

2.2.2. *Excepciones*

LA EXCEPTIO LEGIS CINICIAE

Adela López Pedreira

Se sabe que en el año 204 a.C. el tribuno de la plebe M. Cincius Alimentus hizo aprobar un plebiscito que con la equiparación de éstos a las leyes sería denominado *Lex Cincia de donis et muneribus*¹, cuyo contenido no nos es directamente conocido sino sólo indirectamente a través de los F. Vat. (260-316)², de los cuales puede afirmarse que tendría por objeto prohibir las donaciones superiores a una determinada cantidad, *modus donationis*, salvo las que se realizasen entre determinadas personas, *personae exceptae*: *cognati* dentro del quinto grado, y del sexto los *sobrini*, cónyuges y novios; algunos afines como el suegro y la suegra, el yerno y la nuera, el padrino y la madrina, el hijastro y la hijastra; el patrono cuando le dona el esclavo o el liberto; o el pupilo favorecido por el tutor³.

Las razones de esta prohibición no están del todo claras. Por una parte, puesto que surgió como un plebiscito algunos autores afirman razones políticas como la intención de liberar a los plebeyos de la obligación de efectuar tales donaciones a los patricios que les hubiesen ayudado en determinadas circunstancias⁴. Otros como Savigny⁵ al margen de razonamientos políticos ponen en duda que fuese necesario establecer esta prohibición en un pueblo que en aquel periodo de tiempo era tan ahorrativo y tan reacio a hacer regalos puramente gratuitos, aunque lo cierto es que a esa época se refiere también Cicerón, de *off.* 2,15,54, al afirmar *multi enim patrimonio effunderunt inconsulte largiendo*, por lo que parecería que la prohibición se habría impuesto con carácter general⁶ para restablecer la vieja costumbre contraria a la liberalidad, y sobre todo evitar aquellas imprudentes disipaciones que se habrían hecho tan frecuentes tras las guerras púnicas, que podrían generar

¹.- ASCOLI, *Sulla legge Cincia*, BIDR, 6, 1893, P. 173 SS; BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, 2ª ed, Barcelona, 1960, p. 649 ss y *Le donazioni*, Napoli, 1961, p. 23 ss; BUSI, *La donazione nel suo svolgimento storico, Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935, p. 177 ss; CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origine della donazione romana*, Milano, 1960, p. 28 ss; DENOYEZ, *Les donations visées par la loi Cincia*, IURA, 2 1951, p.146 ss.

².- Otros textos literarios que hacen referencia a esta ley son LIVIO 34,4, TÁCITO, *Ann.* 2,5 13,42; 15,20, Cicerón *De oratore*, 2,71, *De senectute*, C.4, PLINIO *Epistolae* 5,21, DIÓN CASIO, 44,18, ARNOBIO *Adversus gentes*, lib. II, p. 91. Y asimismo parece comprobado que se prohibían también las llamadas donaciones *ob causam orandam*, ARCHI, *Le donazione, Corso di diritto romano*, Milano, 1960, p. 17, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14, p. 580, n.1.

³.- No todos los autores afirman la existencia de este *modus donationis*, sino que hay quienes afirman que la prohibición de donar sería absoluta citando para ello, como recoge ASCOLI, *Sulla legge...*, op. cit., p. 182, argumentos como el texto de Celso D.39.5.21.pr, que hace referencia a una *exceptio donationis* sin limitación de cantidad, o F.Vat. 310 que hace referencia a la redacción de la *exceptio in factum* sin mencionar límite alguno, o el texto de CICERÓN, *de oratore*, 2,72, *ut emas, si uti velis*. Otros afirman que este *modus* sería muy bajo, o como indica CERAMI, SDHI, 44, 1978, p. 147, que a partir de la época ciceroniana, la práctica jurisprudencial prefirió sujetar el *modus*, a la voluntad y a la capacidad patrimonial del donante, (Cic. *de off.*, 2.15.55.)

⁴.- Esta es la tesis seguida por BUSI, *La donazione nel suo svolgimento...* op. cit., p. 177 ss, siguiendo a escritores latinos, Tito Livio 34.4; Tácito, *Ann.* 2.5; Macrobio, 1.7.33...

⁵.- SAVIGNY, *Ueber die lex Cincia*, Zeitschr. für gesch. Rechtsw., 4, 1818, p.1 ss.

⁶.- BIONDI, *Sucesión testamentaria* op. cit., p. 650.

como indicaba Cicerón, *de off.* 2.15.52.55, numerosos desórdenes sociales, ya que muchas veces quienes dilapidaban irreflexivamente su patrimonio, trataban de recuperarlo a costa de otros, generando un odio en éstos mayor que el agradecimiento de quienes habían recibido. Por lo que este problema, planteado bajo este aspecto ético-filosófico se habría resuelto mediante esta enérgica prohibición.

