

LA DOCTRINA MEDIEVAL DE LA *DONATIO MORTIS CAUSA* Y SU RECEPCIÓN EN LA CORONA DE ARAGÓN*.

Juan Alfredo Obarrio

El presente trabajo pretende abordar uno de los aspectos que, a nuestro juicio, han recibido un menor estudio por parte de la romanística y de la historiografía jurídica: el de la pervivencia de la institución de la *donatio mortis causa* en el ordenamiento bajomedieval, por cuanto los trabajos de Samper Polo¹ y de Pérez de Benavides², centrados en el ámbito del Derecho romano tardío, y los de Bastier³, García Gallo⁴ y Arvizu y Galárraga⁵, abordando la Alta Edad Media, plantean su investigación con anterioridad a la recepción de los dos *Corpora Iura*.

Del estudio llevado a cabo por estos autores se desprende cómo a partir del Derecho postclásico y, posteriormente, con la llegada de la Alta Edad Media se produce una alteración de los principios sucesorios propios del ordenamiento romano, como se aprecia en la decadencia de la institución testamentaria, y su sustitución progresiva por la sucesión legítima, o con la proliferación de distintos tipos donación sucesoria, lo que propiciará que estas instituciones se generalicen y se aproximen a la figura del testamento, hasta el punto en que en ocasiones, como apuntara Alonso Lambán, se confunden con él⁶.

* El presente estudio se encuadra dentro del Proyecto de Investigación Científica subvencionado por la Generalitat de Valencia: GV-EJ-17-96: "La Recepción del Derecho Romano en los Furs de Valencia".

1 SAMPER POLO, F., "La disposición mortis causa en el Derecho Romano Vulgar". *AHDE*, 38 (1968), pp. 141-149.

2 PÉREZ DE BENAVIDES, M., *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del Derecho romano vulgar*. Granada, 1975.

3 BASTIER, J., "Le testament en Catalogne du XI^e au XII^e siècle: une survivance Wisigothique". *RHDFE*, 61-3 (1973), pp. 373-417

4 GARCÍA GALLO, A., "El problema de la sucesión mortis causa en la Alta Edad Media española", pp. 251-271; "Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España", pp. 273-329. *Estudios de Historia del Derecho privado*. Sevilla, 1982,

5 ARVIZU Y GALÁRRAGA, F. De, *La disposición "mortis causa" en el Derecho español de la Alta Edad Media*. Pamplona, 1977. En especial, pp. 164-178.

6 ALONSO LAMBÁN, M., "Las fórmulas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón". *RDN*, 5-6 (1954), pp. 1-190, y 9-10 (1955), p. 1-159; ARVIZU Y GALÁRRAGA, F. De, *La disposición "mortis causa"*, ob. cit., p. 30, not. 6: "*Placuit mihi bono animo et spontanea mihi euenit uoluntas ut facerem donationem uel testamento*", p. 32, not. 11: "... ita per hanc scriptura donatio testamenti trado ...", pp. 129-130; SAMPER POLO, F., "La disposición mortis causa", ob. cit., pp. 94-96; GARCÍA GALLO, A., "El problema de la sucesión mortis causa", ob. cit., pp. 253 ss; "Del testamento romano al medieval", ob. cit., p. 302. Con relación al Derecho italiano, LEICHT, P. S., *Il Diritto privato preirneriano*. Bologna, 1933, p. 268 ss; "Il testamento romano del'alto medioevo sulla scorta di documenti inediti bolognesi". *Scritti vari di Storia del Diritto*, II-2. Milano, 1942, pp. 321-324.

En este sentido, y siguiendo a Rubio Sacristán, bajo el nombre donaciones *mortis causa* durante la Alta Edad Media arraiga un conjunto de disposiciones sucesorias cuyo efecto inmediato tendía a la transmisión de la propiedad, ya sea con la necesidad de realizar actos *pro remedium animae*, las denominadas donaciones pías, ya introduciendo un reserva de usufructo, o bien aplazando su efectividad a la muerte del donante –donaciones *post obitum*⁷.

A este conjunto de disposiciones de última voluntad, no siempre fácilmente distinguibles entre sí, se unía la inexistencia de un rigor terminológico con relación al propio término *donatio*, voz que se aplicaba a cualquier acto de disposición no onerosa⁸, lo que hacía imposible tipificar estos actos de disposición sucesoria no sólo por su nombre –*mandas, destin, cartas de animalio*–, sino por su formulación efectiva⁹.

Esta confusión conceptual, provocada por la variedad de disposiciones de última voluntad, decae a partir de finales del siglo XI, momento en que, a juicio de Merea¹⁰ y de Bastier¹¹, se va abriendo paso a la idea de la partición en detrimento de las donaciones piadosas, y fundamentalmente con el renacimiento jurídico que se produce al inicio de la Baja Edad Media, periodo en que la Doctrina, ya sea ésta civil o canónica, intenta dar un nuevo impulso a figura de la sucesión *mortis causa*, dotándola de una mayor precisión conceptual y de nuevos criterios con los que abordar su naturaleza jurídica.

Este intento por delimitar la naturaleza jurídica de la institución lo hallamos ya en los primeros tratados bajomedievales, a saber, en las *Petri Exceptiones Legum Romanorum*, en la *Glossa Torinese*, en el *Brachylogus Iuris Civilis*, en la *Summa Trecensi* y en *Lo Codi*, aún cuando los resultados alcanzados difieran entre sí.

En concreto, en las *Petri Exceptiones Legum Romanorum*, en su libro I, capítulo 11, *De ultimis voluntatibus*, aunque no se aporta una definición de la misma, sí se afirma que ésta se ha de entender no como una donación contractual sino como una disposición de última voluntad, encuadrable dentro de la categoría de los legados y de los testamentos –*Posterius testamentum et legatum et fideicommissum ac posterior donatio causa mortis rata sunt*–, las cuales, una vez concedidas, derogaban las que se hubieran otorgado con anterioridad –*quia in ultimis voluntatibus vel dispositionibus bonorum semper posteriores voluntates, conceptae legitime, infirmant et evocant anteriores*¹².

La naturaleza sucesoria de las donaciones *mortis causa* se recoge claramente en la *Glossa Torinese*¹³, al definirla, en su libro II, rúbrica VII, *De donationibus*, como la liberalidad que se lleva a cabo por temor a la muerte, ya fuere por un viaje, por una guerra o por la adversidad de los enemigos: *Mortis causa donatio est quae in pendente metu*

7 RUBIO SACRISTÁN, J. A., “Donaciones “post obitum” y donaciones “reservato usufructo” en la Alta Edad Media de León y Castilla”. *AHDE*, 9, 1932, pp. 1-32. Asimismo, GARCÍA GALLO, A., “Del testamento romano al medieval”, ob. cit., p. 302. ARVIZU Y GALÁRRAGA, F. De, *La disposición “mortis causa”*, ob. cit., pp. 145-212; GARCÍA GALLO, A., “Del testamento romano al medieval”, ob. cit. p. 303; ABOUCAYA, A., “Les différentes conceptions de la donatio mortis causa chez les romaniste médiévaux”. *RHDFE*, 19 pp.385-386.

8 BASTIER, J., “Le testament en Catalogne”, ob. cit., pp. 380-381.

9 GARCÍA GALLO, A., “Del testamento romano al medieval”, ob. cit. p. 305-306.

10 MEREIA, P., “Sobre as origens do executor testamentario. Notas complementares: I Sobre la palabra “Manda”. II. Sobre o testamento de S. Marthinho de Dume”. *Studos de Direito hispano medieval*. II. Coimbra, 1953, p. 31.

11 BASTIER, J., “Le testament en Catalogne”, ob. cit., pp. 404 ss.

12 *Petri Exceptiones Legum Romanorum*. Ed. SAVIGNI, F. C., *Storia del diritto romano nel medioevo*. Turín, 1854. Reed. Roma, 1972. III., pp. 9-104.

