

LA PROHIBICION DE DONACIONES ENTRE CONYUGES EN EL DERECHO CIVIL DE MALLORCA

MIGUEL MASOT MIQUEL

Prof. Adjunto interino de Derecho civil

SUMARIO: I. Introducción. II. Fundamento histórico de la regla prohibitiva de las donaciones entre cónyuges. III. Exámen crítico de la pervivencia de la prohibición de donaciones entre cónyuges. IV. La protección de los legitimarios y acreedores del cónyuge donante. V. La posibilidad revocatoria de la donación entre cónyuges. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

la vigencia en nuestra Isla de los principios e instituciones del Derecho romano ha perpetuado hasta nuestros días —y, concretamente, hasta nuestra vigente Compilación— la vieja norma romana prohibitiva de las donaciones entre cónyuges. Si el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de decir, en la sentencia de 24 de Octubre de 1964, que el Derecho romano se ha venido aplicando en Mallorca, no en un verdadero sentido de Derecho supletorio, sino, por el contrario, con el caracter de *consuetudinario*, al margen de que concurriesen o no los requisitos exigidos para su valoración como costumbre, no se puede negar, que en el caso de las donaciones entre cónyuges, ha existido un criterio unánime y tradicional, dentro de nuestro Derecho, coincidente en que tales negocios jurídicos estaban prohibidos, y, en consecuencia, su otorgamiento afectado de nulidad. No hay en los

protocolos notariales que se conservan en nuestro Archivo histórico —por lo menos en lo que referencia hace a los instrumentos por mí examinados, que han sido muchos— huellas de negocios jurídicos gratuitos entre cónyuges; y, de otra parte, la doctrina ha considerado siempre que el criterio prohibitivo de las donaciones entre cónyuges era tradicional en nuestro Derecho. Así, Pedro Ripoll y Palou en su *Memoria de las Instituciones del Derecho Civil de las Baleares*, nos dice que, existiendo libertad completa de parte de cada uno de los cónyuges para adquirir toda clase de bienes sin comunicarse aumento ni ganancia, ha sido natural que subsistiese todo el rigor de las antiguas leyes para prevenir el caso de que el marido, procediendo a impulsos del amor, o cediendo a los halagos de su mujer, cuando no por otras causas de diversa índole, ejecuta adquisiciones figurándolas a nombre de aquella en los títulos de sus respectivos otorgamientos (1). Y Pascual González, al tratar de los afectos jurídicos del régimen de separación de bienes, se refiere tan solo a la posibilidad de venderse los cónyuges bienes recíprocamente, con lo que da por entendido que las donaciones entre los consortes están prohibidas (2).

Es curioso, sin embargo, que la prohibición de donaciones entre cónyuges dentro de nuestro sistema jurídico, tenga que deducirse en base a una interpretación a sensu contrario del artículo 4º párrafo 3º de nuestra Compilación; y así, de la afirmación contenida en dicho precepto de que “serán válidos en dicho régimen los actos y contratos que celebren entre sí los cónyuges a título oneroso”, se deduce la invalidez de los actos y contratos celebrados entre los cónyuges a título gratuito. Ciertamente, los precedentes de la Compilación no fueron tampoco mucho más explícitos sobre el particular. De los tres proyectos de Apéndice que precedieron a nuestro Texto compilado —y que no pasaron de ser meros proyectos—, los de 1903 y 1920 soslayan la cuestión, señalando tan solo que “los bienes parafernales se rigen en territorio balear por las disposiciones del Derecho común”, y que “los frutos de los bienes parafernales deben contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio” (3). Por el contrario, el proyecto de 1949 pasó a abordar la materia del régimen económico matrimonial con mayor amplitud y precisión, y sanciona de manera expresa la posibilidad de ventas recíprocas entre marido y mujer, al señalar en el art. 58 que “a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá

(1) Ripoll y Palou, MEMORIA DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL DE LAS BALEARES, Palma 1885 pág. 28

(2) Pascual González, DERECHO CIVIL DE MALLORCA, Palma 1951 pág. 100.

(3) Arts. 72 y 73 del Proyecto de 1903 y arts. 68 y 69 del Proyecto de 1920.

contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de los mismos y el marido y la mujer podrán vendérselos recíprocamente”; según este texto, era también preciso acudir a la interpretación a sensu contrario para derivar el principio prohibitivo de las donaciones entre cónyuges.

No parece fácil adivinar a que es debida la ausencia en nuestro Texto compilado de una regla general prohibitiva de las donaciones entre cónyuges. Tal vez la idea de hacer una Compilación que pudiera presentarse como un ejemplar botón de muestra de las virtudes de la brevedad y de la concisión —que no, desde luego, de otras virtudes— determinó que el tratamiento de la materia quedara reducido a una afirmación del principio contrario de validez de los contratos onerosos; tal vez se consideró que con la afirmación de este principio había un valor entendido de mantenimiento de la regla prohibitiva de las donaciones; y es posible también que los compiladores no quisieran siquiera abordar la materia para no tener que tomar, de manera explícita, partido entre los dos principios que nos muestra el Derecho romano a lo largo de su evolución, pues, según es sabido, el rigor de la primitiva prohibición inicial romana de las donaciones entre cónyuges se vió suavizado por un Senadoconsulto del año 206 propuesto por Severo y Caracalla, en el que se dispuso que la donación se consideraría convalidada si el esposo donanta moría sin haber manifestado intención de revocarla, en cuyo caso valdría como donación mortis causa.

Sea como sea, lo cierto es que nos encontramos con la regla prohibitiva de las donaciones entre cónyuges enraizada dentro de nuestro sistema jurídico. Y, en este sentido, parece lógico que nos preguntemos sobre el porqué de la prohibición, y nos planteemos muy seriamente el análisis de su pervivencia. En definitiva, la cuestión se centra en determinar si estamos ante una institución querida y aceptada por nuestro pueblo, arraigada en nuestras tradiciones jurídicas, o por el contrario ante una norma que no encaja con el marco socio-económico en que se desenvuelve actualmente la familia mallorquina. Indudablemente, el análisis ha de realizarse con exquisito cuidado, pues la regla prohibitiva de las donaciones entre cónyuges tiene un evidente carácter imperativo, por lo que despliega sus efectos sobre todos los matrimonios mallorquines, que no pueden excluir en modo alguno el juego de la prohibición. No estamos, pues, ante una institución de Derecho permisivo que solo entra en juego cuanto así es querido por quienes deciden su otorgamiento. Ello avala, pues, de entrada, la importancia del tema y el rigor con que ha de plantearse el examen de la pervivencia de la prohibición de donaciones entre cónyuges.

No es ocioso recordar, por otra parte, el ejemplo que desde otros ángulos se nos suministra en acercamientos al tema. Así, la Sección III del II Congreso Jurídico Catalá recomendaba la supresión de la prohibición de donaciones entre cónyuges. Y la ley 11/1981 de 13 de Mayo, ha dejado sin efecto la norma del art. 1334 Cc. sancionadora de la nulidad de las donaciones entre cónyuges, para afirmar, por el contrario, en el art. 1323 que el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. De otra parte, es preciso tener en cuenta que se está ahora ante la ocasión de decidir de manera definitiva sobre la pervivencia de la institución, ante el hecho de haberse constituido recientemente la Comisión de Juristas de Baleares, para la adaptación a la Constitución y revisión del Texto compilado, en virtud de lo prevenido en el Real Decreto de 22 de Mayo de 1981, y creo que es ésta que estoy tratando una de las materias de la Compilación acerca de las cuales es más urgente interrogarse sobre su supervivencia para el futuro.

Decía líneas atrás que el análisis debía realizarse planteándonos el fundamento histórico de la prohibición y su inserción dentro del marco de la vida actual. Ello suministra, de entrada, la pauta sistemática del presente trabajo, pues voy a referirme a cada una de estas dos cuestiones, para después dedicar un tercer apartado a la consideración de las donaciones fraudulentas, es decir, de aquellos supuestos en que, partiendo de la base de una posible desaparición de la regla prohibitiva, las donaciones no vendrían impedidas por un respetable animus donandi sino por un consciente o inconsciente proposito defraudatorio de tercero, particularmente acreedores y legitimarios del donante, estudiando si la situación jurídica de éstos se vería notablemente perjudicada por la desaparición de la prohibición, y dedicando un último apartado a la posibilidad revocatoria de estas donaciones, dando por sentada, aquí también, la futura desaparición de la regla prohibitiva.