Pero en cualquier caso la *Lex Cincia* pertenece a la categoría de las *leges imperfectae*, es decir, de aquéllas que prohíben que se realice un acto, pero que una vez realizado, no lo anulan ni imponen pena alguna al trasgresor (*Tit. Ulp. liber singularis regularum 1.1, prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit*)⁷ lo cual es debido sin duda a que la donación, figura que incluso en nuestros días tiene una difícil colocación sistemática, no era considerada tampoco en el sistema romano como un negocio típico, sino que era considerada como causa de un variado número de actos, (cesión de créditos, delegación, liberación de deuda, tradición, promesa...) cada uno con su propio régimen y sus propios efectos jurídicos, por lo que como afirma Biondi⁸, ¿qué se habría podido sancionar con la nulidad, cuando la doctrina de la causa era además en aquella época tan extraña al ordenamiento jurídico? De ahí que esta *Lex Cincia* vaya a representar también una individualización de la *causa donationis* con el objeto de determinar qué conductas deberían quedar excluidas.

Ahora bien, puesto que esta ley no impone sanción alguna a tales donaciones prohibidas, y puesto que es evidente que el legislador no quiso establecer una simple sanción moral, el Pretor guiado por la jurisprudencia irá creando algún remedio procesal, con el que sin oponerse a los preceptos del *ius civile*, pueda hacer efectiva dicha prohibición, y es aquí donde vamos a encontrar una de las genialidades de la *interpretatio* romana, pues los juristas comprendiendo que la donación era un instituto perfectamente válido, que exigía ser disciplinado pero no excluido, lo que harán será crear en torno al mismo todo un sistema jurídico, que sepa conciliar las ventajas del mismo sin incurrir sin embargo en los inconvenientes de sus excesos.

Respecto a los medios utilizados para ello originariamente la doctrina ha mantenido soluciones bastante diversas, sin que ninguna de ellas sea del todo convincente dada la oscuridad que en términos generales plantea este tema de la *lex cincia*. Lo cierto es que antes del procedimiento formulario podría haberse acudido a algo, ya fuese una *denegatio actionis* en el caso de las donaciones incumplidas⁹, o bien como indica Cuq¹⁰ si en el origen de esta ley intervinieron razones políticas es posible que ante aquellas donaciones que se juzgasen criticables interviniesen los tribunos de la plebe como así había ocurrido en otros casos en el ámbito privado, (Livio 40.29, *Auxilium tribunorum ad libros repetendos*), o bien como indica Girard¹¹ sería posible pensar en la utilización de una *condictio*

7.- Sobre la autenticidad de este texto, y sobre si hacía o no referencia a la *Lex Cincia*, ASCOLI, Sulla legge cincina, op. cit., p. 173 ss.

8.- BIONDI, *Le donazioni*, op. cit., p. 23.

9.- BESELER, *Miscellanea*, (*Plaetoria und Cincia*), ZSS, 44,1924.

10.- CUQ, *Institutions juridiques des romains*, Paris, 1908, p. 525.

11.- GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, p. 993 ss. Asimismo, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1885, vol. II, p. 586.

basada en el enriquecimiento injusto, del mismo modo que ya desde medio siglo antes se venía concediendo con la *lex Calpurnia* para reclamar lo indebidamente entregado a los administradores públicos.

En cambio sí parece que ya en la época del procedimiento formulario se acudiría a una *exceptio*, remedio lógico dado el mecanismo de dicho procedimiento, que estaría fundada en la prohibición de la Ley, y llamada por ello *exceptio legis Cinciae*, que se concedería al donante para paralizar la pretensión del donatario dirigida a hacer efectiva dicha donación. Por lo que vemos que la donación entre personas *non exceptae* que supere el *modus donationis*, será plenamente válida *iure civile* puesto que no tiene sanción en la ley, si bien cuando el donatario reclame la donación todavía no ejecutada, se le concederá al donante esta *exceptio* por lo que en realidad está dejando esa donación sin efectos.

A ello se refiere F.Vat. 310, (*Paul. 23 ad ed.de brev.*) que menciona esta *exceptio legis cinciae* así como una *exceptio in factum*.

Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione vel promissione, quoniam neque Cinciae legis exceptio obstat neque in factum, " si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum"; idque et divus Pius rescripsit.

No se conoce con exactitud la fecha de aparición de tales excepciones, aunque evidentemente serían posteriores a la *lex Aebutia*, ni tampoco cuál de ellas debió de surgir antes o cuál era el ámbito de aplicación de cada una. De nuevo encontramos sobre ello posturas muy diversas, pues o bien algunos sectores de la doctrina han evitado este tema prefiriendo pronunciarse sólo sobre aquellos aspectos más seguros¹², o bien otros alegan que una era utilizada por extranjeros y otra por ciudadanos romanos, o bien que una era utilizada en los actos *fraudem legis* y la otra en los actos *contra legem*... Casavola¹³ que ha examinado con detenimiento todas estas posturas sostiene sin embargo que la primera intervención pretoria debió de consistir en la concesión de la *exceptio in factum* motivada por el gran valor de los bienes donados como consecuencia de las riquezas que llegarían a Roma tras las guerras púnicas, y que obligarían además a acudir a las formas de la *mancipatio* y de la *stipulatio* con el objeto de dar mayor seguridad a la adquisición, y de ahí la redacción de esta fórmula *in factum*, según la reconstrucción de Lenel¹⁴, *Si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum*.¹⁵ No obstante como no todas las donaciones se realizarían a través de una *mancipatio* o de una promesa, se acudiría después a otra fórmula más general, que sería la de la *exceptio legis cinciae* que habría absorbido la anterior, redactada *Si in ea re nihil contra legem cinciam factum est*, y recogida en el Edicto bajo la rúbrica: *Si quid contra legem senatusveconsultum factum esse dicetur*.

