el cual y hasta otro valor, se exige escritura privada (artículos 1623 y 1624). La de muebles de valor superior al segundo valor y la de inmuebles exige escritura pública (artículo 1625).

3. En 1877, Guatemala había adoptado el *Proyecto de Código Civil* peruano de 1847 (futuro código de 1852), pero lo sustituyó en 1933 por otro que no trató, empero, sobre la donación, porque la remitió a un futuro *Código de Obligaciones* (artículo 1037), que nunca se emitió. En 1963 fue promulgado un tercer código de Guatemala, en cuyo libro V: *Del derecho de obligaciones*, 2ª parte: *De los contratos en particular*, título VI se trata de la donación, concebida como real, pues transfiere (artículo 1855); y si es de inmuebles se exige escritura pública, sin que el código nada diga sobre la de muebles, que por ende se puede hacer verbalmente.

4. El código de Chile (1855) [El Salvador (1859), Ecuador (1858 - 1860), Colombia (1858), Venezuela (en 1860), Nicaragua (1867 - 1904), Honduras (1880 - 1898 y desde 1906)] ofrece el siguiente panorama:

Título preliminar

Lib. I: De las personas

Lib. II: De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce

Lib. III: De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos

Tit. 1º Definiciones y reglas generales

[...]

*Tit. 13º De las donaciones entre vivos

Lib. IV: De las obligaciones en general y de los contratos

Este código, pues, trata de las donaciones a continuación de la sucesión por causa de muerte en su libro III; mas no como modo de adquirir, que es claro que la donación no lo es en ese código (artículo 588), sino como un apéndice, puramente sistemático, de la sucesión. El codificador chileno localizó ahí a la figura quizá por abrigar dudas de que se tratase siempre de un contrato²²¹; el cual en todo caso es título adquisitivo del dominio en la tradición (artículo 675); se la define ciertamente como un acto real, pues transfiere (artículo 1386), de modo de exigir tradición si es mueble lo donado, y escritura pública e inscripción si es inmueble (artículo 1400). Hasta cierto valor, se exige autorización judicial para la donación, que el código llama insinuación (artículo 1401). Se discute, empero, si cabe una donación obligacional, aunque el articulado del código la supone así varias veces. Por lo demás, éste –en seguimiento de Savigny– exige disminución patrimonial en el donante y aumento en el donatario (artículo 1398).

5. El Código Civil del Uruguay (1869), ofrece la siguiente perspectiva:

Título preliminar: De las leyes

Lib. I: De las personas

Lib. II: De los bienes y del dominio o propiedad

Tit. 1º De la división de los bienes

Tit. 2º Del dominio

Tit. 3º Del usufructo, uso y habitación

Tit. 4º De las servidumbres

Tit. 5º De la posesión

Tit. 6º De la reivindicación

Lib. III: De los modos de adquirir el dominio

Lib. IV: De las obligaciones

Parte 1ª: De las obligaciones en general

Parte 2ª: De las obligaciones que nacen de los contratos

*Tit. 1º De las donaciones

Tit. 2º De la compraventa

Tit. 3º de la permuta o cambio

Tit. 4º Del arrendamiento

[...]

Para este código, pues, la donación pertenece a los contratos; pero él la define como un contrato real, pues merced a él el donante “*se desprende desde luego*” del objeto donado (artículo 1587), aunque después nada se diga en orden a la

²²¹ Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El concepto y los tipos de donación entre vivos en el derecho chileno*, § 2, en prensa.

necesidad de una tradición (que para este cuerpo legal es modo de adquirir, según su artículo 680), y no bien no aparezca en qué sentido sería ella fuente de obligaciones.

6. Enseguida se presenta el Código Civil de la Argentina (1869) [Paraguay, 1876 - 1985]:

Titulos preliminares

Lib. I: De las personas

Lib. II: De los derechos personales en las relaciones civiles

Sec. 1ª [sin rúbrica]

Parte primera [sin rúbrica]

De las obligaciones en general

De las obligaciones con relación a su objeto

De las obligaciones con relación a las personas

Sec. 2ª De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones

Sec. 3ª De las obligaciones que nacen de los contratos

Tit. 1º De los contratos en general

Tit. 2º De la sociedad conyugal

Tit. 3º Del contrato de compra y venta

Tit. 4º De la cesión de créditos

Tit. 5º De la permutación

Tit. 6º De la locación

Tit. 7º De la sociedad

* Tit. 8º De las donaciones

Tit. 9º Del mandato

Tit. 10º De la fianza

[...]