II. EL FUNDAMENTO HISTORICO DE LA REGLA PROHIBITIVA DE LAS DONACIONES ENTRE CONYUGES

No existe entre los romanistas unanimidad en cuanto a suministrar una explicación fundada del origen y fundamento de la prohibición de donaciones entre cónyuges. Conocido es el texto de Ulpiano en sus *Comentarios a Sabino*, expresivo de que "está admitido entre nosotros por la costumbre que no sean válidas las donaciones entre marido y mujer. Pero se admitió éste, para que reciprocamente no se

despojases por su mutuo amor, no moderándose en las donaciones, sino haciéndolas respecto de sí con dispendiosa facilidad” (4). García Garrido señala también como posible circunstancia motivadora de la norma prohibitiva el desmedido afán de lucro y de riquezas de la época en que surgió la prohibición —que dicho autor sitúa al final de las guerras púnicas— con lo que podía darse el caso de que la mujer derrochase su propio patrimonio y el de su marido por un afán de lujo desenfrenado. Y considera que el origen de la prohibición no ha de buscarse en la *Lex cincia de donis et muneribus*, pues en la misma se establecía que la donación superior a cierta cantidad no se efectuase, pero una vez que se había transmitido la cosa objeto de la donación, pasaba a ser la misma irrevocable; por el contrario, las donaciones entre cónyuges venían afectadas de nulidad, aún cuando se hubiesen realizado con los requisitos necesarios para el acto de atribución (5). Por todo ello considera dicho autor que el origen de la prohibición ésta en la *Lex iulia et papia*, de la época de Augusto, aunque también en la *Ley cincia de donis et muneribus* se prohibieran las donaciones. La prohibición asimismo —dice el Profesor Lacruz— podría tratar de impedir que los cónyuges se aparten del mantenimiento de la prole y que la concordia entre ellos solo pueda mantenerse al precio de las donaciones (*Vanale concordium*) (6).

De todos modos, es de observar que las fuentes nos suministran datos expresivos de que, a pesar de la prohibición, se producían algunos efectos, al menos los relativos a la posibilidad de usucapir los bienes donados. Así, en un texto de Pomponio, en los Comentarios a Sabino se dice:

“Si yo te hubiera comprado lo que poseías como abandonado, sabiendo yo que se hallaba en esta condición, consta que puedo usucapirlo, y no lo impide que no se hallara en tu patrimonio, pues vale el mismo principio cuando te he comprado a sabiendas una cosa que te ha donado tu mujer porque lo vendiste como si lo consintiera y permitiera quien tiene su propiedad (7)

Como dice Samper Polo comentando el texto, se compara en el mismo la posición de quien compra una cosa poseída por derelicto,

(4) Digesto, Libro XXIV, título I fragmento 1.

(5) García Garrido, IUS UXORIUM. El regimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano, Roma-Madrid 1958 págs. 78 y ss.

(6) Lacruz, DERECHO DE FAMILIA, Barcelona 1963 pág. 227.

(7) Digesto, Libro XLI, título 7, fragmento 5 pr.

con la de quien compra al marido una cosa que le donó su mujer, en cuyo caso la posesión se ha obtenido en virtud de un título ciertamente nulo, dada la estricta prohibición que, en tiempos de Pomponio, no estaba ni siquiera atenuada por la *Oratio Divi Severi*, a la que nos referimos de inmediato (8).

En efecto; tal cual se ha indicado, el rigor de la prohibición romana se vió atenuado en virtud de un Senadoconsulto del año 206, propuesto por Severo y Caracalle (*Oratio Divi Severi*) en el que se dispuso que la donación se consideraría convalidada si el esposo donante moría sin haber manifestado intención de revocarla, en cuyo caso valdría como donación, *mortis causa*.

A pesar de lo cual, y aún después de haberse abierto un camino hacia la validez de las donaciones entre cónyuges a través de la *Oratio Divi Severi*, se encuentran nuevos textos que insisten en la prohibición. Posiblemente la explicación de este aparente contrasentido pueda estar —señalada Samper Polo— en conseguir, mediante el efecto combinado de la prohibición y la *Oratio Divi Severi*, que las donaciones entre cónyuges sean revocables, para proteger de este modo las eventuales expectativas sucesorias de los hijos comunes, las cuales se podrían ver perjudicadas por efectos de un pacto sucesorio precipitado. Hay interés en evitar que los conyuges se hagan donaciones irrevocables justamente para permitir que cualquiera de los padres, durante el matrimonio, pueda preferir los hijos al cónyuge. Cuando más tarde, en las fórmulas visigóticas, se establecen donaciones irrevocables entre cónyuges, se hacen siempre en el supuesto de que no hay hijos comunes, y con una clausula de revocación para el caso de que nazcan en el futuro (9).

El Derecho visigodo, quitó de nuevo vigor a la primitiva prohibición romana; y así la ley *cum dotibus*, contenida en el *Liber Iudiciorum*, únicamente concede vigencia a la prohibición de donaciones entre cónyuges durante el primer año de matrimonio, pudiendo, tras dicho lapso de tiempo, hacerse los cónyuges donaciones. Posiblemente late en la norma norma el fundamente romano de evitar que los cónyuges *ne mutuo amore invicem spoliarentur*, así como la consideración de que estos efluvios amorosos, que llegan a tales extremos espoliatorios,

(8) Francisco Samper Polo, TRES TEXTOS SOBRE POSSESSIO EX BONA FIDE, pág. 13 y ss. no publicado.

(9) Francisco Samper Polo, LA DISPOSICION MORTIS CAUSA EN EL DERECHO ROMANO VULGAR, publicado en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, Madrid 1968 pág. 162.

son difícilmente previsibles tras el transcurso de un año de matrimonio. Por el contrario, Las partidas volvieron al criterio romano, aunque recogiendo numerosas excepciones a la regla prohibitiva, y así, estaban en principio prohibidas las donaciones entre cónyuges, si bien, por excepción, se consideraban válidas las donaciones mortis causa, o que se hubieran de cumplir después de la muerte del donante, las otorgadas para fines de piedad o para fines de honor o dignidad de uno de los cónyuges, aquellas en que un cónyuge se enriquece sin empobrecerse el otro, o en que el cónyuge donante se empobrece sin enriquecerse el donatario, así como todas las donaciones de poca importancia, que fueran mero simbolo de cariño o regocijo familiar (Partida IV, título XI, leyes 4ª, 5ª y 6ª).

El proyecto de Código civil de 1851 hizo tabla rasa con la posibilidad de excepciones respecto de la regla prohibitiva y sentó el principio de nulidad de las donaciones entre cónyuges de manera casi absoluta, criterio que después pasó al antiguo art. 1.334 del Código civil, que sólo admitía, por excepción, la validez de los regalos módicos realizados con ocasión de regocijo familiar, precepto hoy derogado por la ley 11/1981 de 13 de Mayo, la cual establece un criterio contrapuesto, al afirmar en el art. 1.323 que el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.

El Derecho comparado nos muestra hoy que el mantener el principio prohibitivo de las donaciones entre cónyuges, sin admitir siquiera el resquicio de su posible validez como donación mortis causa si el donante muere sin haberlas revocado, supone adoptar un criterio ciertamente insólito.

En los sistemas jurídicos de Cataluña y Baleares la vigencia de los principios romanos era evidente, tanto por la aplicación del Derecho romano como, posteriormente, por la recepción del *Ius commune* romano canónico, pues en el Libro IV, título XX de las Decretales de Gregorio IX se establecía que la donación entre cónyuges hecha constante matrimonio, por la que uno de los conyuges se enriquece y otro se empobrece, no es firme a no ser que el donante fallezca sin revocarla.

A la hora de recoger en las respectivas Compilaciones la estructuración de la materia, existían, evidentemente, dos posibilidades: o bien mantener la norma prohibitiva sin excepción, cual el primitivo Derecho romano y el antiguo art. 1.334 del Código civil, o por el contrario, atenuar dicha norma prohibitiva con la posibilidad de convalidación establecida por la *Oratio divi Severi*.

En los proyectos que precedieron a la actual *Compilación catalana*, y en esta misma, era criterio general el inclinarse por esta segunda posibilidad, estableciéndose difereciaciones técnicas de matiz, según que se consideran las donaciones entre conyuges simplemente revocables por el donante, o, por el contrario, radicalmente nulas, si bien con una posibilidad de convalidación retroactiva si el conyuge donante moría sin haberlas revocado (10).