13 *La “Glossa Torinese” e le altre glosse del MS. D. III. 13 della Biblioteca Nazionale di Torino*. Ed. ALBERTI, A. Torino, 1933.

*mortis fit, ut est valitudinis, peregrinatoris, navigationis, belli, ut adversus hostes*¹⁴. Pero, a diferencia del Derecho justineano y de otros ordenamientos coetáneos, no la equipara la figura de legado:

*Fere dixit, quia filius familias habens castrense peculium donationes quidem mortis causa facere potest, legatum vero relinquere non potest; et quia legata annalia singulas actiones singulis annis pariuntur, conationes vero una actione petuntur*¹⁵.

Differet a legato donatio causa mortis in eo quod ab ipso donatore res traditur; legatum vero non antea legatario traditur quam si prius hereditas adeatur et postea a herede legatario tradatur.

Nota donatori necessitatem impositam rem tradendi quam donavit.

Mayor confusión terminológica hallamos en dos obras posteriores, en el *Brachylogus Iuris Civilis* y en la *Summa Trecensis*.

En la primera de las obras, en el *Brachylogus Iuris Civilis*¹⁶, en los escasos preceptos que dedica en su libro II, capítulo 13, *De donationibus*, a ésta figura, podemos constatar la dificultad de la doctrina por delimitarla conceptualmente, ya que tras reconocer que su naturaleza jurídica se halla dentro de los actos de última voluntad, definiendo a la misma como la donación llevada a cabo por el temor o la sospecha de una muerte próxima –*Mortis causa donatio est quae fit propter suspensionem mortem*–, afirma que ésta no admitía revocación, lo que la acerca a la donación *inter vivos*: *aut enim ita quis donat ut statim velit eum habere cui donat nec etiam morte non secuta revocari*.

Por último, se sostiene, a diferencia de la Glosa Torinense, que por su finalidad se la debía de equipar al legado, por entender que con ésta se pretende que la transmisión del bien donado pase al donatario y no al heredero –*vel ita donat ut mallet se habere quam eum cui donat eumque cui donat quam heredem suum*–, de ahí que se concluya afirmando *haec vero vim obtinet legatorum id est morte confirmatur*¹⁷.

En la *Summa Trecensis*, obra atribuida por Fitting a Irnerio – *Summa Codicis*¹⁸, se concibe la institución no como una simple transmisión gratuita, sino como un *negotium mixtum cum donatione* y, a su vez, como un legado. Así, a juicio de Irnerio, estaríamos, por una parte, ante un *negotium mixto*, esto es, ante una donación de naturaleza gratuita y, a la vez, remuneratoria –*Donatio quidem (est) liberalitas ex voluntate descendens, maxime cum ex munificentia sola procedit. est et donatio que cum causa fit, que non proprie liberalitas dicitur: quo casu negotium mixtum cum donatione est*¹⁹– por entenderse que, si bien el donatario percibe un bien, el ordenamiento debe compensar al donante, protegiendo su interés por encima del que pudiera tener el donatario –*In*

14 Véase su paralelismo con D. 39,6,35,4.

15 Véase su correlación D. 39,6,7: *Sed qui mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est; nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est, et conditio eius, cui expromissum est, semel intuenda est.*

16 *Brachylogus Iuris Civilis*. Ed. BÖCKIN, E. Berlín, 1824.

17 Esta tendencia a equiparar las *donationes* con los legados se halla presente fundamentalmente en el Derecho posclásico y en justineano, en donde se llega a sostener, en I. 2,7,1, *haec mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia*, afirmación que incluso a los propios compiladores les pareció que transgredía la propia naturaleza de la institución, de tal manera que en una Constitución posterior se afirma – C. 8,56,4–: *nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam optinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia et alii ad aliud genus eam retrahebant: a nobis constitutum est, ut per omnia facere legatis connumeretur*

18 *Summa Codicis des Irnerius mit einer einleitung*. Ed. Fitting. Berlin, 1894.

19 *Summa Codicis* 7,49,2.

(*hac*) *vero mortis causa donatione magis sibi vellet habere quam eum cui donat*²⁰-, y, por otra parte, se concibe la institución como un mero legado –*et in summa mortis causa donatio legatis fere comparatur*²¹– lo que permite al autor concluir sosteniendo que, en definitiva, la institución es una *liberitas suprema*²².

A pesar de la ambigüedad conceptual, el autor de la *Summa* plantea en su estudio aspectos que no habían sido abordados en las obras anteriores, tales como las distintas clases de *donationes mortis causa* o el procedimiento y los efectos de su revocación.

Con relación a los distintos supuestos en los que se podía entender como válida la donación, su autor, siguiendo el criterio fijado por Ulpiano y Paulo²³, distingue tres casos, a saber: cuando el donante dona *sola cogitationes mortalitatis*, es decir, cuando un donante, con buena salud, piensa en la muerte como un suceso propio de la naturaleza humana²⁴; cuando dona ante la inminencia de un peligro grave, para que la atribución se realice inmediatamente a favor del donatario²⁵; o, por último, cuando el donante establece que la atribución patrimonial a favor del donatario únicamente debe surtir efecto en el momento de su muerte²⁶.

Conjuntamente a estos supuestos, y atendiendo al criterio establecido por Ulpiano, según el cual la *donatio mortis causa* no podía considerarse *perfecta* hasta la muerte del donante²⁷, se admitió el carácter revocable de la institución en tres circunstancias: cuando el donante se hubiera restablecido de su enfermedad –*Sed he donationes revocantur si convaluerit qui donavit*–, cuando muriese quien la liberalidad hubiera aceptado –*sive prior decesserit qui liberalitatem acceperit*–, o bien por el mero arrepentimiento del donante –*sive donatorem penituerit*–. Revocabilidad que podía verse alterada si entre las partes, como se afirma en el inciso final del precepto, se establecía un pacto de irrevocabilidad de la donación: *sin autem id actum est ut non liceat penitere, vel ut nullo casu revocetur quod donatum est, pactum admittitur et ideo repetitio denegetur*²⁸.

Esta posibilidad que se le concede al donante de poder revocar la donación ofrecida, se concreta con la concesión de una serie de acciones para retomar el bien donado –*repetuntur autem vel condictione vel utili in rem accione*–. En concreto, se le concede al donante, a través de una *condictio sine causa*, la posibilidad de reclamar el bien donado aunque el donatario hubiera hecho un disfrute tan prolongado de la liberalidad que éste le permitiera usucapir el bien o, en su defecto, paralizar la demanda interpuesta por su prescripción²⁹.

20 *Summa Codicis* 8,52,2.

21 *Summa Codicis* 8,52,2; 8,52,3: *Et in summa mortis causa donatio legatis fere comparatur. haec enim a donatore traditur, legata uero ab herede petuntur, et quemadmodum legata a morte conualescunt, ita et hec donatio a morte confirmatur.*

22 *Summa Codicis* 8,52,3.

23 D. 39,6,2; 39,6,35,4.

24 *Summa Codicis* 8,52,4: *cum quis non propter (presens) periculum, sed quia quandoque se moriturum cogitat donat: que fit a sano et in bona valetudine posito.*

25 *Summa Codicis* 8,52,4: *veluti cum quis imminente periculo donat ita ut statim dominium in capientem transferatur, licet certis ex causis repetitio ei qui donavit competat.*

26 *Summa Codicis* 8,52,4: *Si propter mortis cogitationem det ita ut non statim fiat accipientis set tunc demum cum mors insequatur.*

27 D. 39,6,32: *Non videtur perfecta donatio mortis causa facta antequam mors insequatur.*

28 *Summa Codicis* 8,52,5.