¹².- ARCHI, "Condictio liberationis" e "restitutio in integrum" nella donazione, Studi Solazzi, Napoli, 1949, p. 740 ss.

¹³.- CASAVOLA, *Lex Cincia*. op. cit. , p. 117 ss.

¹⁴.- LENEL, *Palingenesia Iuris civilis*, Vol. 1, *Brevium*, l. XXIII, 41, Leipzig, 1889.

¹⁵.- Acerca de la no mención en esta fórmula de la *in iure cessio* entiende un sector de la doctrina, ASCOLI, *Sulla legge ...* op. cit., p.184, n.1., que en la época en que fue recogida en el texto de Paulo ésta ya no se utilizaría, al igual que ya parecía escasa su aplicación en la época de Gayo, 2,25.

Respecto al ámbito de aplicación de esta *exceptio*, podrá acudir a ella en las donaciones que se realicen entre personas *non exceptae*, por encima del *modus donationis* y siempre que la donación no haya sido todavía ejecutada, ya que puesto que el fundamento que entendemos para esta ley es el de evitar disipaciones dañosas, lo que se pretende es que el donante se obligue por lo que ha dado, pero sólo por lo que ha dado en el modo más pleno, no por lo que haya dicho, y de ahí que pueda reflexionar un segundo momento acerca del alcance de la liberalidad que ha realizado, pero sin que ello implique establecer una revocabilidad arbitraria, sino dentro de los principios y límites derivados de este juego procesal, ya que indica *F.Vat. 275: Perfectam donationem mutata voluntate donatoris, etsi parum gratus existet, cui dono res data est, minime rescindi posse saepe rescriptum est.*

Partiendo de esta idea veremos los distintos tipos de donación.

Tratándose de donación con transmisión de propiedad ésta puede realizarse con la *traditio* en el caso de las *res nec Mancipi*, supuesto en el cual ya que hay entrega efectiva la donación será definitiva e irrevocable sin que pueda tener lugar la oponibilidad de la *exceptio*.

Mientras que si se trata de *res Mancipi* habrá que acudir a la *Mancipatio*, (y originariamente también a la *in iure cessio*), aunque este requisito por sí sólo no sea suficiente para perfeccionar la donación si no va acompañado de la entrega efectiva, ya que si sólo se transmite la propiedad pero se reserva el donante la posesión, el donatario le dirigirá la *reivindicatio*, frente a la cual el donante puede o bien allanarse sin más, o bien alegar la prohibición de la donación oponiendo la *exceptio*, en cuyo caso el donatario, aún siendo propietario *iure civile* no podrá hacer valer su derecho de propiedad. Y por el contrario, si se realizase la *traditio* pero no la *Mancipatio*, el donante, *dominus ex iure quiritium* podría reivindicar la cosa del donatario, simple *possessor in bonis*, rechazando a su vez la *exceptio rei donatae* de éste con una *replicatio legis Cinciae*.

Es así entonces como hay que interpretar el texto *F.V.311, (Brevium, ad edictum, l. XXIII), in persona non excepti sola Mancipatio vel promissio non perficit donationem*, que denota la sabia decisión de la jurisprudencia dividiendo la donación en dos momentos distintos, el momento en que se hace la donación, y el de su entrega efectiva, indicando que una vez efectuada ésta ya no cabrá posibilidad de arrepentirse. No obstante tales reglas se verán modificadas en el caso de los bienes muebles tras la aparición del *interdictum utrubi*, puesto que como éste se concede a quien haya poseído por más de seis meses durante el último año, el donante, a pesar de haber hecho ya la entrega, podrá recuperar el bien, de forma que ante la reivindicación del donatario, podrá oponer la excepción. (*F.Vat. 311, in rebus mobilibus etiamsi traditae sint, exigitur, ut et interdicto utrubi superior sit is cui donata est, siue Mancipi Mancipata sit siue nec Mancipi tradita.*)

Tratándose de *donatio* in obligando, la situación será similar si el donatario actúa contra el donante para lograr el cumplimiento de la promesa. Mientras que si el donante ha cumplido ya la *stipulatio*, la donación se convierte en inatacable.

Asimismo hay que afirmar que tanto en el supuesto de *donatio in dando* como en el de *donatio in obligando* el donatario podrá adquirir el dominio de la cosa según los principios generales de la *usucapio*, (*F. Vat. 261, Quae ratio facit, ut ex iusta causa possidens usucapere rem possit*), de modo que podrá ejercitar eficazmente la *reivindicatio* sin que se le pueda oponer la *exceptio legis Cinciae*, ya que entonces estaría reivindicando la cosa, no en base a la donación, sino en base a la *usucapio*, admitiéndose para ello como válido el

título *pro donato*, ya que civilmente como hemos indicado la donación a pesar de la prohibición no es nula.