Por lo que respecta a nuestro Derecho, he expuesto anteriormente la opinión de un eminente foralista, cual fué Pedro Ripoll y Palou que habla de que “ha sido natural de que subsistiese todo el rigor de las antiguas leyes” para prevenir el supuesto de las donaciones entre cónyuges; pero es de tener en cuenta, que, a reglón seguido, nos dice dicho autor, con referencia a los supuestos en que el marido realice adquisiciones figurándolas a nombre de la esposa, que “todos sabemos que en semejantes casos, la compra llevada a cabo por la mujer durante el matrimonio, se entiende verificada con dinero marital, siempre que no justifique aquella, haber tenido medios para realizarla; y que no ejercitando el mismo marido acción alguna para reclamar durante su vida aquel dinero, y no disponiendo de él en última voluntad, tiene en este caso el caracter de una donación aunque con la eficacia y efectos que puedan corresponderle según derecho (11)”. ¿A qué eficacia y efectos podría referirse el autor? ¿Había que considerar que la donación quedaba convalidada por no haberse demandado la nulidad de la misma en vida del cónyuge donante? Es significativo que otro autor mallorquín —Matias Mascaró y Alberty— señalara, en 1904, que “en Mallorca, basándose su legislación en la romana, son válidas las donaciones entre cónyuges en los dos casos citados en que lo eran por Derecho romano” Según el mismo autor, estos dos casos eran si el donante premuere el donatario sin haberla revocado (“que nunca el donador las desfiziese en vida”); y si el donante no se hacía más pobre y el donatario más rico, o cuando el donante se hacía más pobre sin enriquecer al donatario y cuando éste se enriquecía sin empobrecer a aquel (12).

Sin embargo, en la *Compilación* no se mantiene mención alguna acerca de esta posibilidad de que la donación entre cónyuges quedara convalidada por las circunstancias antedichas, lo que hace inviable, hic

(10) Pueden verse reseñados dichos proyectos en Luis Puig Ferriol y Encarna Roca Trias, *FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL DE CATALUÑA*, tomo II pág. 334.

(11) Ripoll y Palou, *Ob. cit.* págs. 28 y 29.

(12) Mascaró y Alberty, *DERECHO FORAL DE MALLORCA*, Palma 1904 pág. 55 y 59.

et nunc, su aplicación, debido a la norma del párrafo 3º. del art. 4º. que únicamente permite los negocios jurídicos onerosos entre conyuges, sin distinciones ni matizaciones de ningún clase; aunque desde luego, justo es reconocer que hubiera sido más congruente y de más sentido común, establecer un régimen atenuado cual el que señala la Compilación catalana al permitir la convalidación de la donación si el donante muere sin haberla revocado.

Los argumentos en que se pretende basar el régimen prohibitivo no difieren de los que sirvieron de base en Roma para sancionar la prohibición. Entre los autores modernos —dice el Profesor Lacruz— se sigue invocando la necesidad de armonía familiar y la defensa de los terceros (13). Y ciertamente, cual señala dicho autor, estos argumentos no son convincentes.

No es hoy reconocible el supuesto de que uno de los conyuges se despoje de sus bienes, a impulsos de un exaltado amor, para dárselos a su consorte; por el contrario, hoy la donación entre cónyuges, como veremos seguidamente, cumple unas funciones de justicia distributiva, cual es el hacer partícipe al cónyuge que trabaja en el hogar familiar en las ganancias que, a consecuencia de su profesión o trabajo, experimenta el otro cónyuge; de otra parte, la prohibición es ciertamente inútil, pues se puede acudir a la simulación de la compraventa para burlar sus efectos... Todo ello nos lleva a la conclusión de que los argumentos o las necesidades que, en otro tiempo, hicieron aparecer la prohibición de donaciones entre cónyuges en el campo del Derecho —y no hay que dudar que, en un sistema jurídico impregnado por la lógica cual es el romano, si la prohibición se institucionalizó es porque la evolución económico familiar del momento así la exigía —han periclitado, y que la realidad sobre la que hoy en día dicha figura jurídica incide es otra muy distinta. Pero a este tema le dedicamos de inmediato capítulo aparte.

III. EXAMEN CRITICO DE LA PERVIVENCIA DE LA PROHIBICION DE DONACIONES ENTRE CONYUGES

La fundamentación de nuestro sistema jurídico en el Derecho romano no puede hacernos olvidar los cambios profundos que la vida social nos muestra, y la necesidad del Derecho de ir acomodándose a estos cambios y doblar sus instituciones a las peculiaridades y

(13) Lacruz, Ob. cit. pág. 227.

nuevas formas que la realidad social va creando. El Derecho no puede convertirse en un conjunto de normas estereotipadas, de vigencia perenne y sin contacto con la realidad. Según tantas veces se ha dicho, no es la vida para el Derecho sino el Derecho para la vida. Por todo ello, y aún reconociendo que el Derecho romano, en su elaboración justiniana, es la savia y fundamento del Derecho civil de Mallorca, y que los principios que informan el mismo, en su aspecto familiar y sucesorio, son aún los que confieren a nuestro Derecho su carácter e idiosincrasia, no puede ser en nuestros tiempos motivo de escándalo alguno el que se abandone alguna norma o institución romana, cuando resulta obvio que la finalidad para que se dictó ha quedado periclitada. Ya en otros supuestos he tenido ocasión de recordar las palabras que Goethe puso en boca de Mefistófeles, según las cuales las leyes se transmiten como una enfermedad de generación en generación y de lugar en lugar, y lo que en otro tiempo era razonable se hace absurdo, y lo que era un beneficio se convierte en una maldición.

La propia evolución del Derecho civil de Mallorca, y especialmente la labor realizada por los Compiladores de 1961, nos da amplias muestras de este carácter innovador, en el que, sin rechazar lo elemental de la tradición jurídica, se separa lo que los nuevos tiempos y condicionamientos actuales han revelado caduco e ilógico. Un ejemplo del hecho de que la propia tradición histórica de nuestra tierra nos muestra el rechazo de alguna de las viejas normas romanas lo tenemos en el conocido Styl 11 de las Ordinacions de Mossen Erill de 1344, que deja sin efecto la prohibición que pesaba sobre la mujer de afianzar en general, y sobre la mujer casada de afianzar a su marido, en base al Senadoconsulto Velejano y a la Authentica Si qua mulier, para disponer que “es consutat en Mallorca que si las donas fan fianzas a llurs marits y juntamen amb ells se obligan, sols que hagen renunciat ab Vallejá, encare que no hagen renunciat a la Authentica Si qua Mullier, i encare que no hagen jurat, sols sian mayors de 25 anys, la obligacio val i te i aixi ses obtengut en contradictori judici” (14). Por otra parte, la Compilación del año 1961 muestra un carácter ciertamente innovador, que no pasó desde luego desapercibido a los juristas que, tras la aparición de la Compilación, publicaron en varias revistas especializadas sus comentarios a la misma. Puede servir de resumen a todas sus opiniones el hecho de que el meritorio trabajo de uno de ellos —Juan Verger Garau— se titulara precisamente *Innovaciones introducidas en el derecho civil especial de Baleares por la reciente*

(14) Texto tomado de Pascual González, ob. cit. pág. 113.

compilacion (15), y que en el mismo se diga que las innovaciones introducidas por la vigente Compilación balear quedan justificadas, pues son una necesidad que nace de la misma esencia vital de la norma jurídica, de la que no se puede prescindir incluso en una labor principalmente ordenadora y compiladora del Derecho anterior. (16).