29 *Summa Codicis* 8,52,6: *condictio quidem ob causam seu sine donatori competit, etsi res prescripta seu usu capta sit ab eo qui donationem accepit. Usucapi enim sive prescribi ex hoc titulo, quemadmodum ex donatione inter vivos, potest.*

Asimismo, se le concede acción para reclamar la percepción de los frutos obtenidos por el donatario *medio tempore* –*quoque fructus, medio tempore percepti, similiter restituuntur*–; permitiendo, únicamente, al donatario exigir, a través de la *exceptio doli*, la devolución de los gastos necesarios llevados a cabo sobre la cosa donada –*impense autem, que in re donata facta sunt, per doli exceptionem reservantur*³⁰.

Este intento por delimitar la naturaleza jurídica de la *donatio mortis causa* culmina con la promulgación de *Lo Codi*³¹. En esta *Summa* provenzal, fechada a mediados del siglo XII, se aborda esta institución en tres rúbricas independientes del libro octavo: (LXIII) *De donationibus que fiunt per occasionem mortis*, (LXV) *Quot modis aliquis potest donare alii occasione mortis*, (LXVI) *Quot modis potes destrui donatio que est facta causa mortis*, así como en un conjunto de disposiciones dispersas.

A tenor de lo expuesto en los distintos preceptos, se desprende que para su autor la institución se asienta, a diferencia de la *Summa Trecensis*, en dos pilares básicos: en la transmisión del bien donado y en la diferencia notoria entre esta institución y los legados o la *donatio inter vivos*.

Este deseo de dotarla de una naturaleza jurídica propia se concretiza al afirmar que la esencia de la institución deviene de la transmisión en vida de lo donado –*in donacione que est facta causa mortis semper datur possessio illi cui est facta illa donatio*³²–; transmisión que la diferencia a los legados, por cuanto en éstos la donación se realiza una vez el donante hubiera fallecido –*set quando aliquis homo dimittit aliquid in morte sua et possessio non est tradita illi cui ipse dimittit rem, intelligitur quod sit talis donatio que appellatur “legatum”, et debet peti heredi ipsius qui dimisit, si ipse non dixit nominatim quod alius darte sibi*³³.

A su vez, se entiende que cabe diferenciarla de la *donatio inter vivos*, ya sea porque en ésta no cabe la revocación de bienes muebles, o, fundamentalmente, por que en ésta la entrega de la posesión adquiere un carácter formal que no posee la *donatio mortis causa*. Así, en la rúbrica LIII, *Quantum postes donare unus alii*, se establece que toda donación que supere la cantidad de *L sol*, *debet esse scripta in actis, hoc est debet inde fieri scriptura publica, sicut supra dictum est. et si hoc non est factum, non ualet totum illud quod est ultra D sol, si donacio fuit facta inter uiuos*, mientras que la donación *mortis causa* puede ser llevada a cabo sin ninguna solemnidad³⁴, bastando únicamente la presencia de cinco testigos fidedignos que prueben lo acaecido –*quoniam si donacio fuit facta occasione mortis, bene ualet quodcumque fit, solummodo quod fuisent ibi V testes legitimi, quamuis non fuiste ibi facta scriptura aliqua*³⁵.

Con todo, del análisis minucioso de las distintas rúbrica se puede concluir que el autor entra en aparentes contradicciones jurídicas. Así, la afirmación genérica de que el donante debe en todo caso transmitir la posesión del bien donado –*in donacione que est facta causa mortis semper datur possessio illi cui est facta illa donatio* (8,64,3)- única-

30 *Summa Codicis* 8,52,6.

31 *Lo Codi. Eine Summa Codicis in provenzalischer sprache aus der mitte des XII. jahrhunderts*. Ed, FITTING, H. Halle, 1906. Reed. Aalen, 1968.

32 *Lo Codi*, 8,64,3.

33 *Lo Codi*, 8,64,3.

34 C. 8,5,4.

35 *Lo Codi*, 8,54; 8,64,4: *semper debent ibi esse V testes legitimi, propterea ut, si fuerit inde dubitacio quando aliquis petiti, possit probari per testimonia, siue apparet scriptura siue non. Donacio quam aliquis facit in morte sua non petit neque desiderat aliquam scripturam que sit facta a potestate terre uel ab alia persona, et bene ualet quantumcumque sit, quamuis sit ultra D sol*. Este requisito será recogido por la literatura jurídica del medievo. En concreto, TANCREDEUS, *Ordo Iudiciarius*. Ed BERGMANN, F. C., Neudruck. Reed. Aalen, 1965, 3,7: *Item in donacione facta causa mortis quinque testes exiguntur*.

mente se halla recogida para el supuesto en el donante se halle *in periculo mortis* –*et ipse donat alicui ita quod non bene uult ut ille cui donat habeat statim dominium rei et statim sit dominus* (8,65,1)-, pero no así cuando se otorga por la mera contemplación de la muerte o por el temor a la misma, por cuanto, en estos supuestos, la posesión se transmite al fallecimiento del donante –*ut illud quod ipse donat sit ipsius cui ipse donat tunc quando ipse erit mortuus* (8,65,2-3)-.

Así mismo, podemos observar cómo en las rúbricas *Si maritus donat aliquid uxori sue uel uxor marito uel pater filio uel filius patri* (5,16,2) y *Quando filius uel filia possunt donar alii* (8,60,3), la *donatio mortis causa* se relaciona, aunque pudiera entenderse de forma indirecta, con la donación efectuadas entre cónyuges –*Nullus homo potest facere donationem uxori sue post quam duxit eam, si ipse non facit in morete uel in testamento*- y con las llevadas a cabo por los hijos de familia, previo consentimiento paterno – *Alio modo non potest aliquid donare filius qui est in alterius potestate neque in uita sua neque in morte sine uoluntate illius in cuius potestate est. set si pater consentit filio suo quod ipse donet in morte sua aliquam rem alicui, bene potest donare, et ualet illa donacio, quamuis non possit filius facere testamentum etiam uoluntate patris. Illa dirictura que est dicta de filio, eadem est de filia et de ómnibus aliis*-; de ahí que entendamos que aunque para autor de *Lo Codi* permanezca clara la idea de que la *donatio mortis causa* era un acto en el que participaban tanto el disponente como el beneficiario, y en el que la transmisión no formal del objeto donado debía de convertirse en el pilar de la misma, no por ello fue capaz de alcanzar una separación sustancial entre ésta y las instituciones mencionadas.

Fijada la naturaleza jurídica de la institución, la *Summa*, siguiendo la definición aportada por los juristas romanos (D. 39,6,1), define a ésta como la atribución patrimonial destinada a tener eficacia definitiva a la premoriencia del donante al donatario, por cuanto aquél prefiere tener la cosa a que la tengan los herederos del donatario, y, a su vez, prefiere a éste antes que a los propios herederos – *Modo dicamus de donationibus illis que fiunt occasione mortis et appellantur “donationes causa mortis”. Donacio que facta est occasione mortis intelligitur, quando ille qui donauit plus uoluisset habere illud quod danuit quam uellet ut ipse haberet cui donauit, et plus uoluit ut haberet ille cui donauit quam heres suus. isto modo cognoscitur quid est donacio que est facta causa mortis*-³⁶.

Así mismo, y a tenor de lo establecido en un texto de Ulpiano (D. 39,6,26), se pone de manifiesto que la *donatio mortis causa* se podía realizarse en tres casos distintos: cuando el donante hace la *donatio* previniendo que va a morir antes que el donatario (*cogitatione mortis*: D. 39,6,2)³⁷; cuando, no habiendo ninguna enfermedad, se contempla la muerte como un suceso propio de la condición humana (*contemplatione mortis*)³⁸; o por el temor a un peligro inminente, ya fuera por hallarse en tierra extraña, por un viaje, o por la existencia de un conflicto bélico³⁹.

36 *Lo Codi*, 8,64,1-2.