Lib. III: De los derechos reales

Lib. IV: De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes

El código argentino define un tipo real de donación, pues esta transfiere (artículo 1789), y exige siempre la tradición (artículos 1792 y 1816); la de inmuebles requiere instrumento público (artículo 1810).

7. El Paraguay, que en 1876 adoptó el código argentino, lo vino a reemplazar en 1985. En la materia que aquí interesa no se observa variación alguna, pues en el nuevo código, la donación aparece en el capítulo 12º: *De la donación*, del título 2º: *De los contratos en particular*, del libro III: *De los contratos y otras fuentes de las obligaciones*.

8. Comparece ahora el Código Civil de México II (1872):

Título preliminar De la ley y sus efectos con las reglas generales de su aplicación

Lib. I: De las personas

Lib. II: De los bienes, la propiedad y sus diferentes modificaciones

Lib. III: De los contratos

Tit. 1º De los contratos en general

Tit. 2º De las diferentes especies de obligaciones

[...]

Tit. 6º De la fianza

Tit. 7º De la prenda y de la anticresis

Tit. 8º De la hipoteca

Tit. 9º De la graduación de los acreedores

- Tít. 10º Del contrato de matrimonio con relación a los bienes de los consortes
- Tít. 11º Del contrato de sociedad
- Tít. 12º Del mandato o procuración
- Tít. 13º Del contrato de obras o prestación de servicios
- Tít. 14º Del depósito
- * Tít. 15º De las donaciones
- Tít. 16º Del préstamo
- [...]

Lib. IV: De las sucesiones

El artículo 2712 definía a la donación en términos de un contrato real, por el que una persona “transfiere” a otra una parte de sus bienes o todos ellos. Si es de muebles, podía ser verbal hasta cierto valor (artículos 2723 y 2724), y por escritura pública si la cosa supera esa valor (artículo 2725); la donación de inmuebles exigía escritura pública y registro del título (artículo 2726). El código no menciona a la tradición.

El nuevo código mexicano de 1928, entre las modificaciones sistemáticas que introdujo a su antecesor de 1870, no estuvo alguna que afectara a la donación en cuanto asignada a la parte de contratos: ella ocupa el título 4º de la 2ª parte: *De las diversas especies de contratos*, del libro IV: *De las obligaciones*. Lo propio puede decirse, en general, para el régimen dogmático de esta figura.

9. Similar consideración contractual de la donación se ve también en el Código Civil de Costa Rica II (1886), que sustituyó al anterior de 1842, que, como se recordará no era sino una adopción completa del boliviano de 1830, que imitaba al francés:

- Título preliminar: De la publicación, efectos y aplicación de las leyes
- Lib. I: De las personas
- Lib. II: De los bienes y de la extensión y modificaciones de la propiedad
- Lib. III: De las obligaciones
- Lib. IV: De los contratos y cuasicontratos y de los delitos y cuasidelitos como causas de obligaciones civiles
 - Tít. 1º Contratos y cuasicontratos
 - Tít. 2º Delitos y cuasidelitos
 - Tít. 3º De la venta
 - Tít. 4º De la cesión
 - Tít. 5º Del arrendamiento de cosas
 - Tít. 6º Del arrendamiento de obras
 - [...]
 - * Tít. 13º De las donaciones
 - Tít. 14º Contratos aleatorios

El artículo 1397 de este cuerpo legal –que no define la donación– la admite como verbal de muebles con tradición en función de forma, hasta cierto valor; las que lo superen y las de inmuebles requieren escritura pública; en todos los casos, el acto transfiere el dominio al donatario (artículo 1404); así que tiene carácter real entre las partes (artículo 480), si bien para su eficacia con respecto a terceros se exige tradición del mueble o inscripción del título donatorio del inmueble (artículos 454 y 459).

10. Se ofrece a consideración ahora el Código Civil de Nicaragua II (1904), que reemplazó al de 1867, imitación del chileno de 1855:

- Titulo preliminar
- Lib. I: De las personas y de la familia
- Lib. II: De la propiedad, modos de adquirirla y sus diferentes modificaciones
- Lib. III: De las obligaciones y contratos
 - Tit. 1º De las obligaciones
 - Tit. 2º De los modos de extinguirse las obligaciones
 - [...]
 - Tit. 7º De los contratos
 - Tit. 8º Delitos y cuasidelitos
 - Tit. 9º Del apremio corporal en materia civil
 - Tit. 10º Del contrato de compraventa
 - Tit. 11º De la cesión de derechos
 - Tit. 12º De la permuta
 - * Tit. 13º De las donaciones entre vivos
 - Tit. 14º Del arrendamiento o locación
 - Tit. único De los censos
 - Tit. 15º De la sociedad
 - Tit. 16º Del mandato
 - [...]