Y así, es factible encontrar en nuestra vigente Compilación modificaciones tan sustanciales cuales son la desaparición de la presunción muciana y su sustitución por la discutida presunción de copropiedad del párrafo tercero del art. 3º. la desaparición de la cuerta marital, dando entrada al Código civil en materia de regulación de los derechos legitimarios del cónyuge viudo, y la definitiva desaparición del ab intestado romano, con la consiguiente entrada del Código civil, dando con ello carta de naturaleza definitiva y rango normativo a una corriente jurisprudencial que así lo venía proclamado, a pesar de la opinión en contra de buena parte de la doctrina, sin bien haya que matizar que dicha opinión doctrinal se limitaba a mostrar unos reparos ante el hecho de que la corriente jurisprudencial no tenía base legal suficientemente sólida en que apoyarse, siendo una muestra más del afán penetrante y avallasador del Código civil (17), pues se reconocía —de otra parte— que los problemas que planteaba el ab intestato romano eran muy considerables, particularmente en caso de falta de descendientes y existencia de ascendientes en concurrencia con hermanos o con hijos de hermanos premuertos, en cuyos casos se fraccionaba el patrimonio entre los ascendientes y hermanos, distribuyéndose la herencia por cabezas y heredando por estirpe los hijos de hermanos premuertos en caso de existir. Y podría hablarse, asimismo, de otras modificaciones de menor importancia como son la desaparición del *excerix* o aumento de dote, la supresión casi total de la regulación romana del derecho de acrecer y de los legados, el reforzamiento de los derechos legitimarios de los hijos adoptivos respecto de la legislación general entonces vigente, la proclamación de los principios generales de la sucesión mallorquina, la limitación de los llamamientos en la sustitución fideicomisaria al segundo grado, modificando el sistema de los cuatro llamamientos del

(15) Publicado en Revista de Derecho Notarial, Enero, Marzo 1962.

(16) Verger Garau, ob. cit. pág. 271.

(17) Verger Garau, ob. cit. pág. 289. Entendemos nosotros —dice que así como la orientación de la jurisprudencia introduciendo el Código civil en las regiones forales en materia de sucesión intestada es realmente una imposición inoficiosa, la innovación legal establecida por la Compilación en el artículo citado nos parece al contrario, no solamente establecida por la vida adecuada, sino además plausible y oportuna desde el punto de vista actual y sociológico e incluso biológico-sociológico.

Derecho romano justiniano, el incremento de las posibilidades de disposición por parte del fiduciario de los bienes fideicomitidos, la progresiva suavización de las consecuencias de la Ley Hac Edictali, en cuanto que el exceso atribuido al cónyuge sobreviviente no se destina tan solo a los hijos del anterior matrimonio del bñubo, sino que es objeto de reparto por partes iguales entre el viudo y todos los hijos, entrando por tanto en dicho reparto también el sobreviviente y los hijos del último matrimonio del bñulo, etc... Y en el extremo contrario de estas modificaciones, ciertamente la mayoría plausibles, tendrían que colocarse otras modificaciones realizadas por los compiladores en materia de derechos reales, ya totalmente criticables, cuales son, en particular, las que hacen referencia al cómputo de las mejoras en la determinación del valor de las fincas tenidas en alodio, a afectos de su redención mediante el pago de dos laudemios y de dos tercios de laudemio.

El examen, pues, de nuestra tradición histórica jurídica y de la propia labor compiladora nos da muestras de un carácter progresivo e innovador, que confiere a nuestro Derecho unas posibilidades de adaptación a la realidad socio económica, y en nuestro caso, mejor diríamos, a la realidad socio económico familiar, consustancial con la propia esencia de los Derechos forales, de amplísima base consuetudinaria.

Y quisiera que todo ello fuera tenido en cuenta a la hora de plantearse la cuestión de la pervivencia de la prohibición romana de las donaciones entre cónyuges.

Los fundamentos que determinaron la aparición de la prohibición en el Derecho romano, que suscintamente, se han expuesto, se revelan hoy tan innecesarios, al no darse frecuentemente el caso del cónyuge que movido por un inusitado amor se empobrece para enriquecer a su consorte, como inútiles, al ser perfectamene posible dejar sin efecto la prohibición acudiendo a la simulación de la compraventa. Se hace preciso, pues, proceder a un atento examen de nuestra realidad socio-económica y ésta nos muestra que las donaciones entre cónyuges se realizan de manera frecuentísima en el normal discurrir de los matrimonios, pero con la particularidad de que el motor que las impele no es el animus donandi típico de las donaciones, en que se pretende un enriquecimiento del donatario correlativo al empobrecimiento que experimenta el donante, sino que se considera que mediante estas donaciones entre cónyuges lo que se hace es disponer de los ahorros y ganancias del matrimonio, y hacer partícipe a uno de los conyuges en las ganancias del otro, lo cual, en los casos, todavía

bastante frecuentes, en que la esposa no trabaja fuera del hogar familiar, sino que dedica sus afanes al cuidado de éste y de la familia, viene avalado por loables razones de justicia distributiva, pues de esta manera se retribuye el trabajo en el hogar familiar de uno de los cónyuges.

Como antes decía, la realidad de nuestra contratación nos muestra el uso frecuentísimo de estas donaciones. Cuando se compra el piso que ha de constituir la vivienda familiar, o se compra el chalet de recreo o la segunda vivienda, es bastante normal que se escriture la compra de dichos inmuebles a nombre de marido y mujer, los cuales los adquieren así por partes iguales e indivisas, demostrándose con ello que la separación de bienes no puede ser, en contra de lo que señala el art. 3.º de nuestra Compilación, “absoluta”. Y, claro está, en muchos de estos casos, normalmente ha existido una donación por parte de uno de los cónyuges al otro de la mitad del dinero preciso para la compra del bien en cuestión. La conclusión a la que fácilmente se llega es la de que mantener la norma prohibitiva de las donaciones entre cónyuges puede suponer una espada de Damocles que se cierne sobre la contratación efectuada por ambos esposos. Piensese que partiendo de la nulidad radical o absoluta de dichas donaciones como actos contrarios a ley, no cabe la convalidación por el transcurso del tiempo —quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convallescere— y, correlativamente, no prescribe la acción para que se declare la nulidad de dicha donación, con la secuela de que vuelvan las cosas al ser y estado anterior a la donación, bastando, de otra parte, solo la demostración de un interés en el ejercicio de la acción para la legitimación activa, lo cual permite la amplia posibilidad de que no solo los legitimarios, sino también los acreedores del marido puedan en cualquier tiempo ejercitar la acción de nulidad.

El problema se presenta también, corregido y aumentado, en los casos en que es uno de los cónyuges quien adquiere directamente y por sí solo un bien inmueble, si bien mediante dinero precedente del otro. Hecho también muy arraigado en nuestras costumbres, y que no se hace, la inmensa mayoría de las veces, por propósitos defraudatorios de los acreedores del donante. Pascual González habla así de la costumbre de escriturar las adquisiciones de inmuebles que se realicen “en cap de sa dona i així la tenc contenta” (18).

Obviamente, en ambos casos, las adquisiciones de los inmuebles realizadas son en sí intocables. Ni en el caso de haber comprado los

(18) Pascual Gonzalez, Ob. cit. pág. 125.

dos cónyuges proindiviso, ni en el de haberlo hecho exclusivamente la esposa, aún cuando en los dos supuestos haya mediado una donación del marido del efectivo preciso para la compra de dichos inmuebles, se puede postular la nulidad de tales adquisiciones, pues las mismas no están viciadas de defecto alguno susceptible de determinar su ineficacia ni se han otorgado contra ninguna prohibición legal. Sobre lo que sí proyecta su espectro la prohibición romana de las donaciones entre cónyuges es sobre la donación del efectivo preciso para la adquisición de los inmuebles en cuestión, pudiéndose en este caso postular la nulidad de dicha donación, y por lo tanto, el que vuelva al patrimonio del cónyuge donante el importe de lo donado por él al otro cónyuge para efectuar la adquisición de los inmuebles.

Aunque de pasada, es obligado hacer una referencia a los dos más importantes problemas que llevaría consigo la reclamación de nulidad del acto donacional.

El primero es el de la determinación del importe de la donación, puesto que el reclamante, normalmente un acreedor del marido, no tiene medios para saber a cuanto asciende el quantum donado para la compra del bien; en el Registro de la Propiedad no constan los precios de las transmisiones, y, como persona no otrogante de la escritura, no tiene el reclamante acceso al protocolo del Notario autorizante de la misma, aparte de no ser tampoco el precio insertado de la escritura un dato cien por cien fiable. Por ello, parece lo más lógico que la cantidad a restituir al patrimonio del marido, de declararse la nulidad de la donación, sea determinada de manera pericial en el propio pleito, atendido el valor del bien adquirido por la esposa.