37 *Lo Codi*, 8,65,1: *Donatio que fit in morte fit tribus modis: sicuti est si aliquis est infirmus et est in periculo mortis, et ipse donat alicui ita quod non bene uult ut ille cui donat habeat statim dominium rei et statim sit dominus. et illud appellatur donacio quam facit occasione mortis.*

38 *Lo Codi*, 8,65,2: *Similiter aliquando contingit quod aliquis est sanus et saluus et non habet aliquam infirmitatem, set quia scit et intelligit quod debet mori aliquando, contingit quod donat ipse auere uel posesiones alii et uult bene in isto casu quod illud quod ipse donat statim fiat illius cui ipse donat, uel tunc quando morietur ille qui donat. et ista donacio similiter sicut supra dictum est fit contemplatione mortis.*

39 *Lo Codi*, 8,65,3: *Similiter aliquando donat unus alii, non ut statim habeat timorem mortis, set timet ne cito moriatur: sicuti ille qui uult ire ultra mare uel uult ire ad bellum uel pro mercato in aliena terra uel per eum locum per quem multum timet ire uel propter timorem suorum inimicorum uel aliorum malorum hominum quos ipse habet, donat de peccunia sua uel de pssesione alicui homini tali animo et tali uoluntate, ut illud quod ipse donat sit ipsius cui ipse donat tunc quando ipse erit mortuus.*

Por último, y siguiendo el planteamiento llevado a cabo por el autor de la *Summa Trecensis*, se reconoce la posibilidad de revocar la donación oferida en tres supuestos: por arrepentimiento, por sobrevivir al peligro inminente o por perecer el donatario antes que el donante. En todos estos casos se afirma que se puede demandar lo donado directamente al donatario o, en su defecto, a sus herederos o a los terceros que la tuvieran, siempre y cuando éstos no pudieran defenderse *per possessionem temporis ita sicut lex dicit*⁴⁰.

La *condictio* interpuesta, siguiendo los principios del ordenamiento romano, tenía como finalidad no sólo la de la recuperación inmediata de la atribución patrimonial realizada al donatario, sino también sus frutos⁴¹ cuando la misma se hubiera interpuesto en el plazo de *XXX annos*⁴².

Posibilidad que podía verse truncada si las partes pactaban la no revocación de la donación, en cuyo supuesto se afirma que no cabe arrepentimiento, y de darse éste *non potest peti res que fuit donata*⁴³.

Conjuntamente al interés mostrado por los distintos Códices medievales, la Glosa, y en concreto la obra de Azón, no será ajena a los problemas que el Derecho sucesorio plantea⁴⁴.

En su obra *Summa Super Codicem*, en la rúbrica 57 del libro octavo, *De donationibus causa mortis*, realiza, partiendo de los criterios expuestos con anterioridad por la literatura jurídica, una exposición sistemática de la institución, sobre la que se apoyarán las doctrinas posteriores.

Azón parte de la definición dada por Marciano para contemplar la *donatio mortis causa* como una institución de naturaleza dual: por una parte la concibe como un acto de última voluntad distinto del legado, y por otra advierte, como ya lo hiciera el autor del *Brachylogus iuris civili*, que la misma posee una naturaleza contractual, por asentarse la institución sobre la *traditio* y la *obligatio inter partes* que ésta genera⁴⁵.

En concreto, entiende que se da la donación por causa de muerte cuando alguien quiere tener una cosa para sí más bien que no que la tenga aquél a quien la dona,

40 *Lo Codi*, 8,65,66: *Donacio que fit contemplatione mortis aliquo supra dictorum modorum potes destrui tribus modis: sicuti est si ipse penitet de donatione, uel si ipse est liberatus de illa infirmitate quam habebat quando fecit donationem uel si ipse est reversus de ultra mare uel si est liberatus de bello seu de illo periculo per quod fecerat donationem, sive ille cui facta fuit donatio mortuus est ante quam ille qui donauit. isto modo ille qui fecit donationem bene potest illam petere illi cui fecit, et si ipse est mortuus, potest illud petere heredi suo. et bene potest petere rem illi homini qui tenet aliquo modo, si ipse non potest se defendere per possessionem temporis ita sicut lex dicit.*

41 *Lo Codi*, 8,66,3, concediéndose al donatario la posibilidad de retener lo donado hasta que no le fueran retribuidos los gastos necesarios que hubiera realizado en aquél: *Ille homo qui reddit illud quod fuit ei donatum occasione mortis debet similiter reddere omnes fructus qui exierunt de re illa ab ea die ex qua donacio fuit facta: set potest retinere rem donec reddantur sibe expense quas fecit iuste in rem.*

42 *Lo Codi*, 8,66,4.

43 *Aliquando contingit quod ille qui dedit aliquam rem occasione mortis non potest petere aliquo supra dictorum modorum: sicut est si ille qui donauit rem donauit eam tali modo ut non posset se penitere de hoc quod ipse donabat, uel si dedit ita ut nullo modo posset petere illud quod donabat, quamuis ipse liberaretur de illa infirmitate, uel quamuis ante moreretur ille cui facta est donatio. in isto casu non potes peti res que fuit donata isto modo sicut prope dictum est.*

44 Con anterioridad, PLACENTINO, *Summa Institutionum*. En *Corpus Glossatorum Juris Civilis*. Ed Viora, M. 1973, Libro II, Tit. 6, rub. *De donationibus*, hace una mera referencia a la donatio mortis causa, y su posible equiparación al legado: *Item meo iudicio donator causa mortis conueniri non potest, ut in donatione, licet forte haeres eius ad instar legatarii ualeat artari.*

45 En este sentido, ABOUCAYA, C., *La donatio*, ob. cit., p. 400.

entregándola u obligándose, de forma que esta definición no contenga al legado; y que la tenga éste a quien la dona más bien que su heredero:

*Donatio causa mortis est cum quis magis vult se habere quam eum cui donat, subandio tradendo vel se obligando, ne haec definitio contineat legatum, magisque eum, cui donat, quam haeredem suum*⁴⁶.

Esta concepción que permite entender la *donatio mortis causa*, en palabras de Baldo, como una *forma contractis*⁴⁷, de la que participa el donante y el donatario -*quia in donatione causa mortis obligatio intervenit*⁴⁸-, es lo que le llevará a calificarla como una disposición de última voluntad distinta a otras figuras afines, tales como el testamento, el codicillo -*nec est codicillus vel testamentum*-, las donaciones *mortis causa capione*⁴⁹ o los legados. Desvinculación que, en el caso de los legados⁵⁰, no sólo le alejará de los planteamientos llevados a cabo por el derecho justineano, sino que, en este punto, le separará de la doctrina posterior⁵¹.

Con todo, esta institución, que podía realizarse a través de una estipulación, de una promesa o por la simple entrega con cinco testigos presentes, -*Qualiter fiat? Et quidem per stipulationem vel pollicitationem vel solam traditionem, quinque testibus praesentibus*⁵²-, no puede desprenderse de su naturaleza sucesoria, por cuanto debe su origen a la contemplación de una muerte cierta, a una enfermedad grave o a un peligro emi-

46 AZONIS, *Summa Super Codicem. Coprus Glossatorum Juris Civilis*. Ed. VIORA, M. 1966. Lib. VIII, Rub. *De donationibus causa mortis*, n.º 1.