Un caso especial es el que se plantea con la donación hecha mediante asunción de deuda, pues se concede en este caso al donante una *condictio indebiti* para repetir lo que haya dado, de acuerdo con el principio por el que el deudor puede repetir como no debido lo que hubiera pagado, siempre y cuando hubiera podido valerse de una *exceptio perpetua*, como se deduce de *F.Vat. 266: Indebitum solutum accipimus non solum si omnino non debebatur, sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est perpetuam exceptionem. Quaere hoc quoque repeti poterit, si quis perpetua exceptione tutus solverit*, en relación a su vez con Gayo 4. 121 que permite calificar la *exceptio* como *peremptoria*.

Tratándose de donación liberatoria, si ésta es hecha mediante *acceptilatio*, puesto que produce efectos inmediatamente liberatorios, la donación será ya perfecta sin que se conceda ningún medio al donante, (D.39.5.17, C.8.43.2), mientras que si se ha realizado simplemente un *pactum de non petendo* (D.39.5.9.pr)¹⁶ como en este caso la extinción no es automática sino ope *exceptionis*, contra ésta podrá el donante oponer la *replicatio legis Cinciae*.

Y por último en el caso de delegación, si el deudor delega en el donante que prometa a su acreedor, lo que hay es un pago por delegación, y el acreedor recibe lo suyo, sin que pueda oponerse la donación. (D.39.5.21.pr, *Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti: factum valet, ille enim suum recepit.*¹⁷) Y si el donante delega en su propio deudor que prometa al donatario, no habrá tampoco entre el deudor y el donatario donación alguna, puesto que aquél está pagando para cumplir una obligación anterior. A este supuesto se refiere Celso en D.39.5.21.1 : *Sed si debitorem meum tibi donationis inmodicae causa promittere uissi, an summooveris donationis exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim, et tu illam a credideris. Sed ego, si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sint, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit, ita ut in relinquit tantummodo tibi maneat obligatus; sin autem pecunias a debitore meo exigisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te conductionem.*

Este texto ofrece interés por varias razones. En primer lugar habla de donación inmoderada, lo que nos permite argumentar como ya indicaba Ascoli¹⁸ la existencia del *modus donationis*, pues además parece que si bien en las dos primeras frases pueda haber alguna interpolación éstas serán de escasa importancia¹⁹. Pero además hace referencia a una *restitutio in integrum* y a una *condictio* distinta de la *condictio indebiti* lo que plantea el pro-

¹⁶.- Idéntico sería el supuesto en el cual en virtud de pacto a título de donación se haya comprometido el donante a no reclamar por un cierto tiempo, o a perpetuidad una cosa de su propiedad que esté en poder del donatario por haberle cedido a éste el uso. D.39.5.27, D.39.5.32.

¹⁷.- Asimismo Paulo, LXXI ad ed., D.44.4.5.5: *Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditore meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit.*

¹⁸.- ASCOLI, *Sulla legge...*, op. cit., p.

¹⁹.- ARCHI, *Condictio liberationis...*, op. cit., p. 747; *Index Interpolationum*; APPLETON, R.H., 10, 1931, p. 432 ss.

blema de si tales recursos existirían ya en la época clásica además de la *exceptio l.c.*, o si por el contrario esta segunda parte del texto ha sido afectada por alguna importante alteración.

Archi²⁰ viene indicando una serie de argumentos que permiten suponer que ha habido ciertas modificaciones, así el uso de la palabra *pecuniae* en plural, y no en sentido colectivo, o la expresión *si quidem...*, *sin autem*, muy utilizada por los compiladores justinianos, o la supresión del sustantivo *actio*, mencionando únicamente el adjetivo *rescissoria*, otro método típico de los maestros bizantinos.

Partiendo de tales alteraciones entiende que el texto está haciendo referencia a una donación real que se realiza por delegación, y no a una promesa de donación ya existente entre donante y delegatario, lo cual es importante para comprender las posiciones de las partes. La donación la realiza un acreedor- donante que queriendo hacer una donación a un tercero, con el objeto de acelerar el proceso cede en beneficio de este tercero la prestación que tendría derecho a cobrar. Si esta donación es inmoderada estaría prohibida por la *lex cincia*, pero lo que ocurre es que aquí no cabe oponer la *exceptio l.c.* que sería oponible sólo entre donante y donatario, y más, puesto que como veremos esta *exceptio* no es según la opinión *sabiniana* (frente a la escuela *proculeyana*) una *exceptio quasi* popular. Y la relación que existe entre delegante y delegatario la explica Celso diciendo que es como si el donante le ha entregado la suma donada cobrada del deudor, y el donatario se la ha prestado.