El segundo es el del juego de la carga de la prueba. Es obvio que si la esposa demandada alega y prueba que la compra se ha realizado con dinero propio y no del marido será desestimada la demanda de nulidad. Bueno será recordar, en este punto, la existencia dentro de nuestro Derecho de la llamada *presunción muciana*, vigente hasta la aparición de la Compilación de 1961, la cual tiene su base en el texto de Pomponio obrante al número 51 del título I, libro XXIV del Digesto, expresivo de que "Dice Quinto Mucio que cuando vino a controversia de donde haya ido a poder de la mujer alguna cosa, es mas verdadero y honesto que lo que no se demuestre de donde lo tenga, se considere que fué a poder de ella de su marido, o de quien bajo la potestad de él estuviere. Pero parece que Quinto Mucio aprobó esto para evitar respecto de la mujer una torpe ganancia".

Ya se ha indicado antes que la *presunción muciana* ha sido, por su caracter vejatorio para la mujer, como si la misma no pudiera

por si misma procurarse ganancias, extirpada de nuestro sistema jurídico. Obvio es que incidía en el problema del que ahora se está tratando, puesto que, en base a la misma, se partía de una presunción, logicamente *iuris tantum*, según la cual el numerario de que habría dispuesto la esposa para la adquisición de un bien, procedía del marido, correspondiendo, por tanto, a la esposa la carga de la prueba de desvirtuar este hecho.

Sin embargo, y a pesar de la desaparición de la presunción en cuestión, el juego de los principios procesales en materia de carga de la prueba nos sitúa ante una situación procesal parecida a la derivada de aquella. En efecto, el cónyuge demandado tendrá que alegar que la compra la ha realizado con dinero propio, y no mediante dinero donado por el otro cónyuge; y, como tal hecho por dicha parte alegado, de carácter afirmativo, le corresponde en principio a la parte que lo alega la prueba del mismo, prueba que, por otra parte, no parece presentar mayores dificultades. En cambio sí presentaría grandes problemas el imponer a la parte demandante de la nulidad —normalmente un acreedor o legitimario del cónyuge donante— la prueba de que el cónyuge demandado carecía de bienes para realizar la adquisición del bien de que se trate y que, por tanto, realizó dicha adquisición con dinero procedente del otro cónyuge. No parece que se pueda exigir del actor la prueba de un hecho negativo, cual es el de que el cónyuge demandado carecía de dinero para la adquisición del bien en cuestión; y resulta asimismo muy problemático exigirle la prueba de que la adquisición la realizó con dinero del otro cónyuge, pues es palmario que el actor no tiene ni puede tener normalmente acceso a la situación patrimonial del matrimonio... Por todo ello nos encontramos con que, a pesar de la desaparición de la presunción muciana, se nos presenta una situación similar a la contemplada por la misma, en lo que respecta a exigir en todo caso del cónyuge demandado un comportamiento tendente a probar la realidad de la adquisición efectuada mediante dinero propio.

De todo lo que se viene exponiendo se colige que la norma de la prohibición de donaciones entre cónyuges coloca en una situación de peligrosa inseguridad al patrimonio de cada uno de los cónyuges. En el sentido de estar expuestos a una reclamación judicial en la que se postule la nulidad del acto donacional, reclamación que podría ser interpuesta por acreedores, legitimarios, herederos testamentarios o ab intestatos del cónyuge donante, e incluso por este mismo. La legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad corresponde a cualquier persona que ostente un interés legítimo, y, por consiguiente, tanto a las partes como a los posibles interesados (19). Y tal

consecuencia jurídica —ineficacia del acto donacional— no parece ser la secuela lógica de un otorgamiento que, cual ocurre en el inmenso número de casos, ni es inoficioso ni esta impelido por propósitos defraudatorios.

Si, de otra parte, tenemos en cuenta que no existe, dentro de nuestro sistema jurídico, y por aplicación de los preceptos del Código civil, prohibición de donaciones entre personas extrañas, sino tan solo normas limitativas del quantum de lo donado (arts. 634, 635 y 636 del Código civil), se llegaría así a la conclusión de que el cónyuge es de peor condición que un extraño en cuanto a la posibilidad de recibir donaciones de su consorte. Obviamente no es ésta la manera de premiar los desvelos y atenciones que la institución matrimonial y familiar lleva consigo.

Por todo ello, creo que la actual ocasión de revisión de la Compilación en que estamos inmersos puede hacernos meditar sobre la conveniencia de hacer desaparecer de nuestro sistema jurídico la norma prohibitiva, sin que parezca tampoco acogible la normativa establecida por la *Oratio Divi Severi* que hoy aparece recogida en la Compilación catalana. En este sentido parece más lógico y congruente que la revocación pueda ir ligada a una ruptura del vínculo matrimonial —nulidad, separación o divorcio— antes que al mero animus revocatorio del cónyuge donante; ello lo trataremos en el apartado quinto.

En el propósito apuntado no quisiera se vea mimetismo de ninguna clase respecto de la reforma operada en el Código civil por la ley de 13 de Mayo de 1981. En mis Comentarios al artículo 4º. de nuestra Compilación, que escribí en el año 1978, planteaba la posibilidad de revisión del sistema actual de prohibición de las donaciones entre cónyuges. Y, en este sentido, no hacía sino recoger una postura doctrinal en la que coincidían la generalidad de los autores. Pueden servir de resumen las palabras del Profesor Lacruz, anteriores a la Ley reformadora, según el cual, en general, la doctrina no da por buenas las razones en que se basa la prohibición de donaciones entre cónyuges, ya porque las donaciones entre cónyuges son normales cuando éstos viven en completa armonía; ya por lo inútil de la prohibición; ya, finalmente, porque los terceros tienen contra las donaciones entre cónyuges los mismos medios de defensa que contra las liberalidades a extraños. Esto, unido a la experiencia, que demuestra la falta de inconvenientes en los países donde se permiten

(19) Diez Picazo, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL, Madrid 1970, pág. 302.

tales donaciones, e incluso la orientación histórica de las Partidas, convence de que el artículo 1334 —antiguo artículo 1334, por supuesto— debiera suprimirse (20). Exactamente lo mismo propugno respecto de nuestro sistema jurídico.

IV. LA PROTECCION DE LOS LEGITIMARIOS Y ACREEDORES DEL CONYUGE DONANTE

En la actualidad, quien pretende que se declare judicialmente la nulidad de una donación entre cónyuges no precisa alegar motivación alguna y menos precisa fundar la petición anulatoria en el hecho de venir impulsada la donación por un móvil fraudulento. Dada la regla prohibitiva de las donaciones entre cónyuges que rige dentro de nuestro Derecho, le bastará acreditar la existencia de la donación para que sea procedente la declaración de nulidad de la misma. Sin duda, empero, tiene que haber un interés en el ejercicio de la acción, ya que de no ser así no se estaría legitimado activamente para postular tal declaración de nulidad; y ello va en socorro de las donaciones entre conyuges que entran dentro de la normalidad en cuanto a la cuantía de lo donado, y que, en realidad, vienen impulsadas por motivos de armonía familiar y buena convivencia entre los esposos, y a las que se refería el antiguo art. 1334 del Código civil con la expresión de “los regalos módicos que se hagan con ocasión de regocijo familiar”. Ya en otra ocasión (21) he dicho que tal precepto había que considerarlo vigente dentro de nuestro sistema jurídico. Hoy que el mismo ha sido dejado sin efecto, hay que entender, sin embargo, que siguen estando permitidas estas liberalidades de uso, en las que no se verifica un desplazamiento notable de riqueza de un conyuge a otro y mediante las cuales, en palabras del Profesor Lacruz, no se saca provecho del amor conyugal, sino que se le refuerza con dones que son expresión y manifestación del mismo (22).

Por el contrario, suponiendo que en un futuro más o menos próximo desaparezca de nuestro sistema jurídico la regla prohibitiva de las donaciones entre cónyuges, entonces la impugnación de las mismas no podrá fundarse en su nulidad por infracción de ley, sino

(20) Lacruz, Ob. cit. pág. 227.

(21) Comentarios al art. 4º. de la Compilación en COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL Y A LAS COMPILACIONES FORALES; Tomo XXXI volumen 1º. Madrid 1980, pág. 133.