47 BALDO DE UBALDIS, *Consilia sive responsa*. Venesi, 1580. *Consilium* 248: *facit, quod notat Azo in Summa de Donationibus; aut loquimur respectu causae perfectionis existentialis, prout consideratur forma contractus et tunc respectu modi et formae accedit contractui: quia fit per pactum et aliquando per stipulationem*. BARTOLO DE SASSOFERATO, *In Primam Digesti Novi Partem Comentaria*. Augustae Taurinorum. 1580. Libro XXXIV, Tit. *De donationibus causa mortis*, Lex XXV, Additio 1: ... *quia donatio causa mortis est ultima voluntas ... hoc eodem titulo. Quid decimu? Dominus Cyn. hic dicit, & bene, quod donatio causa mortis sapit naturam ultimae voluntatis, sed sapit plus de natura contractus, ... Et ratio est, quia donari debet praesenti, & oportet quod fiat traditione, vel stipulatione ...*

48 AZONIS, *Lectura Super Codicem. Coprus Glossatorum Juris Civilis*. Ed. VIORA, M. 1966. Lib. II, Rub. *De pactis*, II, n.º 33

49 AZONIS, *Summa Super Codicem*, Rub. *De donationibus*, n.º 3: *Et differet causa mortis donatio a mortis causa capione, quia in mortis causa donatione obligatur, qui donat et testator plerumque qui tradit. Sed mortis causa capio est, cum post mortem alicujus aliquid datur alicui causa conditionis implemdae vel aliquid pervenerit ad aliquem occasione mortis*.

50 AZONIS, *Summa Super Codicem*, Rub. *De donationibus*, n.º 7-9, tras reconocer que aunque en la mayor parte de las cosas coinciden ambas instituciones, en otras discrepan, como por ejemplo en la obligación que siempre tiene el heredero de entregar el legado: *Ex predictis colligitur quod in plerisque convenit haec donatio cum legatis et in quibusdam discrepat. Ecce enim, si donat in annos sigulos, donatio est una. Secus in legatis ... Item legatum ab herede semper traditur, donatio vel ab hoc vel ab illo. Item in donatione obligatur donnas, secus in legato. Item nec substituitur ut in legatis. Item si accuso testamentum ut falsum, amitto legatum, non donationem ... Alias autem sicut ex aliqua causa rescinditur testamentum sic et donatio*. En análogo sentido, *Summa Super Codicem*, Rub. *De donationibus inter virum et uxorem & a parentibus inter liberos factis, & ratihibitione*, n.º 2: *est quia non omnino vicem legati obtinet, sicut donatio causa mortis, non obtinet vicem legatorum: imò differunt in multis. distingue ergo quis donat ante crimen commissum ...*

51 En este sentido, puede verse ACURSIO, : *ad exemplum legatorum, mortis caus donationes revocatae sunt* (Tomo la cita de ABOUCAYA, C., *Les diferentes conceptions*, ob. cit.); BARTOLO DE SASSOFERATO, *In Primam Digesti Novi Partem Comentaria*. Libro XXIV, Tit. VI, *De donationibus causa mortis: & sic donatio causa mortis non differet a legato*; BALDO DE UBALDI, *Comentaria in primam et secundam Digesti veteris partem*, 30,22: *quod donatio causa mortis confirmatur morte, nec requiritur aditio haereditatis, sit accipiendum in donatione causa mortis*; DURANTIS, G., *Speculum Iudiciale*. Basel 1574. Reed. Aalen, 1975. Lib. III. Part. III, Rub. *De donationibus*, n.º 10: *similitudinem enim habet talis donatio cum legato*. Con relación a la doctrina castellana, SPINO, D., *Speculum testamentorum, sive thesaurus universa iurisprudentia*. Medina del Campo, 1593, glosa 14, n.º 140.

52 AZONIS, *Summa Super Codicem*, Rub. *De donationibus*, n.º 3.

nente- *Mortis tamem causa vel periculi causa debet exprimi ut videatur donatio causa mortis. Nec enim hoc ipso quod moriens donat, videtur causa mortis donare*⁵³-. Donación que puede ser, en todo caso, revocada por el demandante bien por la muerte prematura del donatario, por el mero arrepentimiento o por la desaparición del *periculo mortis* - *Et quidem revocatur si prius decedat donatarius... vel si poeniteat donator vel si effugerit id periculum*⁵⁴-. En todos estos supuestos, al donante le corresponde *utilis rei vindicatio vel directa competere potes non obstante usucapione vel impensis factis*⁵⁵.

Paralelamente a los intentos por parte de la Glosa por alcanzar una delimitación conceptual y una sistematización de la institución, la Doctrina canónica pretendió dar una nueva orientación conceptual a una institución que no tenía un ámbito jurídico determinado.

En este sentido, la legislación canónica entendió que la *donatio mortis causa* debía de encuadrarse dentro del Derecho sucesorio, por cuanto la misma únicamente surgía efecto a la muerte del donante, lo que determinaba, a juicio de Bussi, que el donatario no tuviera un *ius in re* sino un *ius ad rem*⁵⁶.

Este deseo por circunscribir la institución dentro del Derecho hereditario únicamente lo hallamos en la obra de Graciano, en concreto en la Glosa *In vitus*⁵⁷, al distinguir claramente entre *dare* y *donare*, y, posteriormente, en las obras de Rolandino dei Passaggeri -*ubi est facta mentio mortis intelligitur donatio causa mortis*- y, fundamentalmente, en la obra de Giovanni da Imola, el cual, al observar las distintos actos de última voluntad, afirma: *Testamentum est quando in eo fit haereditis institutio, Inst. de leg. ante haereditis et l. proxime. Sed ubi non fit institutio haereditis tunc reperitur alia ultima voluntas quae appellatur codicillus et alia etiam quae appellatur donatio causa mortis. De prima habetur D. de iur. codicill. et C. de codicill. De secunda habetur C. de dona. ca. Mor*⁵⁸.

Por su parte las Decretales de Gregorio IX únicamente hacen referencia a la reserva de revocabilidad que tiene el donante por ingratitud del donatario. Reserva que, de no hacerse de forma expresa, no podría ser ejercitada por los herederos: *Propter eius ingratitudinem, in quam liberalitas est collata donatoris persona de rigore iuris eam potuit revocare. Si forte in ipsum impias manus iniecerit: aut sibi atroces iniurias: seu grave rerum suarum damnum: vel vitae periculum inferre praesumpserit. Quod tamen ad donatoris, qui hoc tacuit, non extenditur successores*⁵⁹.

53 AZONIS, *Summa Super Codicem*, Rub. *De donationibus*, n.º 2: *qualiter fiat vel quot sint species eius. Et quidem fit quandoque ab homine sano, quid cogitat quandocumque se moriturum, vel ab infirmo, scilicet ut statim fiat accipientis vel tunc demum cum mors fuerit insecuta. Et quod dico de morte, est intelligendum de quolibet periculo, quod periculum vel quam mortem timeo mihi vel alii imminere*. Con relación al primer supuesto, DURANTIS, G., *Speculum*, II, Partic. II, Rub. *De instrumentorum editione*, n.º 2, nos ofrece la siguiente fórmula: *A licet sanus corpore, sciens tamen se mortalitati subjectum et quandoque necessario moriturum, hac causa mortis donationem fecit: donavit namque mortis causa H. ejus patri ibidem praesenti tale praedium, vel centum libras Turonenses, pollicitatione offerens*.

54 Revocación que, a juicio de la doctrina posterior, debía ser expresa. En este sentido, DURANTIS, G., *Speculum*, II, Partic. II, Rub. *De instrumentorum editione*, n.º 3: *Ergo Berta, quamvis sana, vel infirma, causa moris do et dono tibi tali priori, vel fratri, omnia mea bona, vel talem rem, vel tantam pecuniam, ut post mortem meam vobis illico competat petitio et sit vestrum, quod dono: quam donationem, per me meosque haeredes, firmam habere et tenere promitto irrevocabiter, nisi specialiter revocarem nominando, quam voluero revocare*.

55 AZONIS, *Summa Super Codicem*, Rub. *De donationibus*, n.º 6.

56 BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto Comune*. (Contrati, successioni, Diritti di famiglia). En *Studi di Diritto privato italiano e straniero*. XXVII bis. Padova, 1930, pp. 184.

57 c. 4, C. 24, q. 7: *Sed facis vim et differentiam inter dare et donare ut donum dicatur quod aliquis ut donum dicatur quod aliquis ex libertate dat et ex certa scientia: unde episcopus non dicitur donare praebendas sed dare*. Tomo la nota de BUSSI, E., *La formazione*, p. 184.

