

Ex post facto convallescere en Derecho romano y Derecho alemán moderno

ANDREAS WACKE (KÖLN) *

Dr. iur., Dr. iur. h.c., LL.D. h.c., Catedrático de Derecho romano,
Derecho civil y Derecho procesal civil;
Director del Instituto de Derecho Romano

SUMARIO: I. Introducción.—II. *Tractu temporis non convallescere*.—III. *Ex post facto convallescere* en los testamentos y la *regula Catoniana*.—IV. La exclusión de los casos fortuitos (*ne eventu confirmetur*).—V. Transformación en posible de la prestación imposible.—VI. Confirmación y ratificación.—VIII. La persistencia de la voluntad (*perseverantia voluntatis*).—VIII. La unidad del acto de constitución (*unitas actus*).—IX. Resumen.

I. INTRODUCCIÓN

1. Los juristas romanos negaban en principio que un negocio jurídico inválido pudiese convalidarse por hechos posteriores. *Quod initio vitiosum est, ex post facto convallescere non potest*: así dice una *regula iuris* deducible de dos pasajes del Digesto (D. 50,17,29 y D. 50,17,210) ¹. El mismo significado tienen, de

* D. 50923 Köln (Fax #49-221 470 5049; e-mail Andreas.Wacke@uni-koeln.de).

La versión alemana de este trabajo aparece en el libro-homenaje: *Au-delà des frontières*. Mélanges de droit romain offerts à WITOLD WOŁODKIEWICZ, Varsovia, Editorial Liber, II (2000) 1025-1052.

La traducción al castellano se la agradezco al Dr. Bruno Rodríguez-Rosado, que realiza una larga estancia de investigación en mi Instituto, y se halla encargado de impartir en la facultad de Derecho de la Universidad de Colonia un curso de introducción a la terminología jurídica española. Los profesores JOSÉ MARÍA MIQUEL (Universidad Autónoma de Madrid), ROSA MENTXAKA (Universidad del País Vasco, Donostia/San Sebastián) y ETELVINA DE LAS CASAS (Universidad de La Laguna) se dedicaban amablemente, durante sus respectivas estancias de investigación en mi Instituto, a una lectura crítica del manuscrito.

¹ BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano II* (1891, reimpresión 1975) 37, 42; sobre ello mi recensión: ZSS 94 (1977), 516 ss. Sin una sistemática

forma más breve, los aforismos *Ab initio nullum, semper nullum*² o *Quod nullum est, nullum producit effectum*³.

Ex nihilo nihil, enseñaba Boecio⁴. La frase resulta adecuada a una reflexión filosófica sobre *causa* y *effectus*. Sin causa eficiente no puede producirse nada: todo lo que existe debe tener un creador. El milagro de crear algo de la nada sólo puede hacerlo Dios. En este mundo rige el principio de la física según el cual de la nada no nace nada.

De la *regula* antes citada parten la mayoría de las explicaciones sobre la nulidad de los negocios jurídicos⁵. Pero la verdad es que muchas excepciones contradicen esta regla, como a continuación se pondrá de manifiesto: las consideraciones matemático-ontológicas del tipo de las citadas convencen a los juristas sólo parcialmente. El jurista aprende a distinguir diferentes grados de ineficacia⁶, y sabe que no toda deficiencia de un negocio jurídico se puede equiparar a su inexistencia⁷. No es evidente que los defectos iniciales de un negocio jurídico deban ser permanentes, ya que puede tratarse de un vicio subsanable⁸. El jurista habla entonces de convalidación o convalescen-

reconocible se encuentra en las fuentes tanto *ex postfacto*, como *ex post facto*. Yo prefiero en todo caso la forma separada de escribirlo. Porque el verbo *postfacere* no existe. (*Ex post* tiene el significado adjetival-adverbial de «por acontecimientos posteriores».)

² D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln* (6.ª ed. 1997), núm. A 4, núm. 119.

³ ROLAND/BOYER, *Adages du droit français* (4.ª ed. 1999) núm. 383. *Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem quae sequuntur locum habent*, se dice en D. 50,17,178. Por ejemplo, un préstamo nulo no produce ningún interés (según la glosa).

⁴ BOECIO, *De consolacione philosophiae* 5,1. Comp. KARL BAYER, *Nota bene: Das lateinische Zitatlexikon* (Munich, s.f.), núm. 1361. Amplia referencia en LIEBS, núm. E 59. ROLAND/BOYER, núm. 129 encuentran su origen en Aulus Persius Flaccus (34-62 d.C.), sátira 3,5,24, y lo tratan de forma peculiar en conexión con el tratamiento de la *rétroactivité*.

⁵ Así WINDSCHEID, *Pandekten* (9.ª ed. 1908) I § 83 y n. 1; KASER, *Das römische Privatrecht I* (2.ª ed. 1971), 248; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* (1990) 682 s. Para el Derecho moderno ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des B.G.B. II* (15.ª ed. 1960) § 204 V, n. 54.

⁶ Los primeros pasos en esta línea se ven en los juristas que enseñaban en la Edad Media, *vid.* COING, *Europäisches Privatrecht I* (1985), 413 s. La denominación de un negocio sanable como «relativamente ineficaz» conduce ciertamente a error: acertadamente, KASER, RP I² 248 n. 21; en contra GIUFFRÉ (*vid.* nt. 45).

⁷ La diferencia más clara es entre *matrimonium nullum* (que se declara a través de acción de nulidad) y *matrimonium non existens*.

⁸ *Nullitas sanabilis* e *insanabilis* distingue el *Codex Iuris Canonici* (1983) por ejemplo con respecto a las consecuencias de los cánones 1620, 1622; comparar ROBLEDA, *La nulidad del acto jurídico* (2.ª ed. 1964), 169 ss. En las antiguas fuentes romanas no se encuentran ni *nullitas* ni (*in*)*sanabilis*. *Nullitas* es medieval, *vid.* COING (citado en nota 6). Los romanos empleaban para la nulidad alrededor de 40 expresiones diferentes: KASER, RP I² 246s.; SCHANBACHER (*infra*. nt. 9) 191 s. nt. 1060; M. MÜLLER (*infra* nt. 16), 160 ss. (allí también sobre el desconocimiento en Roma del concepto «negocio jurídico»). '*Sanare*' se emplea sólo para las enfermedades (*aegrum, morbosum sanare* D. 40,2,15,1; 21,1,1,16; *medicamentum ad sanandum* D. 48,8,3,2; técnico es *sanae mentis* = *compos mentis*, sujeto de imputación, capacidad negocial). Por medio de un Compact Disc grabado con las fuentes de Derecho Romano en la Bibliotheca Iuris Antiqui [BIA] se pueden hoy localizar en pocos segundos numerosas palabras jurídicas (lo cual antes era imposible).

cia, como si se tratara de la curación de un enfermo. La distinción entre los casos de nulidad subsanable y no subsanable se intentará llevar a cabo en las páginas siguientes, dado que ese trabajo, hasta donde yo sé, no se ha llevado a cabo hasta ahora de forma detallada⁹.

2. El B.G.B. alemán distingue el negocio nulo del impugnabile¹⁰. Sin embargo, no contiene el B.G.B. ninguna norma general sobre las diferentes clases de nulidad, y falta una regulación general sobre los casos de nulidad subsanable o convalidable (excepción hecha el § 308 B.G.B.). Con frecuencia se encuentran normas particulares sobre la convalidación de un negocio afectado por un defecto de forma, cuando el obligado lleva a cabo voluntariamente el cumplimiento de la prestación prometida¹¹. Pero en otros casos paralelos faltan normas sobre convalidación. La doctrina alemana dominante no quiere reconocer como principio general la regla según la cual «el cumplimiento subsana el defecto de forma»¹². La doctrina francesa todavía es más estricta, pues considera (de forma divergente al § 518.2 B.G.B.) que una promesa de donación inválida por defecto de forma no se convalida por la posterior entrega de la cosa prometida¹³. Dada esta falta de regulación general en el B.G.B., puede ser conveniente estudiar los supuestos sobre los que se han desarrollado históricamente los casos de nulidad convalidable de un negocio jurídico.

⁹ Para la enseñanza del Derecho común véase la visión de conjunto de PAUL LÜTTKEN, *Erörterungen über den Satz*. «Quod initio vitiosum est, non potest tractu tempore convallescere» (Diss. iur. Halle 1890), 66 pp.; más abreviadamente M. MÜLLER (nota 16) 78 ss. SCHANBACHER, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten im römischen Recht* (1978) 190-220, trae abundante literatura sobre el tema, y tratamiento de las fuentes (principalmente del concepto 'vitiosus'), aunque no exegético. Sobre la tesis de SCHANBACHER véase mi trabajo de recensión: WACKE, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten nach römischem Recht*, ZSS 115 (1998) 438-461. Algunos supuestos sobre casos de convallescencia en BETTI, *Diritto Romano I: Parte Generale* (1935) 337 ss. También BETTI, voz *Convallescenza*, NNDI 4 (1959) 787 ss. ROBLEDA (*op. cit.*, nota 8) trata la nulidad de manera comparada en los códigos modernos, y en forma de apéndice en Derecho romano. Para ver la supervivencia de esta regla en la jurisprudencia española vid. REINOSO BARBERO, *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (1987) 213 ss.

¹⁰ Así §§ 116 s., 125, 138, 306 frente a §§ 142 ss. 119 ss. Sobre la correspondiente distinción en Derecho romano, especialmente DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia* (1966); QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità*: 'Quasi nullus' etcétera (1983).

¹¹ B.G.B. § 313 para obligaciones de transmitir un inmueble; § 518 sobre promesa de donación; § 766 sobre fianza.

¹² Así, POHLMANN, *Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung* (1992); en contra, mi recensión crítica: AcP 195 (1995) 212, 215 ss.

¹³ La explicación jurídica es la siguiente: el defecto de forma causa una nulidad absoluta. La tradición no será cumplimiento de un contrato. La tradición constituye más bien un elemento constitutivo y básico para el perfeccionamiento de una donación manual (*don manuel*). Véase FERID/SONNEBERGER, *Das französische Zivilrecht II* (2ª 1986), p. 193, número marginal 2 H 127. Con todo, entender sin efecto un *don manuel* cuando viene precedido de una promesa informal resulta a mi parecer exagerado.

3. Que los negocios inválidos desde el comienzo no puedan subsanarse es una reflexión estática y jurídico-fenomenológica. Está vinculada a otras ideas antiguas, que toman la regla como axioma evidente, aunque ésta requiera una explicación. En su defensa se alega que la antítesis estricta entre negocios nulos y negocios válidos sirve a la claridad jurídica. En ese sentido la nulidad subsanable habría de ser rechazada en cuanto que ambiguo término medio.

Los que consideran insubsanables todos estos defectos, ignoran sin embargo los posibles estadios evolutivos. La posibilidad de convalidación contempla el proceso de formación de un negocio jurídico de una manera dinámica¹⁴. Sucede lo mismo que con un niño nacido prematuramente, que no puede sobrevivir solo, pero al que la pediatría puede salvar alimentándolo en una incubadora. Un fenómeno jurídico comparable sería la sociedad en formación, o la fundación antes de su aprobación administrativa, ambos estadios previos (embriones, por decirlo así) de una persona jurídica¹⁵.