(22) Lacruz, Ob. cit. pág. 231.

que, por el contrario, tan solo podrá basarse en dos fundamentos especiales, aparte de los motivos generales de impugnabilidad de todo contrato por falta de consentimiento, objeto, causa, etc... Y dichos fundamentos son la falta de los requisitos formales de los arts. 632 y 633 del Código civil y el haberse efectuado la donación en perjuicio de tercero. A ello vamos a referirnos seguidamente, pero no sin antes apuntar que, en todo caso, la donación entre conyuges ha de haber supuesto un perjuicio para quien ejercita la acción impugnatoria, pues la legitimación para el ejercicio de dicha acción exige un interés en que se anule la donación controvertida, lo cual, desde luego, supone que dicha donación lastima los derechos de quien postula su nulidad. Siempre, pues, habrá de existir un perjuicio, aunque cabe la posibilidad que la donación se realizara sin ánimo de causarlo.

En cuanto al primero de dichos fundamentos, sabido es que el art. 632 Cc. exige que la donación de cosa mueble no manual. es decir no seguida de la entrega de la cosa, tiene que constar por escrito, debiendo asimismo constar de la misma forma la aceptación; y por su parte el art. 633 Cc exige para la donación de inmuebles, como requisito esencial para la validez del contrato, la escritura pública, en la que se expresen individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que debe satisfacer el donatario, debiendo constar en idéntica forma la aceptación. Obviamente, las donaciones entre conyuges, en caso de autorizarse, deberían estar sometidas a este condicionamiento jurídico, pues no hay base foral alguna para soslayar la aplicación de dichos preceptos; y, de otra parte, estos vienen impuestos por la más elemental lógica y sentido común, siendo una congruente derivación de la trascendencia del negocio jurídico donacional. Por tanto, el no cumplimiento de estos requisitos puede ocasionar la nulidad de la donación, nulidad que, como antes se ha dicho, podría postular cualquier persona que tuviere interés en ello.

El problema posiblemente se plantearía de manera más acuciante, y hablamos siempre de manera hipotética, es decir, para un supuesto de futura autorización de las donaciones entre conyuges dentro de nuestro sistema jurídico, en aquellos casos en que los cónyuges han enmascarado el acto donacional con la simulación relativa de la compraventa, particularmente por motivos fiscales. No es este el momento de plasmar la extensa polémica que, en el marco del tratamiento de dicha figura de la simulación relativa, ha surgido en torno a la cuestión de si el requisito de forma puede entenderse cumplido con el otorgamiento de escritura pública, en la que se describen los bienes y se recoge la aceptación del contrato por sus otorgantes, aunque dicha escritura no sea de donación sino de

compraventa. En favor de la validez del contrato disimulado —de la donación— juega el principio de conservación del negocio jurídico; pero en contra de dicha validez está la consideración de que no se recoge en la escritura una causa donandi, y así mal puede decirse que exista la aceptación del donatario que como requisito esencial exige el art. 633 del Código civil. Aunque las opiniones están notoriamente divididas, hoy buena parte de la doctrina y jurisprudencia se inclina por la segunda solución, considerando que, con el otorgamiento de la escritura de compraventa, no se han cumplido los requisitos del art. 633, y que, por tanto, falta el juego de un elemento formal que es esencial para la validez y eficacia del negocio disimulado. En base a ello cabría una posibilidad de impugnación de las donaciones entre conyuges cuando éstas se otorgan bajo la forma de un contrato de compraventa.

Pero normalmente, será el segundo de los motivos de impugnación antes apuntado —el fraude o perjuicio a tercero— el que dará más juego. Los acreedores, los legitimarios de uno de los conyuges —del conyuge donante— podrán considerar que la donación se ha hecho en fraude de sus derechos, y, en base a ello, impugnar la donación, y normalmente, deberán hacerlo por el único móvil del fraude, sin poder acogerse a la falta de cumplimiento de un requisito formal necesario para la validez del acto donacional. Hoy, dentro de nuestro sistema jurídico, y tal cual antes se ha dicho, su impugnación solo les exige la prueba de un interés en el ejercicio de la acción y del hecho de la donación. Por el contrario, el día en que éstas estén permitidas o autorizadas, su situación se verá notoriamente agravada, pues ya no ejercerán la acción de nulidad, cuyos condicionamientos, según se ha visto, en cuanto a legitimación activa, plazo de prescripción, etc... son de gran amplitud, sino que, por el contrario, la acción que tendrán que ejercitar será una acción de tipo rescisorio, respecto de la cual la ley impone severas medidas para hacer factible el ejercicio de la misma, desde no poder ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de cualquier otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria según el art. 1294 Cc, hasta impedir el ejercicio de la acción cuando el que la pretende ejercitar no puede devolver aquello a que por su parte estuviere obligado, o haber pasado legalmente las cosas objeto de la donación a poder de terceras personas que no hubieran procedido de mala fe, cual impone el art. 1295 Cc. Ello aparte de que el plazo de prescripción del art. 1299 —cuatro años desde la celebración del contrato— tal vez sea un plazo excesivamente corto. Por el contrario, el hecho de que el negocio jurídico concertado entre los cónyuges sea una donación determinada una presunción de fraude por imposición del art. 1297 del Código civil.

A la vista de todo ello, la cuestión que se plantea, partiendo de que en el futuro desaparezca la prohibición de donaciones entre conyuges dentro de nuestro sistema jurídico, es la de si estarán suficientemente protegidos los intereses de los acreedores y legitimarios del conyuge donante, quienes, por regla general, solo podrán acudir al ejercicio de la acción rescisoria, para impugnar el negocio jurídico donacional.

En este sentido es de destacar que, en la reforma efectuada por la ley 11/1981 de 13 de Mayo no se establece ningún procedimiento o mecanismo corrector, para paliar la situación de las personas presumiblemente perjudicadas por las donaciones entre conyuges, no cabiendo duda de que tan solo podrán acudir a las acciones de impugnación que hemos venido examinando, y en especial, a la acción rescisoria.

Cuando los compiladores del año 1961 suprimieron una institución cual la presunción muciana que, como se ha visto, está fuertemente ligada al tema que nos ocupa, se creyeron en el deber de explicar, en la exposición de motivos del texto compilado, que "se suprime, decididamente, la discutida presunción muciana, confiando la protección de los acreedores y legitimarios a las acciones normales de simulación del derecho común". En el caso de donaciones entre cónyuges, obvio es, según se ha visto, que las acciones de simulación solo entrarían en juego en caso de disimular los conyuges el acto donacional bajo la forma de la compraventa, en cuyo caso se suscita la ya aludida cuestión de si se cumplen o no los requisitos de validez del negocio disimulado. ¿Pueden darse, empero, en el supuesto que nos ocupa, otros casos de simulación, cual sería por ejemplo —y siempre partiendo de que en un futuro se autoricen las donaciones entre cónyuges— la donación de la vivienda familiar, o de la segunda vivienda al cónyuge, cuando es evidente que la misma seguirá siendo poseída por los dos, y que el propósito del negocio donacional es el que desaparezca aquella del patrimonio del cónyuge donante para sustraerla a la acción de acreedores y legitimarios?. El supuesto es muy arduo y se hace muy difícil dar reglas de tipo general. Tal vez en un supuesto como el que nos ocupà pueda verse tan claro el móvil defraudatorio que el Juez o Tribunal ante el que se plantee la cuestión entienda que hay una simulación absoluta; que ciertamente no ha existido animus donandi, puesto que la situación posesoria del bien donado no ha variado, y que en realidad lo único que se ha hecho es configurar ante terceros un desplazamiento patrimonial que no tiene otro fin que el sustraer el bien donado a las pretensiones de los interesados... Y, en tal caso, de entenderse que se está ante una simulación absoluta, de nuevo volvemos a la situación jurídico procesal de la acción de nulidad, con las sabidas particularidades de poder

ejercitarse sin plazo de prescripción —aunque las cosas objeto de la donación pueden ser usucapidas— y de no exigirse otros requisitos en cuanto a la legitimación que el mero interés en el ejercicio de la acción. Es obvio que entonces estamos muy lejos de los condicionamientos que a la acción rescisoria imponen los arts. 1294, 1295 y 1299 del Código civil.

Por otra parte, hay que reconocer que de los condicionamientos impuestos por dichos preceptos, los dos primeros son totalmente lógicos. El carácter excepcional de la acción rescisoria, que juega contra el principio de conservación del negocio jurídico, impone su carácter subsidiario, exigiendo que no exista otro remedio para obtener la reparación del perjuicio; y las consecuencias de la rescisión —volver las cosas objeto del contrato al ser y estado anterior a su celebración— imponen asimismo los condicionamientos del art. 1.295. En cambio, el plazo de prescripción del art. 1.299, si bien puede ser adecuado respecto de los acreedores del cónyuge donante, ya que la más elemental diligencia les impone examinar la situación patrimonial de sus deudores, y en este sentido, el plazo de cuatro años parece suficiente para cubrir la defensa de sus intereses, se presenta en cambio, la mayor parte de las veces, excesivamente corto en el caso de legitimarios del cónyuge donante, ya que cuando éstos se darán cuenta de la existencia de la donación que les perjudica, posiblemente haya pasado con creces el plazo de cuatro años del art. 1299, plazo que hay que contar desde la celebración del contrato.