El único caso en que se podría proteger más al delegante sería si existiese ya antes de la delegación una promesa *donationis causa*, en cuyo supuesto podría ejercitarse la *condictio indebiti*. Pero aquí estamos ante una donación real, y el texto dice que se concede al delegante si el delegado todavía no ha pagado una rescisoria, y si ya lo ha hecho le concede una *condictio*. Ahora bien, respecto a esta *condictio* opina Archi²¹ que se trata de una introducción justiniana como deduce también de D. 44.4.5.5, excluyendo sin embargo que la referencia de D.39.5.2.3, sirva para aclarar algo el tema ya que no se está tratando la prohibición de la *lex Cincia*, sino de un pago de lo indebido.

Y respecto a la *actio rescissoria* que menciona el texto y que estaría haciendo referencia a la *restitutio in integrum* de los clásicos indica el mismo autor²² que es posible que sea genuina, pero sin que ello quiera decir que fuese aplicable a todos los casos en que se ha realizado una delegación. En el caso planteado por Celso la donación se perfecciona sólo con el pago, mientras que Juliano en D.39.5.2.2 afirma que la donación se hace perfecta con la delegación, (*Quum vero ego Titio pecuniam donaturus te, qui mihi tantundem donare volebas, iussero Titio promittere, inter omnes personas donatio perfecta est.*), mismo criterio que mantendrá Hermogeniano en D.39.5.33.3. Pero es que en realidad se contemplan supuestos diferentes, y es que en el caso de Juliano el delegado del donante pretende ser a su vez donante de éste. Por lo tanto ¿a qué donante debe concederse la protección pretoria? Al donante delegante o al delegado? O ¿debería concederse una rescisión general?

²⁰.- ARCHI, *Condictio liberationis*, op. cit., p.747, ss.

²¹.- ARCHI, *Condictio liberationis*, op. cit., p. 747, *La donazione*, op. cit. p. 164.

²².- ARCHI, *Condictio liberationis*, op.cit., p. 747, *La donazione*, op. cit., p. 162.

Y la jurisprudencia como vemos en el texto de Hermogeniano no ha ido por esta vía.

Por ello la conclusión a la que llega Archi es que la referencia a la *restitutio in integrum* de este texto puede ser genuina por tratarse de un caso particular

Respecto a quién puede oponer la *exceptio* en los supuestos en que hemos dicho que tiene lugar, es evidente que podrá hacerlo el donante demandado en juicio por el donatario. En principio podrían también sus herederos, ya que esta acción sería transmisible. No obstante se irá admitiendo después que si el donante muere sin haber revocado la donación ésta se entiende confirmada (*morte cincia removetur*)²³.

*F.Vat. 266: ... Unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto soluerit, debuit dici repetere eum posse, nam semper exceptione Cinciae uti potuit, nec solum ipse, uerum, ut Proculeiani contra Sabinianos putant, etiam quiuis, quasi popularis sit haec exceptio, sed et heres eius, nisi forte durante uoluntate decessit donator: tunc enim doli replicationem locum habere imperator noster rescripsit in haec uerba.*²⁴

F.Vat. 259: ... quoniam morte cincia removetur.

F.Vat. 312: Successoribus donatoris perfectam donationem reuocare non permittitur, cum imperfectam perseuerans uoluntas per doli mali replicationem confirmet.

F.Vat. 294: ... Diuersa ratio est contra legem Cinciam factae donationis, tunc enim exceptionem voluntatis perseverantia doli replicatione perimit...

En cambio es discutible y de hecho ya existió una controversia entre sabinianos y proculeyanos acerca de si podrían ejercitarla otras personas, *quiuvis*, como indica *F.Vat. 266*, que lo configura como una *exceptio quasi-popular*. Ahora bien realmente no parece haber razón alguna para seguir a la escuela proculeyana y permitir que otras personas distintas del donante puedan oponer esta excepción, como hemos visto que ocurre en los casos de delegación, siendo una excepción personal, aunque sí se admitirá que pueda ejercitarlo el fiador del que ha prometido *donationis-causa*, pero con una causa como es evitar que pierda dicha cantidad en el caso de que el deudor después resulte insolvente. (D.39.5.24: *Iavolenus*, libro XIV. ex Cassio: *Fideiussori eius, qui donationis causa pecuniam supra modum legis promisit, exceptio dari debet etiam invito reo, ne, si forte reus solvendo no fuerit, pecuniam fideiussor amittat.*)

²³.- Asimismo en materia de donaciones entre cónyuges este principio vino establecido por un Senadoconsulto del año 206 recogido en D.24.1.32.2.

²⁴.- El Emperador a que se refiere Ulpiano en este fragmento debió de ser Caracalla, según indica ASCOLI, *Sulla legge ... op. cit.*, p. 194, nt. 1, al igual que se afirma que este Emperador junto con su padre habrían dictado la *Oratio Severi*, confirmando por razón de muerte las donaciones entre cónyuges.

De todo lo que hemos indicado podemos afirmar que el régimen clásico de la donación vendrá marcado por la dualidad entre la eficacia *iure civile* de la misma, aún cuando sobrepase los límites de la *lex Cincia*, y la posibilidad de ejercitar con el procedimiento formulario esta *exceptio l.C.* que paraliza sus efectos, remedio que ha sido creado por la jurisprudencia y el pretor para hacer efectiva una prohibición que no opera automáticamente. De aquí surgirá lo que se vino considerando como *donatio perfecta*, que quiere decir, donación irrevocable, agotada, definitiva, contra la cual la ley no admite ya ningún remedio jurídico, es decir, aquélla en la cual el incremento patrimonial para el donatario se produce de modo definitivo, lo que no coincide necesariamente con la realización del acto atributivo.