La imposibilidad de convalidación subraya la función de la forma; con ello obliga a volver a celebrar los negocios defectuosos¹⁶. Este rigor de la forma evita situaciones de pendencia. Sin embargo, los juristas romanos consideraban perfectamente aceptables las situaciones de pendencia en los negocios jurídicos condicionales. La expresión técnica para ello era *condicio pendet*¹⁷. Los juristas romanos operaron de modo magistral con las posibilidades constructivas de la *condicio*. RUDOLF VON JHERING y ARTUR STEINWENTER elogiaban la condición como uno de sus más grandes inventos¹⁸. Especialmente por medio de las condiciones testamentarias, el causante consigue dominar el tiempo posterior a su muerte; esas condiciones le permiten hacer que el futuro dependa de él, sin depender él del futuro¹⁹.

¹⁴ Para las características de la constitución sucesiva de una servidumbre a través de varios copropietarios del predio sirviente, *vid.* D. 8,3,11 y D. 8,4,18; e *infra* VIII, 4.

¹⁵ La regla *Conceptus pro iam nato habetur* es válida también para la fundación pendiente de aprobación administrativa, conforme al § 84 B.G.B., el «parágrafo Städel», así llamado tras la muerte en 1816 del banquero y mecenas de Frankfurt, Städel.

¹⁶ La confirmación de un negocio jurídico se juzga según el § 141 B.G.B. como nueva celebración. Sobre ello (también desde el punto de vista histórico-dogmático) MARKUS MÜLLER, *Die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte nach § 141 B.G.B.*, Berlín, 1989, para el Derecho romano, pág. 143-198; recensión de BÜRGE, ZSS 108 (1991) 576-581. No he tenido acceso al tratado de SEGRÉ, *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico*, en sus *Scritti Giur.* I (1930), 638 ss., citado por GIUFFRÈ, *Conversione (infra nota 45)* 60.

¹⁷ GIOFFREDI (*infra* nota 126); SCHIEMANN, *Pendenz und Rückwirkung der Bedingung* (1973).

¹⁸ JHERING, *Geist des römischen Rechts III*, § 53 pág. 167 nota 208, pág. 172; STEINWENTER, *Juristische Erfindungen*, en: STEINWENTER, *Recht und Kultur* (1958) 38.

¹⁹ JHERING, *loc. cit.*

A la par, es cierto que no todo negocio jurídico tolera situaciones pendientes de una condición. Los romanos llamaban a esos actos incompatibles con la condición *actus legitimi*. Esa categoría de negocios sigue existiendo en Derecho moderno. En particular, pertenecen a ella el acuerdo abstracto de transmisión de un inmueble (Auflassung) y la celebración del matrimonio (§§ 925.2, 1311 B.G.B.), la aceptación y la repudiación de una herencia (§ 1947 B.G.B.). Tampoco los negocios unilaterales (declaraciones constitutivas, como las de impugnación, resolución o rescisión) permiten generalmente una situación de pendencia; por ello, si han sido celebrados ineficazmente, no son susceptibles de ratificación, sino que hay que volver a celebrarlos (§ 111, 1367 B.G.B.). Paralelamente, nuestra tarea consistirá en estudiar la categoría de la nulidad insubsanable del negocio jurídico en Derecho romano, valorar críticamente las respectivas razones y preguntarnos entonces si todavía hoy resultan convincentes.

II. «TRACTU TEMPORIS NON CONVALESCERE»

Los romanos no consideraban la imposibilidad de una convalidación posterior como un principio incuestionable. Por lo que se puede ver, para ellos no era esta regla un dogma irrefutable. Contrariamente a lo que se viene enseñando desde la época de los glosadores²⁰, no son en modo alguno idénticas las expresiones de Paulo y de Licinio Rufino en D. 50,17. Según Paulo D. 50,17,29 no puede algo defectuoso convalidarse como consecuencia del transcurso del tiempo: *Quod vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*²¹. El mero transcurso del tiempo no puede por sí solo remover un defecto inicial. De modo general, la nulidad es permanente. El testamento nulo del que todavía no tiene capacidad para testar no llega a ser válido cuando la adquiere (*infra*, III 4). Sólo de modo excepcional se convalida el matrimonio del que todavía no es

²⁰ La glosa a *ex post facto* en D. 50,17,210 dice (de forma no exacta): *id est tractu temporis* y remite en lo demás como muchos otros posteriores comentadores, a las explicaciones sobre D. 50,17,29. Asimismo la recopilación de reglas jurídicas comentadas de EVER BRONCHORST, traducida al español por PEDRO RUANO, *Explicaciones del Jurisconsulto Ever Bronchorst al Título del Digesto de diversas reglas del Derecho antiguo* (Méjico, 1868), ley 210, pág. 614. Muy valiosos en la traducción son las indicaciones sobre los pasajes paralelos de *Las Siete Partidas*: a D. 50,17,29, en torno a la página 145. (SANDRO SCIPANI me entregó atentamente una edición española del *Bronchorst* con ocasión de una invitación como conferenciante en la universidad de Tor Vergata en Roma, entre juristas latinoamericanos.)

²¹ También: *Quod nullum est, nullo lapsu temporis convallescere potest*: ROLAND/BOYER Nr. 382, 387.

capaz, cuando el consentimiento persiste al alcanzar la capacidad (*infra*, VII 2).

La frase de Paulo de su libro octavo *ad Sabinum* estaba originariamente en relación con las normas relativas a la tutela²². Un contrato celebrado por un *pupillus* sin consentimiento del tutor, no se convertirá en válido al alcanzar el *pupillus* la *pubertas*²³. De lo contrario solamente se diferiría la obligación de ejecutar el contrato hasta el momento de alcanzar la mayoría de edad. Únicamente al que acaba de alcanzar la mayoría de edad le corresponde decidir si quiere mantener el contrato (comp. § 108.3 B.G.B.) Pero la falta de la *auctoritas tutoris* no es subsanable (*infra*, VI 4). Un contrato celebrado valiéndose de fraude o dolo (*malae fidei contractus*), tampoco se convalida por el simple transcurso del tiempo (*confirmare non potuit consequens tempus*: C. 7,33,6, año 293).

Por el contrario, tampoco puede el mero transcurso del tiempo invalidar un negocio válido. *Quod factum* (o *rite perfectum*) *est, infectum fieri nequit*. Ni la pérdida posterior de la capacidad comercial, ni la de la capacidad de testar acarrea la nulidad de los negocios válidamente celebrados²⁴. Pero en unión de una concreta norma jurídica, sí puede producir el paso del tiempo un nuevo hecho jurídico²⁵. Una acción puede prescribir o un derecho potestativo caducar como consecuencia de su falta de ejercicio dentro de un plazo y, al revés, un derecho se puede ganar por prescripción adquisitiva (*usucapio* o *longi temporis praescriptio*); *usucapio superveniens* se llama a la prescripción ganada, por ejemplo en D. 41,3,44,5. De forma semejante a lo que ocurre al completarse la usucapición, un pago con dinero ajeno, en principio ineficaz, tiene efecto extintivo cuando el perceptor lo mezcla con el propio de forma que resulte indistinguible (extensión del *dare* a través de *usucapio*, correspondiente a la *commixtio* o *consumptio nummorum*)²⁶.

²² LENEL, *Palingenesia* I 1276. Esto lo reconoció ya POTHIER, *Pandectae* V, De regulis juris (Napoli 1825), ad reg. 43 pág. 10.

²³ Vid. M. MÜLLER (nota 16) 78 s. nt. 98, nt. 97.

²⁴ *Neque testamenta recte facta neque aliud ullum negotium recte gestum poste furor interveniens peremit*: Inst. 2,12,1 i.f. También es indiferente para D. 28,1,22,2 la pérdida posterior de la idoneidad para ser testigo del que lo fue en un testamento. *Rite contractum matrimonium furore non tollitur*: Pauli sent. 2,19,7. También indiferente es que el testador venga luego a ser incapaz de testar por devenir mudo: D. 28,1,6,1. La facultad reservada en el testamento de otorgar más tarde codicilos, permanece también en ese caso: D. 29,7,8,3.

²⁵ Reflexionan sobre el tiempo en el Derecho M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari (1994), y B. GROSSFELD, *Kernfragen der Rechtsvergleichung* (1996) 238-265, con abundante literatura.

²⁶ WACKE, *Die Zahlung mit fremden Geld*, BIDR 79 (1976) 49 ss.; WUNNER, *Gedächtnisschrift Kunkel* (1984) 583 ss. Una interpretación parcialmente divergente en FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* (1990) 78 ss. Nuevamente MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* (1998) 68 ss.

En cambio, una sentencia inválida (por ej. por incumplimiento de los plazos) permanece inválida, incluso tras ser vista en apelación. La apelación no producía efecto (*supervacua*: D. 49,1,12); el asunto, al no haber sido decidido legalmente, puede ser de nuevo objeto de un proceso²⁷.

III. «EX POST FACTO CONVALESCERE» EN LOS TESTAMENTOS Y LA «REGULA CATONIANA»

1. El segundo texto, D. 50,17,210 proviene de las *regulae* de Licinio Rufino²⁸, y afectaba a la institución de heredero; ésta no podía convalidarse por un hecho posterior: *Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convallescere non potest*. Esa declaración se corresponde con la famosa *regula Catoniana*: un legado nulo en el momento de otorgarse el testamento no se convalida porque desaparezca la causa de nulidad antes de la muerte del testador (D. 34,7,1 pr.). Un legado establecido a favor de un esclavo del instituido heredero es ineficaz²⁹; por consiguiente, permanece ineficaz por más que al producirse la muerte del testador el favorecido sea esclavo de otra persona o haya sido manumitido. Según Gayo 2,244 sería absurdo que una disposición inválida se tornase válida por el hecho de que la vida del testador se prolongase³⁰. La *regula Catoniana* fue erigida para los legados, no para la institución de heredero (D. 34,7,3). Pero según la cita de Licinio Rufino valía también para la institución de heredero. Se había llevado a cabo una generaliza-

²⁷ Modestino D. 49,1,19 i.f.: *...si quis ex ea sententia appellaverit et praescriptione summotus est, minime confirmetur... sententia. Unde potest causa ab initio agitari*. LITIEWSKI, *Die römische Appellation*, RIDA 12 (1965) 378 s., 433 s.; sobre la sentencia nula y la apelación contra ésta, *vid.* 375 ss., 429 ss. No toda violación de una norma jurídica acarrea la nulidad. Una sentencia sobre *certa quantitas* es, pese a que infrinja la prohibición del anatocismo y según el mismo Modestino D. 42,1,27, sólo anulable: LITIEWSKI 382 s., crítica de RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano I* (1961) 80 ss.; comparar KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* (1996) 497 not. 30. Lo cierto es que la declaración de nulidad se da más en el proceso romano que en el moderno, por ej. por vulneración del Derecho a declarar, *vid.* WACKE, *Festschrift Waldstein* (1993) 379 s., 397.

²⁸ *Amicus* de Caracalla y discípulo de Paulus. De sus *12 libri regularum* nos ha llegado poco; *vid.* LIEBS en R. HERZOG/P.C. SCHMIDT, *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV* (ed. KL. SALLMANN, 1997) 205 s.