De todos modos, es evidente que, siempre cabría acudir al mecanismo de reducción de la donación del art. 654 y ss. del Código civil. Y, posiblemente, el legitimario debería de manera prioritaria, antes de ejercitar la acción rescisoria, acudir al reseñado procedimiento de reducción, dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, y habida cuenta del tajante pronunciamiento que sobre el particular se contiene en el art. 1.294 de nuestro Código civil.

V. LA POSIBILIDAD REVOCATORIA DE LA DONACION ENTRE CONYUGES

La última cuestión que se va abordar, y, también en un plano de ciencia jurídica ficción, es decir partiendo de una posible autorización de las donaciones entre conyuges, radica en la posibilidad revocatoria de las mismas.

Ya se ha indicado antes que, en el Derecho Romano, a partir de la

Oratio divi Severi, la prohibición se vio a sustituir por una amplia posibilidad revocatoria, ya que el conyuge donante podía en vida hacer uso de la facultad de revocación, entendiéndose convalidada la donación si moría sin haber manifestado tal proposito revocatorio.

No parece que tan amplias facultades revocatorias sean de acoger actualmente dentro de nuestro sistema jurídico. Es cierto que las avalaría de tradición jurídica procedente del Derecho romano, pero también lo es que no encontramos pruebas claras de que tal haya sido el tratamiento tradicional de las donaciones entre cónyuges dentro de nuestras costumbres jurídicas. Tal cual antes se ha dicho, y aun reconociendo la existencia de alguna opinión doctrinal que puede hacer dudar sobre si las donaciones entre cónyuges se han considerado entre nosotros radicalmente nulas, sin posibilidad alguna de convalidación, o, por el contrario, convalidables mediante su falta de revocación en vida por el conyuge donante, es lo cierto que no se encuentran muestras de donaciones entre conyuges en los documentos públicos notariales, lo cual avala la existencia de una conciencia popular expresiva de la invalidez en tales casos del negocio jurídico donacional.

De otra parte, hay que tener en cuenta que conceder al cónyuge donante amplias facultades revocatorias de por vida iría en contra de principios fundamentales del Derecho de obligaciones como son el principio de la seguridad jurídica, y el de no coartar el libre tráfico jurídico de los bienes. Hay que tener en cuenta igualmente que, incluso en sistemas jurídicos en los cuales el tratamiento de la donación entre conyuges se hace de acuerdo con los fundamentos ya estructurados en su día por la *Oratio Divi Serevi*, no existe tampoco una opinión dominante partidaria de mantener dicho tratamiento, sino que se habla por el contrario de establecer un régimen de total permisividad.

Todo ello puede abonar la conclusión de que no parece lógico establecer el tratamiento jurídico de las donaciones entre conyuges sobre la base de una facultad revocatoria vitalicia por parte del conyuge donante, sino que, por el contrario se abogue por un régimen de general permisividad de la donación.

Y entonces el problema que se plantea es el de determinar si es o no posible la aplicación a las donaciones entre conyuges del régimen general revocatorio establecido en el art. 644 y siguientes del Código civil.

Sabido es que dichos preceptos establecen como causas de revocación de las donaciones la superveniencia o supervivencia de

hijos, la ingratitud y el incumplimiento de condiciones, entendiéndose esta última causa referida a la donación onerosa, pues es obvio que una donación condicional, propiamente dicha, o no llegaría a nacer tratándose de condición suspensiva que no se cumple, o, tratándose de condición resolutoria incumplida, sería dicho incumplimiento precisamente lo que consolidaría el negocio donacional, no siendo congruente en ninguno de ambos casos hablar de revocación.

Aplicando dichas posibles causas de revocación a la donación entre cónyuges aparece lógica la posibilidad revocatoria en los casos de ingratitud e incumplimiento de cargas. En este sentido, el conyuge donatario no tiene porqué ser de mejor condición que un extraño, y si ha incumplido las cargas impuestas o ha incurrido en causa de ingratitud, es congruente la posibilidad revocatoria. En cambio no tiene lógica de ninguna clase la aplicación a la donación entre cónyuges de la facultad revocatoria del art. 644 Cc basada en la supervivencia o superveniencia de hijos. El parecer de la doctrina ha sido siempre, en general, contrario a esta posibilidad revocatoria, habiéndose dicho con acierto que la legitima concedida a los hijos basta para protegerlos de las liberalidades anteriores a su nacimiento; y, por otra parte, la revocación no es a ellos a quienes aprovecha, ya que los bienes vuelven al cónyuge donante, quien puede disponer de nuevo de dichos bienes a favor de quien quiera —incluso a favor del propio cónyuge de nuevo—, y esta vez ya de una manera irrevocable.

Parece, por tanto, que debe excluirse esta posibilidad revocatoria sancionada por el art. 644 Cc, entendiendo que, en todo caso, los efectos jurídicos de la supervivencia o superveniencia de hijos se limitarán a conceder al hijo, en su condición de legitimario del cónyuge donante, la posibilidad de instar el procedimiento de reducción de donaciones del art. 654 y siguientes del Código civil.

Quedan, por tanto, como únicas causas determinantes de la posible revocación de las donaciones entre cónyuges, el incumplimiento de cargas y la ingratitud.

Pasando al análisis de la primera de dichas causas revocatorias, podría decirse de entrada que el concepto de “carga” es de gran amplitud, cabiendo dentro del mismo cualesquiera que imponga el donante mientras sean lícitas, y tengan un interés jurídico para el donante, ya que, obviamente, no pueden tener trascendencia jurídica cargas que suponen meros caprichos del donante, huérfanos de un interés efectivo.

El régimen de la acción revocatoria de la donación entre conyuges

fundada en el incumplimiento de cargas sería el establecido de manera general en el Código civil.

Y así, parece que, por la analogía de dicha acción revocatoria con la rescisoria y con la acción de nulidad del art. 1301 Cc, el plazo de ejercicio de la misma sería el de cuatro años, pero contado desde que el donante tuvo conocimiento del incumplimiento de la carga y posibilidad de ejercitar la acción, aunque no falta quien considere que es discutible si cabe aquí la aplicación analógica de criterios y preceptos, ante la regla expresa —aunque general— de los quince años del art. 1964 (23). Se discute también la cuestión de si tiene o no la acción caracter personalísimo. Unas antiguas sentencias del Tribunal Supremo —de 4 de Marzo de 1872 y 3 de Diciembre de 1928 —le conferirían tal carácter. Mas el común de la doctrina científica entiende que la acción revocatoria es transmisible a los herederos del donante, siempre que constara la intención de éste de ejercitarla. Así Diez Picazo y Gullon, en base a las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 1954 y 16 de Mayo de 1957, señalan que la acción pasa a los herederos del donante si durante el tiempo que pudo ejercitarla manifestó su intención de revocar, lo que no llevó a efecto por su muerte (24) y Lacruz, aduce asimismo la sentencia de 11 de Diciembre de 1975 de la que se deriva que dicha acción es intransmisible en el supuesto de que el donante, habiendo podido ejercitarla, no la hubiere ejercitado, presumiéndose que en este proceder existe una renuncia tácita que los sucesores deben respetar (25). Por lo que respecta a los efectos de la revocación, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiere hecho, con la limitación establecida en cuanto a terceros por la Ley Hipotecaria (art. 647 Cc); y, además, el donatario devolverá los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la condición (art. 651 Cc). Por tanto, y según señala la doctrina, la revocación por incumplimiento de cargas tiene carácter real o *ex tunc*, puesto que destruye la donación con efectos retroactivos, reponiendo las cosas al ser y estado que tenían antes de la donación.

Aparece igualmente fundada la posibilidad de revocación de la donación entre cónyuges en caso de ingratitud. La doctrina ha hablado, en este sentido, de una presunción de voluntad, según la cual

(23) Así Lacruz, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL, tomo II volumen tercero Barcelona 1979, pág. 67.