Este código define un tipo real de donación en su artículo 2756, como un *“acto por el cual una persona transfiere [...] la propiedad de una cosa a otra persona [...]”*²²²; pero debe tenerse presente que aquél sigue el sistema francés de transferencia entre vivos por contrato traslativo (artículo 616). Las donaciones de muebles son consensuales, pero las de inmuebles exigen escritura pública (artículo 2768).

11. Para completar este panorama del siglo XIX largo en Iberoamérica, comprobemos la misma tendencia a situar la donación entre los contratos en el código del Brasil I (1816):

- Código Civil del Brasil I (1916)
- Parte geral
- Lib. I: Das pessoas
- Lib. II: Dos bens
- Lib. III: Dos fatos jurídicos
- Parte especial
- Lib. I: Do direito de família
- Lib. II: Do direito das coisas
- Lib. III: Do direito das obrigações
 - Tit. 1º Das modalidades das obrigações
 - Tit. 2º Dos efeitos das obrigações
 - Tit. 3º Da cessão de crédito
 - Tit. 4º Dos contratos
 - Tit. 5º Das várias espécies de contratos

²²² El título 13º del libro III del código nicaragüense de 1904 reproduce en todo al título 13º del libro III sobre donaciones del código chileno, con algunas variantes. Entre las más importantes está la abolición de la insinuación judicial (artículo 2769).

Cap. 1º Da compra e venda

Cap. 2º Da troca

* Cap. 3º Da doção

Cap. 4º Da locação

Cap. 5º Do empréstimo

[...]

Tít. 6º Das obrigações por ato unilateral da vontade

Lib. IV: Do direito das sucessões

El artículo 1165 de este código definía un tipo real de donación por transferencia. Para la donación de inmuebles se exigía escritura pública, y privada para la de muebles (artículo 1168 inciso 1º); salvo para la de muebles de pequeño valor que solo requería tradición inmediata (artículo 1168 inciso 2º). En cuanto a la adquisición, como este código conocía la inscripción del título para la transferencia de inmuebles (artículo 530 Nº 1) y la tradición de la cosa para la de muebles (artículo 620), resulta de esto que la donación siempre exigía tradición, porque era esta la que generaba la adquisición, de modo que la exigencia de escritura pública o privada creaba un contrato que debía consumarse por dicha tradición.

La opción no ha variado en el nuevo código brasileño de 2002. Ahí, la donación está tratada en el capítulo 4º del título 6º: *Das várias espécies de contrato*, del libro I: *Do direito das obrigações* de la parte especial de ese código, en los mismos términos que en el anterior (artículos 538 y 541).

12. Finalmente, examinemos algunos códigos de los cuales no ha habido oportunidad anterior de hablar.

a) Desde luego, está el código de Venezuela de 1942, que en medio de muchas reformas, viene a ser el de 1873, calcado del italiano de 1865, cuya planta conserva el mencionado de 1942. De la donación, pues, se trata en el libro III sobre los modos de adquirir, y la única diferencia sistemática observada es la inversión de orden sucesiones/donaciones del original italiano, que acercó más estas a los contratos en particular:

De las leyes y sus efectos, y de las reglas generales para su aplicación

Lib. I: De las personas

Lib. II: De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones

Lib. III: De las maneras de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos

Tít. 1º De la ocupación

Tít. 2º De las sucesiones

Tít. 3º De las obligaciones

* Tít. 4º De la donación

Tít. 5º De la venta

[...]

De acuerdo con su artículo 1431, la donación transfiere, vale decir, es real; no necesita tradición (artículo 1446); ella es consensual si versa sobre muebles hasta cierto valor (artículo 1439 inciso 2ª), por sobre el cual se requiere escritura auténtica (artículo 1439 inciso 1º).

b) También está el código de Bolivia III de 1975, reemplazante del viejo

código de 1830²²³, en que la donación quedó desplazada a los contratos:

- Libro I: De las personas
- Libr. II: De los bienes, de la propiedad y de los derechos reales sobre cosa ajena
- Lib. III: De las obligaciones
 - Primera parte: De las obligaciones en general
 - Segunda parte: De las fuentes de las obligaciones
 - Tít. 1º De los contratos en general
 - Tít. 2º De los contratos en particular
 - Cap. 1º De la venta
 - Cap. 2º De la permuta
 - * Cap. 3º De la donación
 - Cap. 4º Del arrendamiento
 - [...]
- Lib. IV: De las sucesiones por causa de muerte
- Lib. V: Del ejercicio, protección y extinción de los derechos