²⁹ El esclavo no puede exigir el cumplimiento contra su dueño. Pero se interpreta la disposición como un encargo fideicomisario de proveer al esclavo del correspondiente peculio.

³⁰ Sobre el argumento *per absurdum* últimamente, WACKE, en JACOBS/COPPENS, *Een Rijk Gerecht, Opstellen Paul Nève* (Nijmegen, 1998) 585-602; el mismo, *Mélanges Sturm* (1999) II 547-568. Aquí (en Gayo 2,244) no convence el argumento. Los proculayanos no admitieron abiertamente ni una vez que un legado condicionado pudiese sanarse, *vid.* HAUSMANINGER, TRG 36 (1968) 469 ss.

ción, de modo que Yavoleno declaraba en D. 50, 17, 201 que todas las disposiciones testamentarias, para ser válidas, debían haber sido establecidas desde un principio sin defectos (*Omnia quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint*).

2. A la hora de juzgar críticamente esta regla de Catón creo que se debe tener en cuenta que el testamento es un negocio jurídico establecido para el futuro³¹. Que el testador pueda morir un instante después del otorgamiento del testamento ciertamente, en la mayoría de los casos, es una suposición irreal, artificial. El testador no cuenta con su fallecimiento tan repentino, sobre todo cuando es una persona sana y joven. Ese concreto momento para el análisis, introducido por la *regula* de Catón, restringe la libertad de configuración del testador de forma extraña y desconectada de la realidad³². Por ello, hubiese sido mejor no haber establecido esa regla tan estrecha de miras, que carece de justificación interna y de capacidad de convicción³³, y que además contradice al *favor testamenti*³⁴. Los propios juristas romanos, de manera manifiesta, se sintieron incómodos con ella y limitaron su campo de aplicación. Así, no rigió para los legados condicionados (D. 34,7,3). El legado debe valer si las condiciones de eficacia están contenidas en el plan del testador correspondiente al momento de su muerte (*comp.* §§ 2170s. B.G.B.). Si las prescripciones de un testamento válidamente otorgado no son imposibles en el momento previsto por el testador, entonces deben ser cumplidas. En estos casos, más correctamente, no se debería hablar de subsanación de una disposición nula. Hay que defender en todo caso la convalidación y en ningún caso ponerla en entredicho (como quería Catón).

3. La recepción de las reglas romanas en el Derecho moderno sólo debe producirse por la fuerza persuasiva de su propia razón; y la *regula Catoniana* carece de ella. Sin embargo, la doctrina alemana, de forma unánime, aplica la regla de modo maquinal para el testamento mancomunado. Según el § 2265 B.G.B., sólo pueden tes-

³¹ Así es al menos hoy; arg. §§ 2170s. B.G.B. «para el tiempo de la sucesión». De modo manifiestamente diferente en Roma; compárese el *certam legem dicere* de D. 28,1,14, con el otorgamiento del testamento, *infra* 6-7.

³² Por medio de combinaciones ficticias de fechas de otorgamiento y de fallecimiento (que a menudo llegan a divergir en muchos años) decide el día de otorgamiento sobre la validez; *comp.* SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln* (1970) 69 s.

³³ Sin embargo recientemente emprende su defensa con energía FLUME, *Festschrift Niederländer* (1991) 17-26. La monografía de JOSÉ MARÍA SAINZ-ESQUERRA FOCES, *La regla Catoniana* (Univ. de La Laguna 1976), que Flume no tiene en cuenta, es detalladamente recensionada por BUTI, *Index* 12 (1983-84) 230-241.

³⁴ Sobre eso, recientemente, CHR. BALDUS, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen II* (Frankfurt/M. 1998) 706 ss.

tar mancomunadamente los cónyuges. Un testamento otorgado por los novios, o por una pareja de hecho, es nulo, y no puede convalidarse aunque después se casen³⁵. Para que puedan otorgar testamento mancomunado primero se deben casar. En caso contrario (si primero testan y luego se casan), continúa el testamento siendo inválido, por más que la naturaleza jurídica de estos actos no se altere por celebrarlos en un orden inverso.

Creo que al enjuiciar críticamente este parágrafo del B.G.B. se debiera tener en cuenta que testar antes de tiempo no merece moralmente ningún reproche. Quien otorga su testamento anticipadamente, obedeciendo así al mandamiento del *memento mori*, antes merece alabanza que reprensión (según la divisa: «acometer hace vencer»), y, en cualquier caso, no debería merecer la sanción de la nulidad. La anticipación de una parte del acto no debiera dañar: ¡cuanto antes, mejor! Quizá más adelante sea ya tarde para la actuación de uno de los cónyuges. Si los cónyuges confían hasta el momento de la muerte de uno de ellos en la validez del testamento otorgado mancomunadamente antes de su boda, el daño que la nulidad producirá al supérstite será mucho mayor que lo que pueda ser la ventaja que le proporciona la estricta interpretación que hace la doctrina dominante del § 2265 B.G.B. Un divorcio posterior suprime el requisito exigido para el testamento mancomunado y hace que el testamento devenga ineficaz (§§ 2077, 2268 B.G.B.). Por ello, de manera inversa y con el mismo criterio, un testamento otorgado conjuntamente por dos prometidos debería convertirse en válido por el matrimonio posterior. El hecho del matrimonio posterior pesa más que el mero paso del tiempo, que, de modo general, no es suficiente para la convalidación (*supra* II; *infra* 4). No sobreviene ningún estado de pendencia indeseado: a lo sumo con la muerte de uno de los cónyuges se aclara la situación jurídica. Si en el momento del fallecimiento existen todos los requisitos, no hay por qué seguir preguntándose en qué orden cronológico se han producido.

A menudo un negocio jurídico se efectúa de cara a un futuro matrimonio. Ejemplo típico es la dote entregada antes del matrimonio³⁶. La dote suele negociarse antes del matrimonio, en íntima dependencia con el compromiso matrimonial. Su entrega se realiza

³⁵ Por ej. KUCHINKE, *Lehrbuch des Erbrechts* (4. Aufl. 1995) 402 s., 750. La opinión dominante se puede apoyar en algunos argumentos del legislador. La propuesta de permitir a los prometidos que pudiesen otorgar testamento mancomunado bajo la condición de que se casen no encontró apoyo en el proceso legislativo: MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum B.G.B. II: Erbrecht* (1899) 133, 718, 719 s. Esa idea no nos ata hoy día. Las mejores razones están contra ella.

³⁶ H.- H. KÖNIG, *Die vor der Ehe bestellte dos nach klass. Röm. Recht*, SDHI 29 (1963) 151-237.

bajo la condición (al menos tácita) de que el matrimonio se produzca³⁷. Mientras, el negocio sometido a condición y pendiente de su cumplimiento no es nulo. No es idéntica la entrada en vigor de un negocio condicionado por el cumplimiento de la condición que la convalidación de un contrato inválido por la subsanación de sus vicios, pese a la semejanza de sus efectos.

Si alguien se ha vinculado a través de pacto sucesorio o testamento mancomunado, su posterior testamento individual será nulo, conforme a los §§ 2289, 2271 B.G.B., párrafo primero, frase segunda de ambos. Pero si impugna con efecto retroactivo la vinculación proveniente del pacto sucesorio o testamento mancomunado conforme con las normas de los §§ 2078, 2079 B.G.B. (por ejemplo, por error relevante), entrará en vigor el testamento posterior que antes era nulo³⁸. La convalidación en los casos recién tratados es preferible a su rígida negación.

4. La falta inicial de capacidad de testar sí es un defecto insubsanable³⁹. El testamento otorgado por un incapaz de testar⁴⁰ no se convertirá en válido, según Modestino D. 28,1,19, porque más tarde llegue a tenerla el que lo otorgó: si un infante, un menor o un esclavo testa en la forma debida, y muere como adulto, como mayor de edad, o liberto, su testamento no valdrá ni siquiera en la jurisdicción pretoria, porque un documento otorgado por una persona que carece de capacidad de testar en ningún caso valdrá como testamento (*quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit*)⁴¹.

³⁷ D. 23,3,10,4: El cálculo, antes del matrimonio, de los bienes de la dote se produce *quasi sub condicione «si matrimonium fuerit secutum»*; BEHRENS, en *Pacte, convention, contrat: Mélanges Schmidlin* (Genève 1998) 60 ss. Las *donations faites en faveur du mariage* están según Art. 1088 Code civil bajo la condición tácita *ut nuptiae sequentur*: ROLAND/BOYER (*supra nota* 3) núm. 101 sub 4, pág. 181.

³⁸ Lo mismo que una disposición anterior, anulada por el pacto sucesorio, entrará otra vez en vigor; comp. KANZLEITER en *Staudingers Kommentar zum B.G.B.* (12. Aufl. 1983) § 2289 núm. Marginal 8; MUSIELAK en *Münchener Kommentar zum B.G.B.* (3. Aufl. 1997) § 2289 núm. Marginal 4.

³⁹ Sobre los casos particulares de la falta de capacidad de testar VOCI, *Diritto ereditario romano I* (2.ª ed. 1967) 390 ss. Los *impuberes* no podían testar ni siquiera con *auctoritas tutoris* (pág. 392); los niños tampoco con la aprobación de sus padres, D. 28,1,6 pr.

⁴⁰ La capacidad de testar la adquieren las mujeres con doce y los varones con catorce años: D. 28,1,15. Los días se cuentan de medianoche a medianoche: D. 2,12,8. Para el cómputo civil vale con el comienzo de día al amanecer para que se dé ese día como ya transcurrido (*Dies ultimus coeptus pro completo habetur*) y para considerar cumplido el plazo: D. 41,3,6-7. Por ello, la capacidad de testar comienza, de forma algo curiosa, con el amanecer del día anterior al cumpleaños: *pridie post sextam horam noctis*, D. 28,1,5 *if*. Se entiende que se refiere al amanecer del día anterior, no del siguiente (eso no sería *pridie*, si en vez del 31 de diciembre fuese el 1 de enero); *vid.* GLÜCK, *Pandekten* 33 (1829) 403-420, § 1404 d; WINDSCHEID, *Pandekten I* § 103 nt. 12, 15-16; también TAFARO (nota 93) 281 s., nt. 23. Diferente es hoy el § 187.2 B.G.B.

⁴¹ Modestino reúne los tres casos mencionados del infante, menor y esclavo. Lo mismo declara Inst. 2,12,1 para el *impubes*, equiparado a un *furiosus*: *nec ad rem pertinet*,

También en Derecho moderno seguimos negando la convalidación del testamento del que carece de capacidad de testar aunque luego la adquiera⁴². Si bien es verdad que el testador, una vez obtenida la capacidad de testar, puede confirmar su declaración, si ésta estaba emitida en forma jurídica adecuada, mediante una referencia expresa a ella⁴³. Ulpiano, en D. 32,1,1, mantiene la disposición fideicomisaria anterior de un esclavo manumitido *si duraverit voluntas post manumissionem*. Pero, junto a ello, recalca Ulpiano acertadamente la diferencia con las estrictas reglas civiles sobre el testamento⁴⁴. La mera persistencia de la voluntad no es ya suficiente por sí sola para la confirmación de un testamento nulo, ya que no se aceptan hoy los fideicomisos no formales (especialmente los orales).