Y ¿cuándo puede considerarse en el Derecho clásico una donación como perfecta? Tratándose de personas *exceptae* la donación se hará perfecta en el momento mismo de la realización del acto, puesto que es válida, pero sin embargo tratándose de personas *non exceptae* la *perfectio donationis* se conseguirá sólo cuando haya sido entregada ya la cosa y no quepa la posibilidad de oponer ninguno de los remedios procesales antes vistos, cuando la donación se haya confirmado con la muerte del donante. Así podemos destacar como otra característica más de esta *exceptio legis cinciae* el estar fundada no en hechos inherentes al mismo acto atributivo sino en hechos sucesivos al mismo, pudiendo entonces una misma donación ser perfecta o imperfecta en virtud de acontecimientos posteriores²⁵.

Por todo ello la jurisprudencia clásica acaba dándole a la *lex Cincia* una interpretación distinta de la inicialmente prevista aunque creemos más acertada, pues si aquélla había sido configurada como una prohibición de carácter general respecto de las donaciones excedentes de una determinada medida, y fuera del círculo de determinadas personas, la jurisprudencia y el pretor, con más sentido práctico han preferido interpretarla en el sentido de evitar aquellas donaciones poco meditadas, y lo consiguen separando como hemos indicado la donación en dos momentos, el de cumplimiento del acto, y a través del ejercicio o no en su caso de los recursos procesales que hagan valer la prohibición, el de su definitiva ejecución, con el objeto de que el donante reflexione durante ese segundo momento acerca de la oportunidad de la atribución que ha realizado, pudiendo en su caso arrepentirse de la misma. O dicho en palabras de Biondi²⁶ de la ilicitud general impuesta por la *lex Cincia* para las donaciones prohibidas se ha pasado a la revocabilidad, excluyéndose en la medida de lo posible aquellas donaciones irrevocables, que sería la consecuencia normal del acto atributivo, y así se comprende también que en los F. Vat. juristas y emperadores hablen más de cómo se perfecciona la donación que del fundamento mismo de la ley que era la prohibición de donar²⁷.

No obstante los numerosos problemas planteados para determinar ese momento de perfección, así como para resolver las cuestiones acerca de la *perseverantia voluntatis*, y la posible revocabilidad o no de las donaciones, llevó a la cancillería imperial a buscar una solución más general, y de ahí que el año 316, como se deduce de F.Vat. 249, C.Th. 8.12.4,

²⁵.- PALERMO, *Studi sulla "exceptio" nel diritto classico*, Milano, 1956, p. 92.

²⁶.- Biondi, *Sucesión testamentaria y donación*, op. cit. p. 645.

²⁷.- F.Vat. 250; 253; 255; 256; 257; 259; 268; 272; 275; 278; 288; 289; 290; 293; 310; 311; 312; 313.

y C.Iust. 8.53.25, la *lex Cincia* se vea abolida²⁸, siendo sustituida por el régimen de la *insinuatio* impuesto por Constantino, que exige para garantizar una seria reflexión del donante la formalización de la donación en escrito, con entrega *advocata vicinitate* y consignación en los registros públicos²⁹.

C.Iust. 8.53.25 pf.-1, (Imp. Constantinus ad Maximum, P.U., 316):
Donatio... sub hac fieri debet observatione, ut, quas leges indulgent,
actiones, conditiones pactionesque contineat, hisque penitus cognitis
vel recipiantur, si complacitae sunt, vel reiiciantur, si sunt molestae.
& 1.- In conscribendis autem donationibus, nomen donatoris, ius ac
rem notari oportet, neque id occulte aut privatim, sed aut tabula, aut
quodcunque aliud materiae tempus dabit, vel ab ipso vel ab eo, quem
sors ministraverit, perscribatur; actis etiam annectendis, quae apud
iudicem vel magistratus conficienda sunt, ubi hoc leges expostulant.

Este mismo régimen se mantiene en el *Codex* de Justiniano que exige la insinuación para las donaciones superiores a 500 sueldos, indicando que las no insinuadas serán nulas en cuanto al exceso, (C.8.53.36.3), aunque excluye concediéndoles un trato de favor las donaciones hechas al Emperador o por el Emperador, las destinadas a fines píos, a la reconstrucción de edificios ruinosos...³⁰ que como indica I.2.7.2, aún sin necesidad de insinuación *in se plenissimam habent firmitatem*³¹.

Por lo que vemos que el mismo inconveniente de la irreflexión del donante que se trataba de obviar antes mediante el ejercicio de una *exceptio*, ahora se tratará de salvar desde el primer momento, sin necesidad de acudir a un proceso, mediante la exigencia *ad solemnitatem* de un requisito formal, siendo éste el mismo criterio que se irá manteniendo a lo largo de los siglos en el Derecho europeo³².