58 Véase, BUSSI, E., *La formazione*, p. 185.

59 c. 10, X, 3, 24. *Corpus Iuris Canonici*. II. *Decretalium Collectiones*. *Decretales Gregorii P. IX*. Ed. FRIEDBERG, A. Lipsae, 1881.

En el ámbito estrictamente peninsular, los distintos ordenamientos recogerán, con mayor o menor fortuna, los principios rectores que sobre ésta institución fijaron tanto la Glosa como la Canonística o las distintas *Summae* bajomedievales.

En concreto, y por lo que hace referencia a los diferentes cuerpos jurídicos de la denominada Corona de Aragón, sorprende que, a diferencia de otras instituciones, apenas si se contempla la figura de la *donatio mortis causa*, vacío legal que viene suplido, en parte, por la doctrina foral.

En el Derecho foral valenciano tanto la legislación -FURS 5,4,5; 8,8,9; 8,8,19⁶⁰- como la doctrina califican las *donaciones mortis causa* como una disposición de última voluntad, equiparables, en este sentido, al testamento y al codicilo -*Ultimarum voluntatum tres sunt species, scilicet, testamenta, codicili, et donationes causa mortis*⁶¹. Únicamente Bas y Galcerán, aun reconociendo que sus efectos nacen tras la muerte del donante, las considerara similares a las donaciones *inter vivos*: ..., *aut post donatoris mortem, nam iste, sunt propriae donationes inter vivos, & quamvis effectum suum non habeant, nisi post donantis mortem ...*⁶².

Los *Furs*, tras reconocer su validez -*quod si aliquis fecerit donationem alicui rei sue quod ipsam post mortem suma habeat, illa donatio valeat*⁶³-, define la misma como la donación que se realiza por el temor a una muerte futura o a un peligro cierto: *est autem haec donatio illa, quae sit mortis causa, ut quae sit a constituto in periculo mortis inferendae ab hostilibus, vel a transitu per loca periculosa, vel ratione aetatis, quia est valde senex, facta tamen expresa mention mortis*⁶⁴, lo que permite, a tenor de lo dispuesto en el fur 8,8,19, diferenciarla de la *donatio post mortem*:

Quisque potest dare pure, vel ob causam, vel simpliciter, vel sub modo vel conditione, causa mortis et post mortem ...

Esta diferencia entre ambas instituciones, se subraya por la doctrina jurídica de los *Furs* al afirmar que si bien las donaciones *mortis causa*, por participar de la naturaleza de los actos de última voluntad, son siempre revocables -*ambulatoria est voluntas hominis usque ad vitae supremum exitum*⁶⁵-, las donaciones *post mortem* son únicamente revocables por indignancia del donante, por ingratitud del donatario o por premo-

60 Seguimos la edición *FURS DE VALENCIA*. Ed. COLÓN, G. I GARCÍA, A. Valencia, 1970-1999.

61 TARRAZA, G., *Compendium sive epithome theoricæ artis notariae, in quo de illa, et de tribus ipsius principalibus partibus, scilicet, de contractibus, ultimis voluntatibus, & iudiciis, brevisime agitur*. Valentiae, 1636. Rub. *De testamentis*, Cap. 81. Con relación al Derecho castellano, COVARRUBIAS, D., *Opera Omnia*. Ginebra, 1679, 3,1: *Donatio causa mortis inter ultimas voluntates computatur*.

62 BAS I GALCERAN, G., *Theatrum jurisprudentiae forensis valentinae romanorum juri*. Valentiae, 1742, 1,3,54.

63 FURS 8,8,9; 8,8,19.

64 TRULLENCH, J. G., *Opus morale, sive in decem decalogi, et quinque eccles. praecepti, absolutissima et resolutoria expositio, ex optimorum novissimorumque doctorum probatissima doctrina deprompta*. Valentiae, 1640, 18,2,11; TARRAZA, G., *Compendium: est quaedam ultima voluntas, qua quis donat causa mortis*; BAS I GALCERAN, G., *Theatrum jurisprudentiae forensis* 1,3,55: *Aliter tenendum est de donationibus causa mortis, quae fiunt ab egroto, aut in aliquo mortis periculo posito, veluti navigationis, peregrinationis, belli, morbi, pestilentiae, ...*

65 FURS 5,4,2; 6,3,2. En este sentido, CRESPI DE VALLDAURA, C., *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilii S. Caruciatae, & Regiae Audientiae Valentinae*. Lugduni, 1730. I,37,18: *Aliud enim est, voluntatem defuncti praejudicare haeredi, etiamsi ex se non esset illa irrevocabilis, quemadmodum & mortis causa donatio, ..., etiam donatio inter vivos non accepta, quae potest per donantem revocari, & non per ejus haeremem*; TRULLENCH, J. G., *Opus morale*, 18,2,11.

riencia de éste⁶⁶. Distinción que, según lo dispuesto en el fur 5,4,5, parece diluirse, por cuanto en las donaciones entre consortes se equiparan ambas instituciones:

*Inter virum et uxorem mortis causa donationes recepte sunt, quia in hoc tempus (excurrit) donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt, seu interim res non statim fuerit eius, cui donate sunt, sed tunc demum cum mors fuerit insecuta*⁶⁷.

En cuanto a los requisitos formales que ha de tener toda donación *mortis causa*, la doctrina foral, tras reconocer que la capacidad para donar por causa de muerte no difiere, salvo en el caso del menor⁶⁸, de la que se tiene para testar⁶⁹, concluye afirmando, siguiendo a *Lo Codi*, que para que ésta tenga validez no es necesaria ni su redacción en documento público, ni su declaración ante el Justicia, aún cuando pudiera exceder de cien maravedís⁷⁰.

Por lo que hace referencia al conjunto de ordenamientos que configuran el Derecho Catalán cabe apreciar el escaso arraigo que la *donatio mortis causa* presenta en sus fuentes. En concreto, tras su omisión en los *Usatges* y en las *Costums de Lleida*⁷¹, únicamente las *Costums de Tortosa* abordan parcialmente su estudio en la rúbrica *De donacions*, hallándose en los códigos posteriores vagas referencias, como se aprecia en el *Código de Perelada*⁷² y en el Privilegio denominado *Recognoverum Proceres*⁷³.

66 FURS 8,8,19: *verum si donator ad egestatem perveniat, et re donata indigeat iusta ratione et quod sine ea non habeat unde vivat, possit illam donationem revocare et de ea suam facere voluntatem vel si donatarius ingratus existat donatori, propter offendendo, quare dictam rem sibi auferre debeat, scilicet tale quid quod filius patri seu matri facere non debeat, et rei servire noluerit, eodem modo possit donator illam donationem revocare, et de ea suam voluntatem facere, et si ille cui donatio facta fuerit moriatur ante quam donator, donatio sic facta non valeat, sed remaneat et si donatoris, nisi in donatione contineatur quod ipsam rem donet sibi et suis, et in hoc casu donatio ad proximiorum vel heredem donatarii revertatur.*

67 La posibilidad de que se realicen donaciones *mortis causa* entre marido y mujer, prohibidas *inter vivos*, es contemplada, asimismo, por la doctrina foral. Véase TARRAZA, G., *Compendium*, 88: *Licet donatio inter virum et uxorem constante matrimonio sit prohibita a iure et foro, tamen hoc intelligendum est de aliis donationibus simplicibus, et inter vivos, non autem de donatione causa mortis, quam maritus uxori et uxor marito facere possunt revocabiliter, non autem irrevocabiliter.*

68 FURS 8,8,19.

69 TARRAZA, G., *Compendium*, 90: *Omnes qui possunt testari et testamentum facere, possunt etiam donationem causa mortis facere.*

70 BAS I GALCERAN, G., *Theatrum jurisprudentiae*, I,3,55: *Donatio causa mortis, non indiget insinuatione, & potest fieri absque scriptura, etiam si excedat centum morabatinus.* Requisitos que eran esenciales, como se establece en FURS 8,8,21-22, para que las donaciones *inter vivos* tuvieran validez.