Las disposiciones ineficaces podían interpretarse como disposiciones fideicomisarias en virtud de la cláusula codicilar que a menudo figuraba en los testamentos⁴⁵. Pero los que carecían de capacidad de testar no podían disponer ni por medio de codicilo ni por medio de testamento⁴⁶. Por eso la confirmación por medio de codicilo debía suceder después de la adquisición de la capacidad de testar⁴⁷. Tampoco quien otorga su testamento tan sólo unos pocos días antes de alcanzar la edad suficiente para testar puede luego ratificarlo sin atenerse a los requisitos de forma. Esto podría pare-

si impubes postea pubes factus aut furiosus postea compos mentis factus fuerit et decesserit. He encontrado el texto de Modestino en BIA (nota 8) por medio de las entradas *testa* fili**. Estas proporcionaban una información de 259 lugares. Dentro de ese amplio número sólo se encuentra un texto enclavado en el título del Digesto 28,1, *Qui testamentum facere possunt*.

⁴² Comp. BURKART, *Münchener Kommentar zum B.G.B.* tomo IX, Erbrecht (3.ª ed. 1997) § 2229 núm. marginal 13, 18. Asimismo WESENER (nota 116) 126, desde el punto de vista de la historia del Derecho austríaco.

⁴³ M. MÜLLER (cit. nota 16) 218 ss. 220, quiere hacer valer incluso una confirmación no formal, pese a la opinión unánimemente contraria. Una voluntad confirmatoria no formal no puede ser tenida en cuenta en un campo tan rigurosamente formal como el Derecho de sucesiones.

⁴⁴ SCARLATA FAZIO, *La successione codicillare* (1939) 103 ss. quien considera el texto alterado, si bien sólo en su aspecto formal.

⁴⁵ Sobre ello GIUFFRÉ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante conversione* (1965) 90 ss, 203 ss.

⁴⁶ D. 29,7,6,3 / 8,2; SCARLATA FAZIO 95 ss. Pero se puede otorgar un codicilo testamentario válido durante el espacio de tiempo en que la capacidad de testar está en suspenso: para los arrogados que luego vuelven a ser capaces D. 29,7,8,3; para el ciudadano romano que regresa de prisión D. 49,15,12,5; M. MÜLLER 149 con nt. 31; nueva literatura sobre el *postliminium* en CHR. BALDUS (nota 34) I 257 ss.

⁴⁷ Comp. Papiniano D. 37,11,11,2 (*medio*): *Plane si sui iuris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento velle declaraverit...* Un testamento que ha devenido ineficaz por arrogación, pero en el que el testador queda luego libre de la arrogación. Papiniano hace una comparación con la revocación de un testamento revocatorio: SERANGELI, *Studi sulla revoca del testamento I* (1982) 162 ss. Según el § 2257 B.G.B. se convalida con la revocación de un testamento revocatorio el primitivo testamento (que había sido revocado); la revocación vale como no hecha.

cer injusto, pero aquí sólo vale la estricta formalidad del plazo. Yo no puedo llevar a cabo ningún negocio jurídico atendiendo a que mañana adquiriré la mayoría de edad. No hay ningún estadio intermedio que anticipe (de forma condicionada) la mayoría de edad.

5. Las solas dudas en la propia capacidad impiden, de forma un tanto singular, el otorgar testamento, como Antonino Pio, según nos dice Ulpiano D. 28,1,15, declaró expresamente: *De statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt*. Si un esclavo manumitido en el testamento no sabe que su dueño ha fallecido y que la herencia está abierta, no podrá otorgar testamento en esa situación de desconocimiento, según dice Paulo en D. 28,1,14, aun cuando esos requisitos se den previamente: *nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest*⁴⁸. Esto vale también para los fideicomisos, según Ulpiano en D. 32,1pr.: *quia nec testari potest, qui, an liceat sibi testare, dubitat*. Altamente extraño parece que las dudas subjetivas sobre su validez anulen la firmeza de un negocio jurídico otorgado conforme a Derecho, aun cuando no tengan fundamento objetivo; choca contra la regla *Plus est in re quam in existimatione*⁴⁹. La única excepción se hace para el testamento del militar: Según D. 29,1,11,1 éste es válido también, si el militar que testaba no sabía si él era *sui iuris*, porque no supiese si su padre todavía vivía. La regla de Derecho civil puesta en vigor por el rescripto de Antonino Pio era totalmente inexigible para un legionario estacionado lejos de Roma, en las fronteras del imperio. Como en otras ocasiones, también se puede observar aquí que el Derecho testamentario de los militares contenía normas más progresivas, que serían las que más adelante se enseñarían como regla general.

La característica expresión *certam legem dicere*⁵⁰ es muy interesante para ciertos efectos del testamento romano que comienzan inmediatamente con el otorgamiento del acto. Como consecuencia ulterior del testamento nuncupatorio de naturaleza verbal se llega de forma explicable al establecimiento de dos momentos para exa-

⁴⁸ Sobre la *certa voluntas testatoris* vid. VOGL 1 398 s. La compatibilidad de D. 28,1,14 con el *favor libertatis* es compleja. La institución del hijo todavía no nacido de una mujer embarazada no se verá afectada por el desconocimiento del testador de que el niño ya ha venido al mundo: D. 28,2,25,1.

⁴⁹ Sobre esa regla vid. WACKE, *Estudios de Derecho romano y moderno en cuatro idiomas* (1996) 139 ss.

⁵⁰ Se encuentra, fuera de estos casos, sólo en Ulp. D. 46,3,1, para la determinación del pago en caso de un deudor que tiene diversas deudas frente al acreedor (correspondiente hoy al § 366 B.G.B.): *possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus*. «*Legem dicere*» se encuentra aplicada al testamento también con referencia a la inadmisibilidad de las cláusulas de autovinculación en D. 32,22 pr.: *nemo sibi eam potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat*.

minar las posibilidades de aplicación: el momento del otorgamiento y el *dies cedens*. La unidad e inmediatez del acto jurídico y sus consecuencias corresponden a un principio fundamental derivado de las estrictas formas del Derecho romano⁵¹.

IV. LA EXCLUSIÓN DE LOS CASOS FORTUITOS («NE EVENTU CONFIRMATUR»)

1. Por la *actio quod iussu* responde adyecticiamente el que tiene la potestad cuando uno de los que están bajo ella contrata con un tercero conforme a sus instrucciones (D. 15,1,1,2). Bajo la potestad del autorizante se hallan también el esclavo usufructuario y el *bona fide serviens* (D. 15,4,1,8). Pero el *iussum* a alguien sujeto a la autoridad de otra persona no tiene efecto; según D. 15,4,2,2 permanece éste inválido aunque el que dio el encargo adquiriera luego al esclavo, *ne actio, quae ab initio inutilis fuerit, eventu confirmetur*⁵². Con ese fundamento precisa Paulo nuestra regla. La falta inicial de uno de los requisitos de la acción no se puede subsanar luego por medio de un suceso fortuito o casual. Según la fórmula de esa *actio quod iussu* el autorizado se debe encontrar *in potestate Numerii Negidii*⁵³. Para que ello sea así debe éste encontrarse al otorgarse el *iussum* bajo la potestad del que lo concede, por lo menos fácticamente. Con ello se puede explicar la ampliación citada, ya que también el esclavo usufructuario y el *bona fides serviens* se integran en el ámbito de dominio de su dueño y se encuentran bajo su poder de dirección. Dado que sus actos de adquisición favorecen al que sea de hecho su señor, pueden ellos de modo inverso obligarle en virtud de un *iussum* que les ha otorgado⁵⁴. Pero el *iussum* no tiene efecto cuando se dirija a una persona ajena a ese ámbito de potestad. Por tanto, el contratante con el autorizado tenía que comprobar, bajo su propio riesgo, la preexistencia al menos fáctica de la *potestas*. La carencia inicial de *potestas* no podía ser subsanada por lo que ocurriera luego accidentalmente.

2. De modo semejante argumentan Juliano y Paulo en D. 2,14,17,4 para el caso de un *pactum de non petendo*. Si se concluye a favor de un tercero es nulo (D. 50,17,73,4). Un pacto «*ne a me*

⁵¹ Así SCHMIDLIN (citado en nota 32).

⁵² WACKE, Festschrift Seidl (1975) 184 s.; WACKE, ZSS 111 (1994) 346 s. nt. 238; SCHLEPPINGHOFF, *Actio quod iussu* (Diss. Köln 1997) 18 s.

⁵³ LENEL, *Edictum perpetuum* (3.ª ed. 1927) 278.

⁵⁴ Sobre ello WACKE, *Fideiussio = iussum?* Index 27 (1999) 524 ss.

neve a Titio petetur» no le sirve a Ticio, si él llegase a ser heredero del deudor que pactó, *quia ex post facto id confirmari non potest*⁵⁵.

3. También depende de la casualidad que fallezca un disponente no autorizado y le herede alguien que sí lo esté. Los juristas romanos se cuestionaban si la disposición del no autorizado debía convalidarse en ese caso⁵⁶. En contra del § 185.2 (supuesto tercero) del B.G.B. se debe negar en este caso la convalidación de acuerdo con las razones invocadas por Paulo en D. 13,7,41⁵⁷. En efecto, el heredero sucede ciertamente al causante en los derechos y deberes, pero no en las disposiciones efectuadas por él de forma ineficaz. La sucesión fortuita del legitimado no puede mejorar la posición del adquirente de un no autorizado. La protección del titular ante una pérdida en sus derechos tiene rango preferente. Aquí tiene preferencia la regla de la justicia del *ius suum cuique tribuere* que nadie debe perder su derecho sin su consentimiento.

4. La regla de la exclusión de la convalidación me parece muy razonable cuando se aplica a un suceso fortuito posterior acaecido de forma accidental⁵⁸. El aprovechamiento de la casualidad no resulta compatible con la buena fe y la lealtad. Una de las misiones de la *exceptio doli* es precisamente evitar esto, como se ve en D. 44,4,2,1: *Ideo hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit*⁵⁹.

V. TRANSFORMACIÓN EN POSIBLE DE LA PRESTACIÓN IMPOSIBLE

Según el § 306 B.G.B., son nulos los contratos que tienen como objeto una prestación imposible. La norma proviene de la conocida

⁵⁵ BRUTTI, *La problematica del dolo processuale II* (1973) 628 s.; comp. WACKE, ZSS 90 (1973) 246. Pero es cierto que el *pactum* protege también en caso de duda al heredero del deudor, aun cuando se nombre a una persona, contra la que no se debe reclamar: D. 2,14,7,8; 22,3,9, if.; WACKE 236 ss.

⁵⁶ A favor Marcello D. 21,3,1,1; para la pignoración Modestino D. 20,1,22; en contra sin embargo y con razón Paulo D. 13,7,41.

⁵⁷ Sobre esas argumentaciones, WACKE, *Die Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten*, ZSS 114 (1997) 197, 199 ss. 210 ss.; y WACKE, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten nach römischem Recht*, ZSS 115 (1998) 445 ss. En contra, pero de modo no convincente, HARDER, *Zur Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten bei Beerbung durch den Berechtigten*, en: ZIMMERMANN/KNÜTEL/MEINCKE, *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (1999) 637 ss., especialmente 650 ss.