²⁸.- C. Th. 8.12.10.

²⁹.- Este régimen de Constantino debió de ser no obstante objeto de algunas críticas, Interpret. ad Pauli Sent. 3.11.3; 5.2.4; 5.12.4; 5.12.5, que ignoran dicha reforma. Asimismo otros textos, C.Th. 8.12.9; 3.5.13, de los cuales se deduce que la idea de Constantino no iba dirigida a asegurar los intereses privados, sino a controlar fiscalmente las donaciones sometiéndolas al control de la pública autoridad y de ahí que se exigiese el requisito de la *confectio actorum* transigiéndose en cambio sobre el requisito de la *traditio advocata vicinitate*.

³⁰.- C.8.53.34.

³¹.- Este texto I.2.7.2. en cuanto que afirma que las donaciones *Perficiuntur quum donatur suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit* ha planteado ciertas dudas acerca de si la mera voluntad es suficiente para entender perfeccionada la donación, como así afirmó ACCURSIO, o por el contrario sería necesaria la *traditio*, como indicaba AZÓN, *Summa*, C.8.53.6. En realidad este problema sigue sin tener una clara solución, incluso en nuestros días, y así el Código civil español de 1889 da pie en materia de donación a la duda entre si debe configurarse como un contrato en cuanto que exige la aceptación del donatario, (art. 618, 623...), o si por el contrario es un modo de adquirir en si misma, como así se podría deducir de su colocación en el Título II del Libro III entre los modos de adquirir la propiedad, y de la redacción del art. 609 que indica "la propiedad...se adquiere por ley, por donación... y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición."

³².- Otro criterio mantenido por algunos pueblos de origen germano fue el de requerir la entrega por el donatario de un objeto a cambio de lo recibido, como si siempre fuera preciso un principio de corresponsabilidad. Así el laungildo o contrapartida exigida por el Derecho visigodo, Roth. 175, 184, Liut. 43, 54, 65,73, SCHUPPER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia, III, Il Diritto delle obbligazioni*, Città di Castello, 1909, p. 224 ss.

En lo que se refiere al Derecho medieval español, éste ha ido exigiendo el requisito de la insinuación para aquellas donaciones superiores a 500 maravedis de oro, salvo algunas exceptuadas:

Partida 5ª, Tít. IV, Ley IX: "Emperador ó rey pueden facer donacion de lo que quisieren con carta et sin carta, et valdrá. Eso mesmo decimos que pueden facer los otros homes quando quieren dar algo de lo suyo al emperador ó al rey... Otrosi decimos que todo home puede facer donacion por carta et sin ella, dando quanto quisiere para sacar cativos, ó para refacer aluna eglesia ó casa derribada, ó por dote o donacion que se face por razon de casamiento. Et aun decimos que si algunt home quisiere facer donacion á alguna eglesia ó lugar religioso, ó hospital, que lo puede facer sin carta; pero si quisiere dar a otro home ó a otro lugar, puedelo facer sin carta fasta quinientos maravedis de oro. Mas si quisiere facer mayor donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuese dado de mas non valdrie, fueras ende si lo ficiese por carta ó con sabidoria del mayor judgador del lugar en que se ficiese la donacion."³³

El mismo requisito de la escritura era exigido también por la Novísima Recopilación 3.7.2-3, y por el Fuero General 2.6.13, y asimismo encontramos en otros textos una limitación cuantitativa basada en el mismo fundamento que será la prohibición de la donación universal: "Ninguno puede facer donacion de todos sus bienes aunque la faga solamente de los presentes." (Ley 69 de Toro; Libro III, Título XI del Fuero Real; Título V, Libro X Ley VIII de la Nueva Recopilación; Libro X, Título VIII, Ley III de la Novísima Recopilación.)³⁴

Y ya en la época de la Codificación, el Código civil español de 1889 siguiendo la misma línea de los Códigos civiles francés (arts. 931 ss.) e italiano (art. 782 y ss.), trata de salvar los problemas de la donación imponiendo unos límites, y unas exigencias de forma.

En cuanto a los límites, podemos citar,

Art. 634 C.c: " La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias".

³³.- La mayoría de los intérpretes entienden la palabra carta en el sentido de escritura pública, CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral, Derecho de obligaciones*, Tomo IV, 12ª Ed., Madrid, 1985, p. 239, n.2. No obstante SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil*, Tomo IV, p. 685, alega que carta no significa escritura pública, sino escrito en general, y que por tanto podía presentarse a la insinuación ante la autoridad judicial, una donación hecha en documento privado, siempre que se probase la autenticidad del documento por los medios establecidos en el Derecho.

³⁴.- Otra peculiaridad importante fue la exigida por la llamada Compilación de las Observancias del reino de Aragón publicadas por D. Martín Díez de Aux el año 1437, (Observancias 6º y 7º) que exigen para la validez de la donación de bienes inmuebles, además de la escritura pública, la llamada fianza de salvedad que consistía en la obligación contraída por una tercera persona de defender la cosa objeto de la donación contra todo pleito o discusión que se suscitase acerca de ella. Esta exigencia se mantuvo durante varios siglos como así confirma la Sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 10 de marzo de 1871.