(24) Luis Diez Picazo y Antonio Gullon, INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL, Madrid 1973, volumen 1º. pág. 479.

(25) Lacruz, Ob. cit. pág. 67.

hay que deducir que, de haber conocido el donante al tiempo de la donación la ingratitud del donatario, se habría abstenido de otorgar la misma; e incluso se ha señalado, como fundamento de la revocación, la clausula “rebus sic stantibus”, que entraría en juego por dar lugar la ingratitud del donatario a un estado de cosas distinto del existente al tiempo de otorgarse la donación. Lo cierto es que, cuando hay ingratitud del donatario, la donación se convierte en un contrato o negocio jurídico sin causa, ya que no aparece justificada en modo alguna la liberalidad del donante, razón por la cual el Ordenamiento jurídico no tiene porqué mantener la existencia de un negocio donacional que subsiste sin base o fundamento alguno. Y obviamente, tal ingratitud es aun más execrable cuando quien hace gala de la misma es el propio cónyuge del donante.

Las causas de ingratitud vienen recogidas en el art. 648 del Código civil. ¿Hay que considerar que juegan tan solo dichas causas de revocación por ingratitud, o, por el contrario entender que sería preferible la introducción de nuevas causas? Es lo cierto que la enumeración del art. 648 Cc peca de insuficiente. Hay muchas otras conductas demostrativas de ingratitud no recogidas en dicho precepto, que se limita a hacer referencia al hecho de cometer el donatario algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante, imputar al mismo un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe, a menos que el delito se haya cometido contra el mismo donatario o sus hijos, y negarle indebidamente los alimentos. Por ello, y dado que no cabe en principio una interpretación amplia o analógica de la norma que permita acoger otras causas de ingratitud no contempladas específicamente por el precepto, sería conveniente acoger asimismo las causas de desheredación del art. 885 Cc, o, por lo menos, la señalada con el número 1º. de dicho precepto, que habla de “haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales”.

¿Cual es la incidencia que sobre la donación entre conyuges puede ocasionar la ulterior separación, divorcio o nulidad del matrimonio? De entrada hay que decir que se pueden adoptar dos posturas, según se considere que la mera ruptura del status matrimonial —judicialmente declarada, desde luego— determina la posibilidad revocatoria de la donación, o, por el contrario, considerar que no basta dicho presupuesto objetivo, sino que además ha de concurrir un presupuesto subjetivo, que podría consistir en ser imputable al cónyuge donatario, según la sentencia, la causa de separación o divorcio, o haber existido mala fe, por parte del cónyuge donatario, determinante de la anulación del vinculo matrimonial. El art. 1343 Cc, en la redacción

dada por la reciente ley de 13 de Mayo de 1981 se orienta por esta segunda posibilidad, exigiendo los presupuestos subjetivos que han quedado apuntados, al tratar de la posible revocación de las donaciones hechas por razón de matrimonio.

Tal vez sea éste el criterio más razonable. Es obvio que los cónyuges pueden llegar a situaciones de separación, anulación o divorcio sin que exista un comportamiento del conyuge donatario determinante de tal situación; y en tal caso no parece justo sancionarle con la posibilidad de estar expuesto a una posible revocación de la donación anteriormente recibida de su consorte. De otra parte hay que tener en cuenta que las donaciones se hacen generalmente en contemplación de situaciones pasadas más que en previsión de realidades futuras, ya que, en este segundo caso, se imponen al otorgarse la donación unas cargas al donatario, cuyo futuro incumplimiento podría determinar la revocación de la donación. Por todo ello, parece que, dentro de la causa general de la ingratitud del cónyuge donatario, deberían especificarse estos supuestos relacionados con las situaciones de ruptura del vinculo matrimonial.

En cuanto al régimen jurídico de la acción revocatoria fundada en la ingratitud del donatario será de aplicación lo establecido con caracter general en el Código civil. Dicha acción podrá ejercitarla el donante y no se transmitirá a sus herederos si el donante, pudiendo, no la hubiere ejercitado (art. 653 Cc). El plazo de ejercicio de la acción será el previsto en el art. 652 Cc; un año contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho constitutivo de la causa de ingratitud y de la posibilidad de ejercitar la acción, plazo que sería, como en el caso de la revocación por incumplimiento de cargas, de caducidad y no de prescripción. En cuanto a los efectos de la revocación, se reducen éstos, según se desprende de los arts. 649, 650 y 651 a que el donatario ha de devolver los bienes donados o su valor, ateniéndose para regular esté al tiempo de la donación, y asimismo ha de devolver los frutos de dichos bienes obtenidos desde la interposición o de la demanda revocatoria. Por otra parte, las enajenaciones o hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad quedan subsistentes; las posteriores son nulas. Como se ve, la revocación tiene en este caso efectos ex nunc, produciéndose tan solo los mismos desde el ejercicio de la acción revocatoria.

VI. CONCLUSIONES

La oportunidad de que, en estos momentos, se haya constituido la Comisión revisora de nuestra Compilación, en virtud de lo establecido en el Real Decreto de 22 de Mayo de 1981, avala la consideración de que puede ser objeto de meditación por parte de los miembros de la Comisión el contenido del presente trabajo, e, incluso, puede esperarse que se modifique sustancialmente el punto de vista sustentado por nuestro Derecho tradicional frente a la figura de la donación entre cónyuges. Por ello, he creído conveniente terminar mi exposición con las conclusiones que a continuación se insertan, que vienen a ser el resumen de cuanto se ha expuesto líneas atrás; con ellas viene expresado el juicio que me merece la norma prohibitiva de las donaciones entre cónyuges, así como las precauciones que, a mi parecer, deberían adoptarse en caso de que se decida modificar el tratamiento de la donación entre cónyuges, estableciendo, de manera general, su permisividad. Dichas conclusiones son las siguientes:

1ª) No hay razón alguna para seguir manteniendo la norma romana de la prohibición de donaciones entre cónyuges. Los motivos que determinaron su aparición histórica han devenido hoy totalmente irrelevantes y caducos. Las enseñanzas que nos suministra tanto al Derecho histórico como el Derecho comparado nos permiten llegar a la conclusión de que mantener, en nuestros días, la prohibición romana en todo su vigor, sin tener en cuenta siquiera las atenuaciones introducidas por la *Oratio Divi Severi*, que consideraba las donaciones entre cónyuges convalidadas si el cónyuge donante moría sin haberlas revocado, supone adoptar una actitud ciertamente insólita. En este sentido es preciso modificar el criterio con que nuestra Compilación aborda la cuestión.

2ª) En la disyuntiva de si establecer una total permisividad de la donación entre cónyuges, o por el contrario, considerarlas revocables de por vida a voluntad del cónyuge donante, quedando convalidadas si tal revocación no se produce, parece criterio más fiable el primeramente expuesto, por los motivos que han quedado expuestos en el apartado V del presente trabajo, al tratar de la posibilidad revocatoria de la donación entre cónyuges.

3ª) A mi juicio, el sancionar la permisividad de las donaciones entre cónyuges de manera general, no deja en situación de indefensión a las personas que pudieran resultar perjudicadas por la donación, particularmente legitimarios y acreedores del cónyuge donante; pues, si bien es cierto que, de autorizarse la donación entre cónyuges, no podrán ya ejercitar la acción de nulidad basada en otorgarse el

contrato infringiendo una prohibición legal, sí podrán, en cambio, ejercitar la acción rescisoria, podrán acudir los legitimarios al procedimiento de reducción de donaciones del art. 654, Cc., así como ejercitar las acciones basadas en la simulación, de haberse producido ésta, de acuerdo con todo cuanto se expone en el apartado IV del presente trabajo. En ese sentido, no parece que la autorización de la donación entre cónyuges conlleve la necesidad de introducir, en este punto, modificaciones normativas en nuestro texto compilado.

4ª) Por el contrario, sí es preciso limar ciertas incongruencias que plantearía la aplicación a las donaciones entre cónyuges del tratamiento general de la revocación de las donaciones del art. 644 y siguientes del Código civil. Concretamente, debería establecerse que no es causa de revocación la supervivencia o superveniencia de hijos, y deberían ampliarse las causas de revocación por ingratitud del art. 648 Cc., incluyendo entre las mismas el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales, así como la anulación del matrimonio si el donatario hubiese obrado de mala fe, y la separación o divorcio cuando, según la sentencia que los establezca, sean imputables al donatario.