⁵⁸ En caso de desaparición casual posterior de una causa de nulidad o ineficacia se actuará de un modo diferente. En el Derecho común se cuestionaba si un testamento que resultaba atacable por la preterición de un *heres necessarius*, conservaba su validez tras el fallecimiento del preterido; comp. LÜTTEKEN (cit. nota 9) 33 s. Intuitivamente se puede decir que debiera valer este testamento, porque la causa de nulidad no tiene ya consecuencias.

⁵⁹ Lo mismo en Diocleciano C. 7,26,9: *Si locupletior factus... occasionem iuris ad iniquum trahat compendium, doli mali summovebitur exceptione*.

máxima de Celso D. 50,17,185 *impossibilium nulla obligatio*⁶⁰. Su contenido resulta evidente ya que el deber de cumplir una prestación presupone la capacidad humana de hacerlo⁶¹. Sin embargo, un obstáculo a la prestación puede ser superable, como cuando el objeto legado o prometido es en la actualidad parte esencial de un edificio, pero en el futuro puede ser separado de él. Igualmente es imposible desde el punto de vista jurídico transferir otra vez a un propietario la cosa que ya le pertenece⁶²; pero en el momento del vencimiento de la obligación de transmitir puede haber perdido la propiedad.

Una imposibilidad objetiva sobrevenida libera al deudor si no se debe a su culpa (§ 275 B.G.B.). También es nula una promesa dirigida a una prestación originariamente imposible (§ 306 B.G.B.). ¿Se convalidaría quizá si después la prestación se hiciera posible? Por ejemplo, si la cosa prometida que es propiedad pública, después se privatizara⁶³, o si el hombre libre que se debiera, llegara a ser esclavo. Se ajustaría al principio de congruencia o simetría que en estos casos la estipulación se convirtiera sobrevenidamente en eficaz, como en el caso inverso la estipulación inicialmente válida decae por una imposibilidad objetiva sobrevenida. Sin embargo, los juristas romanos no razonaban tan formalmente. Paulo D. 45,1, 83,5⁶⁴, niega que la estipulación se convalide por una posterior y casual conversión en posible de lo que inicialmente no lo era. Esta solución corresponde a nuestra regla *ne eventu confirmetur*. Venuleyo D. 45,1,137,6, *in fine* añade que una estipulación debe juzgarse atendiendo al momento presente, no según un incierto momento futuro. Tratándose de hombres libres como objeto de una promesa, sería además impío y contra el *favor libertatis* confiar en que caigan en esclavitud (comp. Paulo D. 45,1,83,5 *medio*). En el derecho moderno, según el § 308 B.G.B., el contrato se celebra válidamente sólo si las partes consienten bajo la presuposición de que la imposibilidad desaparezca.

⁶⁰ MUGDAN (cit. nota 35) II 97; MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit*, ZSS 86 (1969) 83 ss.; H.H. JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung* (1969); WOLLSCHLÄGER, *Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre* (1970) 13 ss.; F. PETERS, *Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf*, *Festschrift Kaser* (1976) 289 ss.; ARP, *Anfängliche Unmöglichkeit* (1988); ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* 686-697; FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* (1990) 99 ss.

⁶¹ «Ought implies can»: ZIMMERMANN 194 nt. 61, 687, con remisión a un tratado sobre axiomas filosóficos del pensamiento jurídico de J. HRUSCHKA (1979).

⁶² Del mismo modo, conforme con el canon 845 del *Codex iuris canonici*, no se permite la repetición de un sacramento a una persona que ya lo ha recibido.

⁶³ Sobre aquellos casos, comp. KNÜTEL, ZSS 88 (1971) 102.

⁶⁴ *Vid.* la exégesis de CANNATA, *Impossibilità sopravvenuta e culpa debitoris*, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* [SDHI] 32 (1966) 70 ss., 83 s.

Para contestar a la pregunta sobre si un legado, una compraventa o una estipulación es válida en estos casos, distinguen los juristas romanos entre negocios condicionados e incondicionados. Los efectos de los negocios condicionados se refieren al momento del cumplimiento de la condición; entonces serán válidos cuando se puedan cumplir *condicionis existentis tempore*⁶⁵. En cambio, un legado de la parte integrante de un edificio será nulo si no se halla sometido a condición; un senadoconsulto del 122 d.C. sanciona esto expresamente⁶⁶. Tampoco se produce la convalidación en este caso con la separación posterior de las planchas de mármol y las columnas de edificio, según D. 30,41,2, porque un legado carente de validez al comienzo no puede tampoco *ex post facto* convalidarse. En este supuesto no se hace ninguna distinción entre el legado vindicatorio y el damnatorio. La *regula Catoniana* se aplica sólo a los legados incondicionales; sobre los condicionales no dice nada⁶⁷. Pero si el testador planeó que las obras de arte o pinturas fijadas a la pared fueran llevadas a otra casa, entonces también puede legarlas⁶⁸; el legado de una parte integrante de un edificio que está desprendida de él, permanece válido mientras el testador no la incorpore en un nuevo edificio⁶⁹. Las consideraciones que hace Ulpiano sobre la voluntad del testador parecen ir por el camino adecuado.

En el Derecho moderno, un contrato que por imposibilidad objetiva de la prestación sea nulo conforme al § 306 B.G.B., tam-

⁶⁵ Para la compraventa, Marcelo D. 18,1,61: *Existimo posse me id quod meum est sub conditione emere, quia forte speratur meum esse desinere*. Para la estipulación también Marcelo, D. 45,1,98 pr. (tomado del mismo libro 20 de sus *digesta*): *Existimo posse id quod meum est sub conditione stipulari*. En el mismo sentido Pomponio D. 45,1,31: *... utilis est stipulatio, si conditionis existentis tempore mea non sit*. Del mismo modo, para el legado, Ulp. D. 30,41,2, *if*. Sobre todo ello últimamente FLUME (cit. nota 60) 142 ss.

⁶⁶ D. 30,41,1; MURGA, *El Senado Consulto Aciliano*, BIDR 79 (1976) 155-192. Esa prohibición puede venir derivada de las XII tablas. *Tignum iuctum ne solvito*; comp. HINKER, ZSS 108 (1991) 94 ss.

⁶⁷ D. 40,41,2, *if*; comp. D. 34,7,4; SAINZ-ESQUERRA (cit. nt. 33) 73 ss.

⁶⁸ Ulp. D. 30,41,14: *Sed si paravit quaedam testator quasi translaturus in aliam domum et haec legavit, dubitari poterit, an valeat: et puto valere*. «Parare» tiene aquí el sentido de *praeparare*, no de *comparare* (sobre esos significados vid. HEUMANN/SECKEL). Es correcta la traducción de WATSON («prepared»), POLARA (citado en nota siguiente: «aprontato»), falsa OTTO/SCHILLING/SINTENIS («angeschafft»), I. GARCÍA DEL CORRAL *hoc loco* («compro»), demasiado limitada la de D'ORS y otros («colocó»). Como se desprende de la conexión con el § 13, deben haber estado las obras de arte previamente *adfixas et parietibus adiunctas*, sólo entonces pueden ser llevadas *in aliam domum*; si no, no habría causa para la duda expresada por Ulpiano. Un *de alia domo in aliam transferre* quedaba permitido: C. 8,10,2 (año 222); MURGA, *Protección a la estética en la legislación urbanística* (1976) 64 s.; MURGA, *El edificio como unidad en la jurisprudencia romana* (1986) 80 s. Pero el legado a favor de un tercero no era un *transferre in aliam domum* del testador; de aquí las dudas de Ulpiano.

⁶⁹ Si lo hace el heredero (aunque con desconocimiento del legado), no debe hacer separar las obras de arte ya integradas, pero debe pagar su precio estimado: D. 30,41,15-16 hasta D. 30,41,43 pr.; POLARA, BIDR 72 (1969) 177 s.

poco se convalidará porque la prestación se haga luego posible por un hecho accidental. Sin embargo, un contrato concluido bajo la condición de que la imposibilidad desaparezca, es válido desde el comienzo, conforme con el § 308.1 B.G.B.. La venta de materiales de construcción de una casa que va a ser derribada y todavía sean utilizables, es válida, así como la venta de una parcela que debe ser amojonada, aunque el objeto de ambas compraventas, como parte integrante de una finca, no pueda ser todavía transferido (§ 93 s. B.G.B.). En estos casos no es necesario establecer una condición expresa en la compraventa; es suficiente, cuando esto se deduce de las circunstancias –por medio de una interpretación integradora del contrato–, que las partes cuenten con la desaparición de las causas que impiden el cumplimiento de la prestación, o que, según la buena fe, hubiesen contado con ella, caso de que las hubieran conocido⁷⁰. Según el § 308.2 B.G.B., en los contratos sometidos a condición o a término, la imposibilidad inicial resulta indiferente, si desaparece antes del cumplimiento de la condición o del comienzo del plazo⁷¹. La norma del § 308 B.G.B. valdrá también, conforme al § 309 B.G.B., para los contratos que tropiecen con una prohibición legal (interina). Los legados valdrán conforme al § 2171 B.G.B.: un legado es ineficaz cuando en el momento de la apertura de la sucesión (mejor dicho, de la delación del legado) no pueda ser cumplido; en cambio, es válido cuando en ese momento se puede prever una desaparición de los obstáculos. Con ello la *regula Catoniana* resulta superada por el Derecho moderno. También se puede aplicar analógicamente el § 308 B.G.B. a la promesa de matrimonio (si eventuales impedimentos son removibles)⁷².

A diferencia de lo que ocurría en Derecho romano, en estos casos no es necesario elevar a condición expresa la desaparición de los obstáculos al cumplimiento de la prestación. De acuerdo con la voluntad presunta de las partes, estos negocios están establecidos *ipso iure* bajo una condición tácita, que la imposibilidad desaparezca. Los romanos operaban con la condición tácita de forma muy limitada⁷³. Actualmente se pueden evitar las consecuencias de una nulidad no deseada con una aplicación más progresiva que en Dere-

⁷⁰ STAUDINGER/LÖWISCH (12.ª ed. 1979) § 308 núm. marginal 5-6.

⁷¹ Si la prestación que había devenido posible vuelve a ser imposible en el momento del cumplimiento de la condición, existirá obligación de indemnizar del obligado si él es el responsable de la nueva imposibilidad. En el mismo sentido D. 30,41,16 hasta 30, 43 pr.; *supra* nt. 67.

⁷² WACKE, en *Münchener Kommentar zum B.G.B.* (4.ª ed. 2000) § 1294, núm. marginal 13.

⁷³ Comp. LÉGIER, RHD 44 (1966) 5-32; WACKE, ZSS 90 (1973) 225 nt. 26, 249 ss. con nt. 133.

cho romano de la condición tácita, en interés del *favor negotii* (*ut magis valeat quam pereat*; comp. nota 34). Con todo, es cierto que los autores del B.G.B. no quisieron llegar a establecer una presunción de validez de los negocios jurídicos⁷⁴. Se debe poder contar con que la prestación llegue a ser posible. Si un legado choca con una prohibición legal, no sería justo que el gravado permaneciese ligado para un futuro indeterminado sólo porque la prohibición puede en algún momento ser suprimida⁷⁵. La insubsanabilidad de un negocio afectado por un defecto inicial está en ese caso justificada.