71 *Libre de les Costums generals scrites de la insigne ciutat de Tortosa*. Ed. FOGUET, R. Tortosa, 1912. Lib. VIII, rub. 11.

72 GÜELL LÓPEZ, J. A., *Ensayo sociológico sobre un Código de la Edad Media*. Barcelona, 1901. El texto del Código de Perelada ocupa las pp. 107-195. Rúb. XLI, *Franch de luhisme y foriscapis en certs contractes y llhismes son franchs: Quels dels contractes y donacions entre vius, causa de mort de dot ara sie estimada o inestimada de donacions per causa de nupcies o de llegats o testaments, de permutas o cambieras de divisions, de cosas hereditarias a altrament comunas y de concordias; lo Sor, de Perelada ni altre Sor. Directe de aquelles posesions de cualsevol condició que sien los tals Señors no pugan exigir ningun lluisme ni foriscapi ni en dits contractes se requireix consentiment in firma de tal Sor. o señors. Exceptat que en lo contracte de permuta o cambiara en lo cual un altre donará alguna cantitat de diner de aquella cuantia que valdrá mes dega pagar foriscapi tan solament.*

73 *De las Consuetuds de Barcelona, vulgarment ditas dlo recognoverunt Proceres, Tít. XIII. Pere Segon en lo Privilegi concedit a la Ciutat de Barcelona. Dat en Barcelona a 3 dels Idus de Ianer 1283 ...* En la rúbrica I, *De donatione, & legato rei emphiteoticariae, sive firma Domini*, se dispone que cualquiera puede dar y legar en testamento, o por donación *inter vivos* o por cualquier otro modo de transmitir las cosas que uno tiene en enfiteusis, sin firma ni consentimiento del señor, siempre que no intervenga fraude: *Recognoverunt proceres Barchinonae, & antiqui & sapiens in iure, antiquam esse consuetudinem, quod quilibet poterat dare & legare in testamento, vel donatione inter vivos, vel quocumque alio modo voluerit, res quas tenet pro alio in emphiteosim, sine firmamento & consensu Domini, dummodo non interveniat fraus.*

Esta ausencia de regulación lleva a la doctrina a dotarla de una naturaleza jurídica confusa y contradictoria, por cuanto no se termina de definir con claridad si se está ante una institución de naturaleza contractual, como sostiene Cáncer, quien, siguiendo a Bártolo, afirma: *donatio causa mortis plus sumit de natura contractus, quam ultimae voluntae voluntatis*⁷⁴; ya ante una institución de naturaleza mixta, como propone Mieres: *quod in donatione causa mortis, quae mixtam habet naturam contractus, & donatisis*⁷⁵; ya ante una *donatio inter vivos* cuando se da un pacto de irrevocabilidad, como afirmara Fontanella: *Donatio causa mortis per hujusmodi pactum de non revocando transeat in donationem inter vivos*⁷⁶; o bien ante una institución de derecho sucesorio.

Esta confusión se mantiene aún cuando se mantenga que se está ante una institución de naturaleza sucesoria. Así, mientras Peguera afirma que *donare & hereditare in Cathalonia idem*⁷⁷, Mieres entiende que la *donatio mortis causa* no es propiamente una donación sino un legado –*Dic quod donatio causa mortis obtinet instar legati ... Sed donatio causa mortis non est proprie donatio*⁷⁸, al cual, como sostiene Cáncer, se la equipara: *Nam cum in legatis habeat locum, ut proxime dictum est, nimirum si habeat locum in donatione causa mortis, quae legatis comparatur, & quodcumque iurist est legatis, sit accipiendum in donatione mortis causa*⁷⁹.

En cuanto a los requisitos formales, el ordenamiento foral es explícito en señalar que para que ésta surta efecto no es preciso que se realice ante la presencia de un oficial de la *Cort* ni mediante un documento público o insinuación, por admitir plena validez a la mera declaración del donante⁸⁰:

*Donacio qe es feyta per algu de cosa moble: o seent o mouent; o de qualqueus placia cosa o pret en la qual sia contengut donacio causa mortis. que diga com yo aytal do a vos naytal apres de la mia mort aytal cosa. aquesta donacio aytal pres de la mort del donador comença a uer força e vigo*⁸¹.

La doctrina es clara al afirmar que para que esta tenga eficacia jurídica no es preciso que se haga en un testamento⁸², si bien el donante, a juicio Mieres, sí debería tener capacidad para realizarlo: *Item ad esse donationis causa mortis non exigitur testamentum, licet exigatur potentia testamendi, excepto filiofamilias*⁸³.

74 CANCER, I., *Variae resolutiones iuris caesarei, pontificii, et municipalis Principatus Cathaloniae*. Genevae, 1684. Pars II, Cap. I, n. 65.

75 MIERES, T., *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cataloniae*. Barchinonae, 1620 Collatio VI, Cap. XXVI, n. 28.

76 FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis nuptialibus, sive de capitulis matrimonialibus*. Ginebra, 1684. Pars II, Clausula IV, Glosa 57; Clausula IV, Glosa 3, n. 1: *Et in primis quod haec donatio, propter supradicta verba, cesenda sit donatio causa mortis, videtur probari ex verissima illa regula, qua docemur, quod quoties in donatio fit mentio mortis, donatio censetur causa mortis ... ubi de donatione post mortem expresse loquitur*; n. 2: *Donatio mortis causa judicatur ea in qua fit mentio moris. Non est causa mortis sed inter vivos quando mentio mortis fit per modum demonstrativum et non dispositive*; n. 4: *donatio causa mortis non est sed inter vivos, quando mentio mortis fit per modum taxationis temporis*.

77 PEGUERA, *Decisiones Aurae, in actu practico frequentes*. I. Barchinonae, 1605, Cap. LXIII, n. 2.

78 MIERES, T., *Apparatus super constitutionibus*. Collatio sexta, Cap. XXVI, ns. 19 y 20.

79 CANCER, I., *Variae resolutiones*, Pars I, Cap. 2, n. 84.

80 FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis nuptialibus*, Pars II, Clausula IV, Glosa 21, n. 78-79: *Procedit etiam multo magis eadem solutio quando donatio, quae de agimus foret in actis insinuata: insinuatio enim hujusmodi declarat proculdubio contrahentium mentem fuisse donationem inter vivos facere, non causa mortis ..., cum donatio causa mortis insinuationem non egeat*.

81 C. T. 8,11,9.

82 MIERES, T., *Apparatus super constitutionibus*. Collatio sexta, Cap. XXVI, n. 22, sostiene que para poder realizar la *donatio mortis causa* en un testamento ha de adir previamente el heredero la herencia: *Sed an donatio causa mortis exigat aditionem haereditatis? ... dic hoc verum, si donatio mortis causa est facta in codicillis, vel alia ultima voluntate; aliter secus, si intrinsece, secundum Anton. de Butrio*.

83 MIERES, T., *Apparatus super constitutionibus*. Collatio sexta, Cap. XXVI, n. 23

Frente a la ausencia de requisitos formales, las *Costums de Tortosa* establecen la necesidad de que el donante tenga plena capacidad jurídica⁸⁴, esto es, que sea mayor de veinticinco años, condición que vendrá a ser completada por la doctrina al añadir que la misma se debía realizar en presencia de ambas partes y de cinco testigos⁸⁵, pudiendo incluso tener lugar la sustitución vulgar⁸⁶.

Cumplimentados todos los requisitos, la doctrina, consciente de que la transferencia de la propiedad estaba sometida a la condición *si mors (donantis) secuta fuerit*, afirma que la adquisición definitiva del bien donado tenía lugar sólo al verificarse la muerte del donante, ya fuere ésta, en palabras de Mieres, civil o natural⁸⁷.