El código de 1975, calcado sobre el italiano de 1942, acepta un tipo real y otro obligacional (artículo 655). Toda donación exige documento público (artículo 667), salvo la de muebles de módico valor que es consensual si sigue de inmediato una tradición (artículo 669), que es forma reemplazante de la escritura. En todo caso, el acto hace adquirir el dominio (artículo 110).

c) Desde 1889, Cuba se rigió por el código español, como provincia ultramarina de España que entonces era. En 1987 se emitió un nuevo cuerpo legal, que sitúa la donación en su libro III: *Derecho de obligaciones y contratos*, título 6º, cuyo artículo 371 describe un contrato real de transmisión (transferencia). Si recae sobre muebles, puede hacerse consensualmente con tradición inmediata como forma (artículo 373); la de inmuebles exige documento público (artículo 374 inciso 1º) y tradición²²⁴.

13. En conclusión, la codificación iberoamericana de los siglos XIX y XX se presenta bajo la firme constancia de considerar a la donación entre los contratos, y de emplazarla congruentemente en la parte del respectivo cuerpo legal a ellos pertinente. Las únicas excepciones han sido las de los códigos del Perú de 1852 (que ya no rige más), porque la situó entre los modos de adquirir; y de Chile de 1855 (que aun está en vigencia en Ecuador, Colombia, El Salvador y Honduras, lo mismo que en país de origen), en donde aparece localizada en el libro sobre sucesiones, pero como apéndice, porque no es que se la considere como una figura del derecho sucesorio, si bien es dudoso que sea siempre, al menos, un contrato obligatorio.

También es una constante del derecho codificado iberoamericano la atribu-

²²³ El código de 1830 trataba a la donación como modo de adquirir (artículo 437), igual que el francés, su fuente más habitual en todo, salvo en derecho sucesorio y de familia, fundados en el derecho castellano-indiano; y la exponía después de los testamentos y sucesiones, sobre lo cual véase GUZMÁN, Alejandro, *La pervivencia de instituciones sucesorias castellano-indianas en las codificaciones hispanoamericanas del siglo XIX*, en prensa en las actas del XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado en Lima, en septiembre de 2003.

ción de un carácter real y no obligacional a la donación, sea que tal carácter lo confiera la necesidad de una posterior tradición (o inscripción de inmuebles), sea que provenga del contrato mismo en cuanto modo de adquirir, de acuerdo con el principio del derecho francés. El código peruano de 1984 es una excepción, pues diseña la donación como un contrato obligacional, que obliga, pues, a una posterior tradición en función de cumplimiento del contrato ya perfecto.

Frecuentemente los códigos iberoamericanos exigen escritura para donaciones superiores a un cierto valor, que debe ser pública si se trata de inmuebles. Algunos de esos cuerpos legales (Costa Rica II, de 1886, Brasil I de 1916 y II de 2000, Bolivia III de 1975, Cuba II de 1984) aceptan, empero, un contrato meramente consensual (que a veces llaman “verbal”), vale decir, sin escritura, pero con exigencia de tradición inmediata como forma, para donaciones de baja monta o inferiores a un valor fijado. En esta combinación debemos ver alguna influencia del *ius commune*²²⁵.

²²⁴ A modo de apéndice a esta exposición sobre los códigos iberoamericanos, señalaremos que el de Québec de 1994 emplaza la donación en su libro V: *Des obligations*, titr. 2^{ème} *Des contrats nommés*, chap. 2^{ème} *Des donations*, a continuación de la venta. Su artículo 1806 dice que el donante “*transfère la propriété à titre gratuit à un autre personne*”, definiendo, pues, un tipo real. Como según este código la propiedad se adquiere también por contrato (artículo 916), la celebración de la donación ya importa adquisición. Por regla general, ella debe celebrarse por acto notarial; pero si recae sobre muebles, el acto notarial puede ser sustituido por la tradición inmediata (artículo 1824), que entonces es forma. De acuerdo con ello, cuando el inciso 1º del artículo 1807 dice: “*La donation entre vifs est celle qui emporte le dessaisissement actuel du donateur, en ce sens que celui-ci se constitue actuellement débiteur envers le donataire*”, esto debemos entenderlo referido a la posesión, en cuanto el donante, si celebra el acto escrito, debe la entrega al donatario.

²²⁵ Véase más arriba IV, 1, b).