Nuestra regla se ha generalizado tanto (ya sea con *quod o quae*) que alcanza sin distinción a todos los negocios jurídicos. Pero una diferencia importante se da entre contratos obligatorios y negocios dispositivos reales: puesto que para los obligatorios basta la pura determinabilidad del objeto que ha de ser entregado, no tiene por qué existir éste como jurídicamente independiente en el momento de la perfección del contrato.

En el Derecho inmobiliario, el B.G.B. abandonó con el § 889 el principio romano *Nulla res sua servit*. Los derechos reales sobre inmuebles (así servidumbre, usufructo) no se extinguen por posterior consolidación con la propiedad. El propietario los puede constituir también de antemano sobre su propia finca (a modo de reserva, con vistas a una futura enajenación o disposición)⁷⁶. Ni siquiera la identidad inicial de acreedor y deudor impide la inscripción previa de una «prestación contra uno mismo», cuando se cuenta con una desaparición de la identidad⁷⁷.

La comisión de reforma del Derecho de obligaciones quiso suprimir las reglas sobre imposibilidad de los § 306-309 del B.G.B. y sustituirlas por las normas generales sobre incumplimiento⁷⁸. A mi parecer, la supresión del § 308 B.G.B. debe ser criticada. Sería una pérdida lamentable, si esta norma excepcional «muy importan-

⁷⁴ Motive del § 308 B.G.B., en Haidlen, B.G.B. (1897) I pág. 368.

⁷⁵ Motive del § 2171 B.G.B., en Haidlen IV pág. 212.

⁷⁶ Supuesto típico es la deuda inmobiliaria del propietario, § 1196 B.G.B. Knöchlein, *Das Recht an eigener Sache* (1991); Wacke, in *Münchener Kommentar zum B.G.B.* (3.^a ed. 1997) § 889.

⁷⁷ Wacke, *Münchener Kommentar* § 883 núm. marg. 18, § 886 núm. marg. 9. Sobre ello especialmente el artículo del que entonces era mi asistente (hoy rector de la Universidad de Greifswald) Jürgen Kohler, *Die anfängliche Einheit von Gläubiger und Schuldner*, *Juristenzeitung* 1983, 13-18.

⁷⁸ *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz* [Informe final de la comisión para la revisión del Derecho de obligaciones, publicado por el Ministerio de Justicia] (1992) 145 s.; Medicus, *Neue Juristische Wochenschrift* 1992, 2384 ss., 2386 s.

te y justificada»⁷⁹, sobre la imposibilidad subsanable, en cuanto que norma anexa, cayese víctima de una supresión del § 306 B.G.B.

VI. CONFIRMACIÓN Y RATIFICACIÓN («RATI HABITIO»)

1. Los negocios inválidos pueden ser también convalidados por medio de confirmación o ratificación. Objeto de una *rati habitio* es la aprobación de algún negocio anterior. Según el § 141 B.G.B., la confirmación requiere de suyo una nueva celebración del negocio jurídico (*vid.* nota 16). Pero también se puede exteriorizar la voluntad confirmatoria por medio de una actuación concluyente. Una *rati habitio* puede consistir también en la ulterior obtención de la requerida aprobación de un tercero⁸⁰. Pero objeto de una *rati habitio* no son sólo los negocios inválidos. A veces la persona que ratifica declara solamente que quiere convalidar una gestión ajena o una actuación judicial en su nombre, de acuerdo con la regla *Rati habitio mandato comparatur*⁸¹ o con la *cautio de rato*⁸².

2. El testador puede también confirmar en un codicilo posterior un legado dispuesto de forma inválida, incluso haciendo referencia incidental a él, como por ejemplo diciendo «Además debe mi heredero también darle...»⁸³. Lo mismo sucede con una donación inválidamente efectuada.

3. Un préstamo a un hijo de familia contrario al senadoconsulto Macedoniano será válido bien cuando el padre posteriormente lo apruebe⁸⁴ o bien cuando el hijo mismo que recibió el dinero convalide su deuda después de haber salido de la patria potestad⁸⁵.

4. El tutor debía consentir el contrato del sometido a tutela en el momento de su conclusión, estando presente y declarándolo verbalmente. Una ratificación posterior es tan inútil como una autorización otorgada por escrito anticipadamente (*nihil agit*:

⁷⁹ Así THODE, en *Münchener Kommentar zum B.G.B.* (3.ª ed.) § 308, núm. marginal 1.

⁸⁰ Así distingue BERTOLINI (citado en nota 1) II, 3 ss. y 29 ss., la «ratifica per parte di un terzo» de la «ratifica di atti proprii».

⁸¹ BERTOLINI I 23 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, I (2.ª) 579 nt. 25; LIEBS núm. R 2.

⁸² Sobre ello BERTOLINI II 57 ss.

⁸³ '*Hoc amplius ei heres meus dato*': D. 30,19, pr.; M. MÜLLER 193 ss. Un caso semejante con *hoc amplius* in D. 32,33,2; WACKE, ZSS 91 (1974) 255 s.

⁸⁴ C. 4,28,7 (año 530); WACKE, ZSS 112 (1995) 287s. Si el padre conoce de la recepción del préstamo, debe declarar cuanto antes su posible oposición: WACKE, 277 s.; comp. WACKE, Estudios (cit. nt. 49) 196 ss., 200 s. nt. 18.

⁸⁵ Por medio de pago o novación, p. ej. C. 4,28,2 (año 198). El pago parcial, con todo, no implica una ratificación de la cantidad total. Opina contrariamente M. Müller, 172 ss.

D. 26,8,9,5). La exclusión de la posibilidad de autorizar posteriormente evita (a diferencia del § 108 B.G.B.) una situación de pendencia referente a la obligación del pupilo⁸⁶. Si el pupilo repite la venta con *auctoritas tutoris*, entonces la *renovata venditio* consigue, según D. 18,5,7,1, que las partes del contrato queden ligadas mutuamente⁸⁷.

5. Nerva resuelve un caso curioso de confirmación por nueva celebración en D. 24,1,36,1: después de la boda se descubre que el novio ha regalado a la novia un anillo de bodas que no le pertenecía. Para remediarlo, le regala ahora un anillo propio. La validez de esa donación posterior se ve amenazada por la prohibición de las donaciones entre cónyuges. Sin embargo, para salvarla Nerva no ve en esa prestación sustitutoria una nueva donación, sino sólo una convalidación del regalo de bodas hecho anteriormente, pero frustrado por la falta de la propiedad del donante. A fin de otorgar validez a la transmisión posterior, Nerva refiere el momento, de forma excepcional, a la primera donación⁸⁸: una salida elegante a un problema algo lamentable.

6. El efecto retroactivo de una *ratihabitio* era una cuestión muy debatida en el Derecho común⁸⁹. La controversia se suscitó a raíz de dos constituciones de Justiniano, que estaban previstas para supuestos especiales pero que ofrecieron la oportunidad de caracterizar la retroactividad como principio general⁹⁰. Sin embargo, se debe negar que el efecto retroactivo fuese el principio general para el Derecho clásico.

VII. LA PERSISTENCIA DE LA VOLUNTAD («PERSEVERANTIA VOLUNTATIS»)

A veces basta para la convalidación simplemente la *perseverantia voluntatis*⁹¹, como ocurre en las donaciones entre cónyuges, en principio ineficaces, pero que según la *oratio Severi* del año 206 d. C. se convalidan en caso de que la revocación no se haya reali-

⁸⁶ El mayor de edad que contrataba con el pupilo estaba siempre ligado por el *negotium claudicans*. Sobre ese problema WACKE, TRG 84 (1980) 216 ss.

⁸⁷ Aquí no vale la regla *qui bis idem eidem promittit, nihil agit*; la segunda venta contiene *aliquid novi*, de modo que es novación (a diverencia del caso contrario): GIUFFRÉ, *Conversione* (cit. nota 45) 59 nt. Para la continuación del texto BÜRGE, *Retentio im römischen Recht* (Diss. Zürich 1979) 199 s.

⁸⁸ *Quia tunc* (entonces) *factam donationem confirmare videtur, non novam incohare*: M. MÜLLER 192 s.

⁸⁹ Sobre ello BERTOLINI I, 68 ss.; M. MÜLLER 81 ss.

⁹⁰ C. 5,16,25 (año 528) para donaciones entre cónyuges y C. 4,28,7 pr. (año 530) para negocios del hijo de familia confirmados por el padre; sobre ello M. MÜLLER 153 ss.

⁹¹ Sobre ello (aplicado especialmente a donaciones ineficaces) GAUDEMET, *Mélanges Meylan I* (1963) 139-157.

zado antes de la muerte del testador⁹². Según las mismas consideraciones, promesas de donaciones excesivas convalecerán con la muerte del testador, de acuerdo con la regla *morte Cincia removetur*⁹³.

Las donaciones nulas de un *pater familias* a favor de sus hijos bajo potestad alcanzan validez si en el momento de la emancipación les concede continuar con esos bienes⁹⁴. El padre puede retirar (*adimere*) el *peculium* a sus hijos hasta el momento en que se produce la salida de su potestad (a sus esclavos, hasta la manumisión). En cambio, en los dos casos anteriormente citados, el donante puede declarar su voluntad revocatoria hasta el momento de su fallecimiento.

2. El matrimonio contraído contrariamente a un impedimento matrimonial se convalida con la desaparición de ese impedimento, si los cónyuges mantienen su voluntad: el matrimonio de una mujer todavía incapaz para el matrimonio será eficaz tan pronto como alcance la edad exigida para contraer⁹⁵. No se puede exigir la devolución de una dote que ha sido así otorgada previamente mientras se pueda prever una convalidación⁹⁶. Como ya vimos, los contratos y testamentos de uno que no posee la capacidad de concluirlos no se convalidan con la adquisición posterior de la capacidad (*supra* II, III 4). El matrimonio, en cambio, como relación jurídica duradera que es, se convalidará con la desaparición del impedimento inicial. Cada día de vida en común confirman los esposos su voluntad de mantener ese matrimonio⁹⁷.

⁹² KASER, RP I (2.^a ed.) 332 nt. 34; H. SCHLEI, *Schenkungen unter Ehegatten* (Göttingen 1993) 80 ss.

⁹³ KASER 604 nt. 42 s. La invocación de la *exceptio legis Cincia* se le deniega al heredero.

⁹⁴ D. 39,5,31,2: (*si*) *peculium... non ademit, ex post facto donationem videbatur perfectisse*; comp. fragm. vat. 260, 261 etc.; M. MÜLLER 183 ss.; WACKE, *Peculium non ademptum videtur tacite donatum, Iura* 42 («1991», 1994) 43 ss., 75 ss., 85 ss. Con la muerte del *pater familias* adquieren sus hijos sus bienes particulares sólo en caso de ordenación testamentaria expresa. Pero en vez de ésta, basta también la *ratihabitio* del heredero: D. 41,6,4; MÜLLER 150 s.

⁹⁵ D. 23,2,4; 23,3,86; 24,1,32,27. Los matrimonios prematuros eran frecuentes en la Antigüedad, de acuerdo con los abundantes hallazgos arqueológicos (a diferencia de lo que sucedía entre los germanos según Tácito, *Germania* 20,6: *nec virgines festinantur*); *vid.* TAFARO, *Pubes e viripotens* (Bari 1988) 143 ss., 158 s.