Transmisión que, a juicio de lo dispuesto en la *costum* 8,11,9 podía ser revocada ya fuere por la mera voluntad del donante, ya por la premoriencia del donatario⁸⁸, o, a juicio de Mieres, cuando la misma se hubiera llevado a cabo estando gravemente enfermo el donante⁸⁹:

Pero lo donador pot aytal donacio reuocar e deffer totes hores que vula ne li placie y encara per fola volentat o per fimples paraules. o que diga penitmen daytal donacio. e enaxi es no neguna.

E encara aytal donacio no val: fi la persona a qui es feyta la donacio mor enans e primer quel donador de la cosa.

Únicamente la doctrina exceptuará la posibilidad de revocación cuando la misma se hubiera realizado bajo juramento:

Fontanella: *iuramentur operatur; ut decente donatario ante donatorem, non caducetur donatario, quae alias caduca fieret*⁹⁰.

Cancer: ... & *si talis donatio sit iuramento volata, excludit dicta conditio; & statim dicta donatio valet irrevocabiliter*⁹¹.

Esta ausencia de una configuración unitaria puede verse, asimismo, en los *Fueros y Observancias de Aragón*⁹², donde la inseguridad jurídica que provoca el silencio normativo es suplida por la doctrina foral.

84 C. T. 8,11,15: *Mayor de XXV. Ans e tots aquels a qui no es entredita aministracio o alienacio de seus bens: poden fer donacio purament o ob causam o simplament o ab conditionem: o sub modo vel causa mortis.*

85 MIERES, T., *Apparatus super constitutionibus. Collatio sexta*, Cap. XXVI, n. 24 y 26: *Item donatio causa mortis exigit quinque testes ... quod patet, quia donari non potest, nisi praesenti, & oportet quod fiat traditione, vel stipulatione: alias non valerte ut donatio, sed ut legatum.* FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis nuptialibus, Pars III, Clausula IV, Glosa 21*, n. 74: *etiam si in donatione ad fuiste quinque testes, quod proprium est donationis causa mortis.*

86 CANCER, I., *Variae resolutiones, Pars III, Cap. XXI*, n. 287: *eo quod licet vulgaris substitutio fiat in legati, fideicommissis, & donatione causa mortis, perinde atque in haereditatibus.*

87 MIERES, T., *Apparatus super constitutionibus. Collatio sexta*, Cap. XXVI, n. 29: *Et sicut donatio causa mortis confirmatur per mortem naturalem donantis; ita confirmatur per mortem civilem.*

88 En este sentido, FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis nuptialibus, Pars III, Clausula IV, Glosa 21*, n. 55: *Donatio causa mortis potes quandocumque revocari.*

89 MIERES, T., *Apparatus super constitutionibus. Collatio sexta*, Cap. XXVI, n. 27: *Item nota, quod reuocatur donatio causa mortis, eo quod de aegritudine, de qua mors sperabatur conualuerit; quia praesumitur donare causa illius mortis, quae ex illa causa assistenti sequitur.*

90 FONTANELLA, J. P., *Tractatus de pactis nuptialibus, Pars III, Clausula IV, Glosa 21*, n. 25

91 CANCER, I., *Variae resolutiones, Pars III, Cap. XXI*, n. 105.

92 *Fueros, Observancias y actos de Corte del Reino de Aragón*. Ed. SAVALL Y DRONDA, P. Y PENÉN Y DEBESA, S. Reed. Zaragoza, 1991.

El ordenamiento de Aragón únicamente menciona la *donatio mortis causa* en dos observancias del libro cuarto, rúbrica *De donationibus*:

Observancia 7: Item, donatio causa mortis non potest revocari, sicut nec donatio inter vivos ex poenitentia: dum tamen in ea sit data fidantia salvitatis: quia sic requiritur in donatione haereditatis, quod debet dari fidantia salvitatis, quia alias non veleret: & sic intelligitur de omni donatione, sive inter vivos, sive alias fuerit facta, cum Forus non distinguat: exceptis donationibus de quibus fit mentio in Foro: & sic, ex quo fidantia data est, valet: nec potest revocari, sicut nec alia: quia omnia servata sunt, quae Forus requirit.

Observancia 18: Item, donatio causa mortis revocari non potest de foro: & sic est necessaria in ea fidantia salvitatis, sicut in donatione inter vivos: quia forus de donationibus loquitur generaliter, & sic intelligitur in quacumque donatione.

De la lectura de su contenido cabe entender que no existe propiamente un silencio normativo, porque para el autor de las *Observancias*, como afirmara Sesse⁹³, se equiparan ambas donaciones –*quia forus de donationibus loquitur generaliter, & sic intelligitur in quacumque donatione*–, por cuanto, al hablarse de donación se comprende la *donación mortis causa*: & sic intelligitur de omni donatione, sive inter vivos, sive alias fuerit facta, cum Forus non distinguat: exceptis donationibus de quibus fit mentio in Foro.

Equiparación que, a tenor de lo dispuesto en el Derecho foral, se halla en el carácter irrevocable de la institución; por lo que, a juicio de Lissa y Portoles, habiéndose dado fianza de salvedad, no puede salvarse ésta ni aún mediando arrepentimiento del donante, ni por ingratitud del donatario, siendo válido, por tanto, el pacto de *non revocando*: *In nostro Regno donatio mortis causa, rei immobilis irrevocabilis est, ac proinde donator praestare debet fidantiam salvitatis, hoc est fideiussorem, qui ratam habeat donationem, alioquin nulla esset huiusmodi donatio, ..., nam cum haec satisfactio vim pacti habeat de non revocando, ideo ex poenitentia prasens donatio revocari nequit, licet mortis causa fiat*⁹⁴.

Con todo, Sesse entiende que su naturaleza jurídica se halla dentro de los actos de última voluntad, no en vano afirma que, al principio, su naturaleza es la de un mero contrato, pero, como no surte efecto hasta la muerte del donante, su efecto se ha de entender que es el de un acto de última voluntad: *Donationes causa mortis in sui principio sunt cotractus: in effectu vero ultime voluntates*⁹⁵.

Naturaleza que confirma Molino al manifestar que puede dejarse la herencia por donación *moris causa*, por ser conforme con el principio foral *standum est chartae*⁹⁶.

93 SESSE, J. DE, *Decisionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonum, et curiae domini iustitiae aragonum, causarum civilium et criminalium*. Zaragoza, 1615, Decis. 258,6.

94 LISSA, Tyrocinium iurisprudentiae forensis, seu animadversiones teórico practicae iuxta Foros Aragonum, in IV libros institutionum Iuris Imperatoris Justiniani. Caesar-Augustae, 1703. Lib. III, Tit. VII, *De donationibus*; PORTOLES, H., *Tertia pars scholiorum, sive adnotationum ad repertorium Michaelis Molini, super foris et observantiis Regni Arago*. Zaragoza, 1590. voz *Instrumentum*, n. 115: *Et hinc est, quod in hoc Regno valet pactum, ne donationem causa mortis factam revocare liceat, quod de iures secus est*; SESSE, J. DE, *Decisionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonum*, Decis 360, n. 12. En análogo sentido se manifiesta la doctrina posterior, ISABAL Y BADA, M., *Exposición y comentario del Cuerpo Legal denominado "Fueros y Observancias del Reino de Aragón" derogado por el apéndice foral*. Zaragoza, 1926, pp.244-245.

95 SESSE, J. DE, *Decisionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonum*, Decis 360, n. 16

96 MOLINO, M. Del, *Repertorium fororum et observantiarum Regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii iustitiae Aragonum practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis*. Zaragoza, 1585. voz *Donatio*, n. 7; PORTOLES, H., *Tertia pars scholiorum*, voz *Instrumentum*, n. 116.