Art. 636 C.c.: " Ninguno podrá dar ni recibir por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa, en todo lo que exceda de esta medida."³⁵

Y en cuanto a la forma exige en primer lugar aunque sea más bien un requisito intrínseco la aceptación del donatario,

Art. 630 C.c.: " El donatario debe so pena de nulidad aceptar la donación por sí, o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, o con poder general y bastante."

Y asimismo como requisitos extrínsecos,

Art. 632 C.c.: "La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito. La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación".

Art. 633, pf.1º : "Para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario"³⁶.

Estas reglas representan una clara excepción al principio de libertad de forma de los contratos recogido en el artículo 1278 del Código civil, justificándose dicha excepción por el carácter gratuito de este negocio y la necesidad de evitar liberalidades excesivas e irreflexivas en perjuicio del donante y de sus herederos. Por ello como indica Albaladejo³⁷, el donante que otorgó la donación sin cumplir esta forma no está obligado a dar lo prometido y de ahí que la escritura pública para los inmuebles venga exigida por el Tribunal Supremo como requisito *ad solemnitatem*.³⁸ Y para los bienes muebles no hay que entender que la donación manual implique una donación libre de forma, sino una donación en

³⁵.- Otros artículos hacen también referencia a la aceptación. Concretamente tienen especial importancia los artículos 623 y 629, que como indica LA LAGUNA, *Estudios de Derecho civil*, Obligaciones y contratos, Valencia, 1993, p. 279 ss., permiten distinguir los momentos de perfección genética del acto de donación, (art. 629), y su perfección definitiva desde que el donante conoce la aceptación del donatario, (art. 623), que al igual que ocurría con la romana *donatio perfecta*, convierte a la donación en irrevocable. Esta interpretación concuerda además con el Proyecto de C.c. de 1851, y ofrece la ventaja de salvar la validez de la donación aceptada por el donatario en vida del donante aún cuando éste muera sin tener conocimiento de la misma.

³⁶.- En lo que se refiere al Derecho Foral podemos señalar en primer lugar el Fuero Nuevo de Navarra de 1 de abril de 1987 que en su Ley 161 mantiene unas reglas muy similares a las del Código civil. Asimismo ocurre con la Compilación aragonesa de 8 de abril de 1967 (ref. 21 de mayo 1985), en la que a falta hoy de reglas específicas son aplicables las del Derecho español. Frente a ello la vigente Compilación catalana de 19 de julio de 1984 ha suprimido cualquiera que sea la cuantía de la donación el requisito de la insinuación (art. 340), sin perjuicio de la nulidad de las donaciones universales hechas fuera de capitulaciones matrimoniales y sin perjuicio de lo dispuesto acerca de la revocación en el Código de sucesiones por causa de muerte del Derecho Civil de Cataluña de 30 de diciembre de 1991. Era ésta ya una cuestión debatida en el Derecho anterior a la Compilación, DOMÍNGUEZ DE MOLINA, *Sobre la subsistencia de la insinuación romana en Cataluña*, Revista Jurídica de Cataluña, 1954, p. 503 y ss.

³⁷.- ALBALADEJO GARCÍA, *Comentario del Código civil*, Tomo I, Madrid, 1993, p. 1603.

³⁸.- Encontramos muchísimas sentencias en este sentido, 13-5-63, 4-12-64, 22-6-82, 24-6 y 3-12-1988.

la que la entrega es el requisito *ad substantiam* que sustituye al acto escrito, siendo suficiente en este caso, y a falta de mayor especificación, con un documento privado suscrito por las partes.

Y por último, como residuo del principio *morte cincia removetur* o de la *perseverantia voluntatis*, cabe citar el inciso final del artículo 639 C.c., que después de admitir que el donante pueda reservarse la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos, indica, "si muriere sin hacer uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiesen reservado."

Por lo que vemos que los mismos planteamientos romanos de los que hemos partido subyacen hoy en la regulación más moderna de esta materia, adoptando la jurisprudencia romana clásica en un contexto en el cual las donaciones al igual que otros negocios no se celebraban normalmente por escrito, uno de los remedios a su alcance como fue la *exceptio legis cinciae* derivada del mecanismo procesal aplicable, y a la cual correspondió el mérito de delimitar el verdadero significado de la *Lex cincia*, si bien sin perjuicio de que cambiando dicho procedimiento y ante la dificultad de determinar en cada supuesto concreto el momento de perfección de la donación, se acudiese después a las exigencias de la *insinuatio*, régimen más general y acorde con las nuevas necesidades en cuanto que pretendía dotar a la donación, convertida desde entonces en negocio típico, de la necesaria publicidad como medio de asegurar la convicción del que da, eliminando asimismo posteriores dudas acerca de la titularidad para el que recibe, como ya indicaba Constantino en F.Vat. 249.9, y que, con la salvedad de los bienes muebles para los cuales basta el documento privado, viene recogido en el Derecho español.

Adela López Pedreira.