⁹⁶ D. 12,8,4; también D. 27,6,11,3-4; TAFARO 159 ss., 165 ss.

⁹⁷ J. HUBER, *Der Ehekonsens im römischen Recht* (1977), quien quiere de acuerdo con ROBLEDA y en oposición a VOLTERRA, dar por suficiente el consentimiento inicial (*Anfangskonsens*) para el matrimonio. Pero los casos de convalidación aquí tratados hablan más bien a favor de un consentimiento permanente (*Dauerkonsens*) mantenido durante el matrimonio. Críticos contra Huber: LONGO, *SDHI* 43 (1977) 459-480; GAUDEMET, *TRG* 47 (1979) 171ss; KRAMPE, *ZSS* 97 (1980) 410ss.; VOLTERRA, *Festgabe v. Lübtow* (1980) 147-153; WACKE, *Familienrecht eitschrift* 1979, 546 s. = *Index* 10 (1981) 331 ss.

Un miembro del *ordo* senatorial no puede tomar por esposa a una liberta (D. 23,2,44,1); pero con la eventual pérdida de su dignidad, sí que se convalidará ese matrimonio que era impropio de su dignidad (D. 23,2,27: *si amiserit dignitatem, uxor esse incipiat*). Una orden del emperador prohibía a los funcionarios y oficiales empleados en provincias el matrimonio con mujeres de esa misma provincia. Los matrimonios contrarios a la prohibición eran nulos⁹⁸; los hijos nacidos de él, no matrimoniales. Pero, si el consentimiento perdura, el matrimonio se convalidará con la separación del funcionario de ese cargo; los hijos nacido después serán matrimoniales: *post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, iustas nuptias effici, et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse*⁹⁹. Sin embargo, los hijos nacidos antes de la remoción de ese obstáculo permanecen en ese caso como no matrimoniales (sin posible convalidación)¹⁰⁰. Tampoco por analogía con la *legitimatio per subsequens matrimonium* pueden considerarse matrimoniales¹⁰¹, porque esa legitimación fue introducida sólo por Constantino¹⁰². La necesidad de la legitimación posterior de los hijos nacidos como extramatrimoniales durante el tiempo en que el padre todavía actuaba como funcionario se sentiría como especialmente acuciante. Para nuestros sentimientos de hoy resulta difícilmente tolerable que los hijos nacidos de los mismos padres y en la misma familia crezcan juntos unos como extramatrimoniales y otros como matrimoniales. La diferencia de estado familiar en función del nacimiento anterior o posterior a un día marcado por la ley nos resulta sorprendente. El mismo fenómeno, significativo desde el punto de vista histórico y social, se da en el caso de los hijos de padres que primero han convivido como esclavos en un *contubernium* y después de su manumisión continúan su matrimonio como libres¹⁰³. Los hijos nacidos antes del comienzo de las *iustae nuptiae* no estaban bajo patria potestad; como *spurii* o *filii naturales* no tenían ningún derecho o legítima en la herencia de su padre. Aunque eran realmente hijos de su padre, en cuya familia crecían, tenían solamen-

⁹⁸ WACKE, *Actio rerum amotarum* (1963) 39 s.

⁹⁹ Paulo D. 23,2,65,1; citado literalmente por Gordiano, C. 5,4,6 (año 239). Sobre ambos textos, M. MÜLLER 174 ss.; también JUNG, ANRW II 14 (1982) 341.

¹⁰⁰ Arg. «*postea liberos natos*» (e contrario); BERTOLINI II 37, comp. 51.

¹⁰¹ BERTOLINI II 49, nt. 11.

¹⁰² KASER, *Das römische Privatrecht II* (2.^a ed. 1975) 220 s., § 230 II; LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali etc.* (1990).

¹⁰³ Atestiguado epigráficamente se encuentra un caso semejante (hermanos de diferente estatus pese a ser de padres idénticos) del comienzo del siglo III d.C.; véase STIEGLER en *Festschrift Kränzlein* (1986) 109-122; también LAMBERTI, *Studi sui postumi I* (1996) 385 s., nt. 55.

te la posición de hijos acogidos (*alumni*)¹⁰⁴. Un funcionario que actuaba en provincias se encontraba por ello con la alternativa «o funcionario-o hijos matrimoniales». Para que sus hijos fuesen matrimoniales tenía que renunciar a su puesto de funcionario. Cierto es que siempre le quedaba la salida de adoptar a los hijos nacidos antes del día en que podía casarse. La diferencia de estatus de los hermanos, a pesar de la procedencia de idénticos padres, es una consecuencia, aun cuando dura, del defectuoso efecto retroactivo de la convalidación del matrimonio. Nuestro Derecho moderno afirma la eficacia retroactiva de la convalidación¹⁰⁵, mientras que los romanos la negaban¹⁰⁶. Los bienes entregados como «*dos*»¹⁰⁷ en un «matrimonio» de esclavos (sin efecto) convalecen —en la medida en que subsistan— al estado de dote, sólo después de que ambas partes lleguen a la libertad, si mantienen su unión (*si in eadem coniunctione permanserint*).

3. Tampoco tiene efecto retroactivo la convalidación de un nombramiento como funcionario judicial realizado prematuramente, según D. 1,16,4,6: un procónsul sólo puede delegar su potestad judicial a sus legados después de instalado en su provincia y una vez que ha tomado posesión de esa potestad. La validez de una delegación anticipada que fuese aceptada sería contraria a toda regla (*perquam absurdum*; comp. nota 30). Pero la delegación anticipada conserva su validez ante el Derecho si el procónsul mantiene su voluntad después de instalado en el cargo (*si in eadem voluntate fuerit*); sin embargo, esta voluntad valdrá sólo a partir de ese momento, no para lo anterior¹⁰⁸.

4. Finalmente, también se da lugar a una confirmación cuando se deja correr, sin ejercitar la acción, el plazo preclusivo prescrito para la reclamación por un vicio de la voluntad u otra particular causa de nulidad. La voluntad de conservar el negocio se supone entonces irrefutable. En caso de dolo o de amenazas, las *actiones*

¹⁰⁴ Comparar en general, TIREY, *Das Pflegekind in der Rechtsgeschichte* (1996).

¹⁰⁵ Vid. el párrafo 2 de los §§ 17,21,22 Ehegesetz (Ley de matrimonio: «El matrimonio será considerado válido desde su inicio...»), válidos hasta 1998, eran al efecto más claros que la nueva norma del § 1315 B.G.B. Los matrimonios defectuosos pueden ser anulados con efectos sólo *ex nunc*; las consecuencias jurídicas corresponden a un divorcio según los §§ 1313 ss., 1318 B.G.B.. Existe también confirmación cuando un cónyuge después de la supresión del obstáculo da a conocer que el quiere continuar el matrimonio.

¹⁰⁶ Comp. *uxor esse incipiat* en D. 27,2,23.

¹⁰⁷ Papiniano D. 23,3,39 pr.: *quasi, velut in dotem (datum)*; WACKE, *Iura* 42 («1991», 1994) 87 ss.

¹⁰⁸ *Non exinde ex quo (iurisdictio) mandata est, sed ex quo provinciam proconsul ingressus est*. Sobre ello, M. MÜLLER 163 ss. Los actos de jurisdicción voluntaria los puede atender previamente el procónsul, después de que él ha salido de Roma, vid. WACKE, *Iurisdictio voluntaria*, ZSS 106 (1989) 188 s.; comp. KASER/HACKL (*supra* nt. 27) 181 nt. 71, 187 nt. 29.

de dolo¹⁰⁹ o *quod metus causa*¹¹⁰ estaban limitadas al plazo de un año desde el descubrimiento del engaño o la cesación de las amenazas, según el Derecho clásico (*annus utilis*; lo mismo § 124 B.G.B.)¹¹¹.

Los *minores* no podrán pedir la *restitutio in integrum* si después de alcanzada la mayoría de edad confirman el contrato que habían celebrado¹¹². Según Justiniano las enajenaciones o pignoraciones sin la pertinente autorización pueden ser impugnadas hasta un plazo de cinco años después de alcanzada la mayoría de edad¹¹³.

VIII. LA UNIDAD DEL ACTO DE CONSTITUCIÓN («UNITAS ACTUS»)

1. Si un negocio jurídico exige unidad de acto, no es posible una repetición sanatoria de una parte del acto que fuese defectuosa. Como ya se ha visto (*vid. supra* VI 4) no es sanable, según el Derecho romano, el otorgamiento de la *auctoritas* del tutor a un contrato de su pupilo celebrado sin ella. Más benignos son los requisitos que se exigen para la comisión de un representante procesal (*cognitor*)¹¹⁴. La *mancipatio* y otros negocios *per aes et libram* de ella derivados exigen la presencia como testigos de al menos cinco ciudadanos romanos varones con capacidad negocial¹¹⁵. En el campo era difícil reunir un número tan elevado sino en los días de mercado. Si uno de los testigos carecía de la necesaria cualificación, llegó tarde o se ausentó antes del final (D. 28,1,20,8), debía repetirse todo el acto delante de los testigos. La presencia simultánea de tantos testigos constituía un fuerte impedimento para el tráfico jurídico.

¹⁰⁹ *Intra annum, cum primum experiundi potestas fuit*: LENEL, *Edictum perpetuum* 114. Constantino substituyó el *tempus utile* por un *tempus continuum* de dos años (por causa de los muchos días sin actuación judicial más fácilmente calculable); KASER/HACKL (nota 27) 555 nt. 10. - D. 39,3,14 pr. *if. quod si annus praeterierit, de dolo iudicium dandum* significa sólo que el año de plazo de la *actio de dolo* será contado de forma diferente a como se hacía en el antes citado interdicto, *vid.* WACKE, ANRW II 13 (1980) 598 s., nt. 180.

¹¹⁰ La *actio quod metus causa* que se estimaba al cuádruplo podrá darse, eso sí, *post annum* estimada al *simplum*, D. 4,2,14,1.

¹¹¹ El plazo preclusivo en estos casos se justifica en interés de la seguridad jurídica, *vid.* HAIDLEN (*supra* nt. 74) I pág. 145.

¹¹² *Comprobare*: D. 4,4,3,1-2; *pacto vel silentio comprobare*: Pauli sent. 1,9,3; *ratum habere*: C. 2,45,2 (año 294); M. MÜLLER 166 ss.

¹¹³ En las donaciones es el plazo más largo: C. 5,74,3 etc.; M. MÜLLER 151 ss.

¹¹⁴ La comisión del *cognitor* exige la presencia de la otra parte (*coram adversario*) pero no la del *cognitor*. Si este está ausente basta, según Gaius 4,83, su declaración posterior de aceptación. Las cuestiones de detalle se discuten todavía, *vid.* KASER/HACKL (nota 27) 211 con nt. 13.

¹¹⁵ Gayo 1,119; 3,174; Ulpiani epit. 20,2; Gai. epit. 1,6,4 etc. Los testigos testamentarios deben estar presentes al mismo tiempo, dice todavía el § 585 del A.B.G.B. austriaco.

2. Para el otorgamiento del testamento había que convocar a los testigos especialmente para ese fin. La declaración del testador debía constituir un acto sin interrupciones (*uno contextu actus testari oportet*). Se quebrantaba esa unidad de acto cuando se ejecutaba otro acto que no era inherente al primero (D. 28,1,21,2-3; comp. D. 45,2,6,3). Según Teodosio podía el testador dictar su testamento por escrito durante varios días, pero entonces debía convocar a los testigos conjuntamente para un cierto día y éstos debían sellar el testamento uno después de otro en su presencia (*nullo actu interveniente*)¹¹⁶. Para un testamento verbal se debía convocar a los testigos dentro del plazo máximo de una hora¹¹⁷. En el Derecho común se mantenía para el testamento notarial el requisito de la unidad de acto¹¹⁸. Sin embargo, una momentánea ausencia del testador o de uno de los testigos con el fin de hacer sus necesidades era inocua; esto declara el ordenamiento imperial relativo a los notarios del año 1512 (Reichsnotariatsordnung) en su § 7: una pequeña pausa no significaba la interrupción del acto (literalmente: «no hace agujero en el tambor»)¹¹⁹. Además, el testador podía reservarse el complementar luego su declaración con un codicilo.

3. Una continuidad del acto entre pregunta y respuesta se exigía también en la estipulación romana. A la pregunta del acreedor debía el deudor *comminus respondere*. Si se ocupaba entre tanto de otros asuntos, su promesa no tenía efecto, aunque la diese en el mismo día (D. 45,1,137 pr.). Naturalmente, sí que cabía que transcurriesen unos momentos, especialmente para meditar la respuesta, o para traducir la pregunta a otro idioma con la ayuda de un intérprete¹²⁰. Según D. 45,1,1,1 tampoco se interrumpe el acto porque entre tanto el acreedor se ausente un momento. Del mismo modo, cabe un *modicum intervallum* entre la contestación que dan dos deudores conjuntamente; especialmente cabe que entre tanto se otorgue una promesa de fianza, dado que ésta forma parte del negocio principal y no contradice el sentido y fin de éste¹²¹.

¹¹⁶ C. 6,23,21,2 (año 439) = Nov. Theod. 16; KASER, RP II² 480 s. En general, sobre los cambios en los requisitos del testamento postclásico ALBANESE, *Sodalitas Guarino II* (1984) 777 ss. = ALBANESE, *Scritti Giuridici II* (1991) 1639 ss.

¹¹⁷ Así Nov. Theod. 16. *Simul uno eodem tempore collecti* según C. 6,23,21,4; Inst. 2,10,3.

¹¹⁸ SCHMELZEISEN, *Polizeiordnungen und Privatrecht* (1955) 163 con. nt. 75; SCHMELZEISEN, *Polizei- und Landesordnungen I* (Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte II 1, 1968) 102, 115 nt. 71; WESENER, *Geschichte des Erbrechts in Österreich* (1957) 137 s.; COING, *Europäisches Privatrecht I* (1985) 569 nt. 31.

¹¹⁹ Así KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem* (1821) III 3,10; citado según SCHMELZEISEN (nota anterior, 1968) 115 nt. 71.

¹²⁰ D. 45,1,1,5 *if.*; sobre ello WACKE, ZSS 110 (1993) 26,28 ss.

¹²¹ *Quia nec longum spatium interponitur nec is actus, qui contrarius sit obligationi*: Juliano D. 45,2,6,3. En todo caso, una contestación al día siguiente es ineficaz: D. 45,2,12 pr.; también D. 45,2,3.

Esa exigencia de la continuidad del acto es algo bueno. Conduce a un orden, a concluir los negocios «uno detrás de otro». Antes de terminar uno, no se debe empezar otro (D. 45,2,12, pr.); lo contrario conduciría a confusión. El que contrata un negocio jurídico no debe jugar como un campeón de ajedrez, simultáneamente contra muchos rivales. Por ello, un contrato comenzado pero no terminado perderá toda eficacia con el comienzo de otra actividad que no tenga relación con él. Claro está que no supone ninguna interrupción la producida por un ataque de tos o un estornudo. Venuleyo, en D. 45,1,65 pr., incluso cita como ejemplo académico de interrupción tolerable, que no se le debe negar al deudor, que antes de contestar *spondeo* recite el verso inicial de la Eneida de Virgilio. Pero una digresión semejante puede distraer la atención tanto como el contar un chiste de por medio ¹²²; por ello no resulta tan inofensiva esta opinión de Venuleyo.

4. También en el Derecho actual la conclusión de un contrato entre presentes requiere un *continuus actus*. Según el § 147 B.G.B. una oferta de presente sólo se puede aceptar inmediatamente. Pero «inmediatamente» no significa una velocidad de segundos. Cabe también aquí un tiempo razonable de reflexión ¹²³. Acuerdos en sociedades pueden llevarse a cabo en sucesivas votaciones de los socios presentes ¹²⁴.

Un terreno que se encuentra en copropiedad podía también ya en Derecho romano, de forma excepcional, ser gravado con una servidumbre acordada por cada uno de los copropietarios sucesivamente. La servidumbre queda constituida con el último acto (*ex nunc*). Pero ya antes se encuentra vinculado cada copropietario por su acto de disposición;¹²⁵ no puede disponer de otra manera durante ese tiempo, y su fallecimiento no perjudica al derecho que se halla en formación (comp. §§ 130 II, 153 B.G.B.) ¹²⁶.

¹²² Otro ejemplo alegado por RICCOBONO/KERR WYLIE/BEINART, *Stipulation and the Theory of Contract* (1957) 35 ss.; ZIMMERMANN, *Obligations* 73. Por lo demás, estos autores tienen una tendencia a sospechar de la veracidad de los textos. De modo especialmente rigorista, pero poco realista, se muestra RICCOBONO al negar incluso la posibilidad de colaboración de un traductor; en contra WACKE citado en nota 120.

¹²³ KRAMER, en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, § 147 núm. marg. 5. La casuística de las fuentes romanas sobre este punto parece mucho más amplia que en Derecho moderno.

¹²⁴ El proponente se encuentra vinculado mientras los miembros deliberan sobre el acuerdo que deben tomar. En cambio sólo se haya vinculado al voto que se ha dado hasta que finaliza el proceso de votación que está teniendo lugar: ULMER, *Münchener Kommentar cit.* § 709 B.G.B., núm. marginal 67a.

¹²⁵ Semejante al caso de constitución de una dote para un matrimonio todavía no celebrado: D. 12,4,8 (*supra* nota 96).

¹²⁶ D. 8,3,11; sobre ello, KOUWENBERG, RIDA 24 (1977) 273 ss.; SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica etc.* (1979) 195 s.; HAUSMANINGER, *Iuris professio, Festgabe Kaser* (1986) 54 ss. (*subtili ratione ... benignius tamen*); más literatura sobre

IX. RESUMEN

Los casos de convalidación de la nulidad eran en Derecho romano más raros que hoy. La arcaica *regula Catoniana* está hoy superada. Contrariamente a lo que declara Gayo 2,244, hoy no tiene nada de absurdo considerar válido un legado ejecutable en el momento de la sucesión, aunque en el momento en que se otorgó el testamento fuese ineficaz. El sistema establecido por la *regula Catoniana*, según el cual se examinaba la validez primeramente en el momento del otorgamiento del testamento, es posiblemente un efecto derivado del testamento nuncupatorio; éste exigía que las disposiciones del testador fuesen ejecutables al instante (*certam legem dicere*: D. 28,1,14; *supra* III 5 i.f.). La *regula Catoniana*, que en su origen fue establecida sólo para los legados (D. 34,7,3), fue aplicada a las instituciones de heredero (D. 50,17,210). La falta de posible convalidación de esas disposiciones ineficaces era en parte aliviada por la posibilidad de ratificación posterior por medio de codicilo. De todos modos, se excluía de la aplicación de la *regula* las disposiciones testamentarias condicionadas (D. 34,7,4). Este fue un paso en la dirección adecuada; pero, en cuanto tal, no fue suficiente. Los juristas romanos, con un estilo de pensamiento excesivamente formal, no hicieron apenas uso de la posible vía de convalidación que entraña el suponer la existencia de una *tacita condicio*. Ese uso habría supuesto un paso a favor del *favor testamenti* y hubiese conducido al abandono de la *regula Catoniana*. A veces, sí que se sirvieron de la interpretación de un aplazamiento en la delación del legado (*dies cedens*)¹²⁷.

En el B.G.B. se produce la renuncia a la *regula Catoniana* en el § 2171 y la norma correspondiente, aunque pueda parecer sin excesiva relación, del § 308. El momento para examinar la validez de un legado no será ya otro que el de su propia delación; además no tendrá ya importancia que la prestación sea imposible cuando se pueda esperar que esa imposibilidad desaparezca. Carece especialmente de importancia esa imposibilidad transitoria de la prestación cuando se trata de un negocio obligacional. Hay que criticar la propuesta hecha oficial por la comisión de reforma del B.G.B. de suprimir el § 308 (*supra* V). Los puros negocios obligatorios sobrellevan la incertidumbre sobre su eficacia mejor que los negocios de disposición y especialmente que las declaraciones de voluntad uni-

benignitas en BALDUS (*supra* nota 34) II 501 ss. Asimismo D. 8,4,18; sobre ello, GIOFFREDI, *In pendenti esse*, SDHI 22 (1956) 113 ss.

¹²⁷ Casos así se encuentran en D. 36,2,8; sobre ello, HAUSMANINGER, TRG 36 (1968) 476 s.; D. 36,2,17; sobre ello SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* 31 s.

laterales. De manera inconsciente y sin fundamento se mantiene todavía entre la doctrina alemana la *regula Catoniana* para el testamento mancomunado de los novios, negándose así la convalidación a pesar del matrimonio posterior (*supra* III).

Como conclusión inversa al § 308 B.G.B., hemos puesto de manifiesto como contenido de la *regula* que sí encuentra justificación que un acontecimiento posterior puramente casual, con el que el disponente no podía contar, no puede tener fuerza convalidatoria (*ne eventu confirmetur: supra* IV). La norma del § 185.2 caso tercero del B.G.B., según la cual la disposición hecha por un no legitimado resulta convalidada cuando da la casualidad de que le hereda el sí legitimado, se muestra como una decisión legislativa que parece equivocada (*supra* IV 3).

La llegada de la mayoría de edad es ciertamente un *dies certus*. Pero los negocios concluidos antes de la llegada de esa fecha no se convalidan por el mero mantenimiento de la voluntad (*tractu temporis non conualescunt: supra* II). Los negocios formales como el testamento requieren una nueva celebración tras la adquisición de la edad para testar, o al menos una confirmación en forma adecuada (*supra* III 4). En cambio, las relaciones jurídicas duraderas, por ejemplo el matrimonio, se convalidan con la permanencia de la voluntad; según el Derecho romano con mero efecto *ex nunc*, hoy *ex tunc* (*supra* VII 2).

En conjunto, se pueden encontrar más casos de convalidación *ex post facto* que puro por *tractu temporis*. El acaecimiento de un hecho posterior que no sea simplemente casual debe ser más tenido en cuenta que el mero transcurso del tiempo. Este sólo debe tener efecto convalidante cuando va acompañado de la voluntad de mantenimiento de una relación jurídica duradera.

La unidad del acto constitutivo (*continuus actus*), prescrito para algunos negocios —especialmente, para aquellos que requieren de una determinada forma— es un principio plausible y saludable; obliga a una nueva celebración *ab initio* de los negocios empezados pero no culminados (*supra* VIII).