

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: *Negocios atributivos post mortem*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, 263 pp.

El doctor Jochen Albiez Dohrmann, profesor titular de Derecho civil de Granada, afronta en este libro un estudio monográfico en torno a una de las materias salpicada de problemas complejos y frecuente aplicación práctica: el campo de los actos convencionales que, siendo por naturaleza *inter vivos* por no estar todavía la sucesión abierta, pretenden alcanzar directa o indirectamente efectos sucesorios. Actos que otorgados entre personas vivientes contienen cláusulas en que, sin renunciar a la disposición o al goce de los bienes durante la vida del causante, prolongan los efectos *post mortem* aproximándose al régimen sucesorio.

En este libro selecciona el autor una muestra numerosa de casos típicos, «supuestos concretos» (contractuales o no) que procuran alcanzar el mismo resultado: ordenar en vida del disponente (mediante atribuciones patrimoniales) la transmisión definitiva a favor del beneficiario por cauces distintos al testamento, estipulación o pacto sucesorio. Actos dispositivos válidos y eficaces ya que sin incurrir en la prohibición de pactos sucesorios ni quebrantar la libertad de testar (por transmisión del patrimonio sin reservarse bienes suficientes) aseguran el bien o los bienes cuando falte el disponente.

Se trata de un estudio detallado de problemas singulares con visión del conjunto, las modalidades que cambian y las que no cambian la naturaleza del acto. Este enfoque reúne las ventajas de describir un panorama amplio, con los inevitables reparos de no agotar la problemática que suscita cada una de las cuestiones singulares comprendidas en la perspectiva general. Esto explica que el número de notas, con abundantes referencias bibliográficas y de jurisprudencia (478), casi duplique el de páginas de que la obra consta (263). No es, en definitiva, un libro para leer de un tirón y donde sólo «entra» la letra grande.

Tampoco es, en rigor, una obra de síntesis, sino de elaborada construcción o de reflexión a partir de «casos reales»: los supuestos de disposición de bienes para después de la muerte otorgados a través de esquemas negociales, sobre todo de carácter convencional. La selección se hace según el principio de idoneidad para una misma función.

Se ofrece en este libro una versión global de diversas atribuciones patrimoniales con efecto *post mortem*, cuidadosamente reconstruida a través de datos, de caso en caso, la disciplina del caso concreto y los efectos derivados de pactos especiales.

Analiza cuestiones de indudable aplicación práctica: los supuestos más importantes y frecuentes, qué normas se aplican, cómo distinguir en cada contrato o convenio la perfección y la consumación, y la interpretación, cómo interpretar *ad casum* las normas. Interpretación que admite mayor amplitud cuando se trata de actos *inter vivos* conexos a la muerte (flexibilidad para ampliar supuestos con base en la libertad de pacto) o con sentido restricto (no más allá del catálogo legal de reglas y excepciones), cuando se trata de disposiciones a causa de muerte que pueden resultar lesivas al modelo legalmente establecido de régimen sucesorio.

Los contratos que examina son de naturaleza bien distinta, de materia civil y mercantil, venta, cláusulas de continuación de la sociedad con el heredero, mandato *post mortem*, depósito bancario, depósito a favor de tercero, renta vitalicia, pactos insertos en escritura de donación, donación con reserva de la facultad de disponer, de usufructo, donación con cláusula de premoriencia... En relación a sus características propias analiza las cláusulas donde se prevé el efecto traslativo con las circunstancias concurrentes. En particular las cláusulas discutibles, porque exceden el área contractual y su eficacia depende de si invaden o no las reglas imperativas sucesorias. La dificultad de encuadrarlas en una u otra categoría tiene algunos supuestos realmente comprometidos, como la manera de entender el artículo 1341 CC sobre las donaciones matrimoniales de bienes futuros, y su alcance en orden a la capacidad, la revocación y la forma.

En general, la referencia a la vida del causante y del beneficiario añade un tinte o matiz aleatorio por la incertidumbre de la duración de la vida. El carácter aleatorio es obstáculo a la acción resolutoria. Si bien la contemplación del peligro de la muerte, la probabilidad de la duración de la vida, no es incompatible con los contratos conmutativos, no es irrelevante a efectos de la procedencia o no de la acción o eficacia de cláusulas resolutorias. La acción resolutoria es más propia de los conmutativos con reciprocidad de intereses que de los aleatorios donde la duración probable de la vida prolonga la incertidumbre de ganancia o pérdida.

El autor sigue un esquema que se basa en la distinción y los puntos de contacto entre actos de última voluntad y actos con eficacia *post mortem*: los límites discutibles, las razones de la diferencia, en qué casos una disposición es por naturaleza sucesoria y en qué otros no, el alcance en los efectos registrales de la transmisión del dominio o derechos reales, las posibles interrelaciones entre actos con efecto *post mortem* y de última voluntad, la interpretación y las acciones, las que evitan la burla de la normativa o los derechos sucesorios, las formalidades y el contenido de los pactos.

Las vías contractuales más frecuentes en la práctica, que el autor toma como paradigma o prototipo, son la donación *inter vivos* condicionada a la supervivencia del donatario y la estipulación a favor de tercero a causa de muerte. Otras figuras contractuales en relación con aquéllas logran efectos semejantes, sin dejar de ser atribuciones patrimoniales en vida del disponente o donante para el momento de la muerte. Coinciden en el empleo de mecanismos contractuales «idóneos» que, al margen, sin recurrir o «minar» al Derecho sucesorio, producen efectos diferidos total o parcialmente a la muerte del transmitente.

La jurisprudencia es propicia a su admisión a través del principio de libertad contractual establecido en el artículo 1255 CC. Contrasta la amplitud de criterio de la autonomía privada en los actos *inter vivos* con la disciplina más rígida a que se somete la autonomía de la voluntad en materia propiamente sucesoria, aunque nuestro sistema sucesorio, según defiende el autor refiriéndose al Código civil, es abierto.

Entre los supuestos concretos objeto de examen en este libro están comprendidas las figuras jurídicas que han superado el transcurso del tiempo y mantienen todavía interés y viva discusión por los conflictos y choque de principios que su frecuente aplicación suscita.

Sin duda que ponderar las posibilidades y alternativas de actos *extra testamentarios* es campo propicio para un estudio monográfico de conjunto.

Pero no obsta analizar en cada caso qué pretende el disponente, qué interés se propone garantizar al elegir este cauce, qué mecanismos pueden emplearse y qué límites encuentran su aplicación, es decir, qué función cumple en el acto con-

creto la previsión del cese de vivir, qué posición jurídica ocupa el beneficiario antes y después de producirse el evento previsto. En términos generales, asegurar al disponente contra otras transgresiones y al beneficiario o destinatarios contra la eventual revocación arbitraria o abusiva.

El período de tiempo transcurrido entre la formación del contrato, el que quisieron celebrar las partes y la consumación ulterior de tales actos discurre entre la vida del causante y la muerte, el fin es que lo que unifica y atrae hacia sí el régimen jurídico por la prestación preferente. No deja de ser, en expresión del autor, un enfoque pragmático.

Se trata de un estudio muy interesante no sólo por razón de la materia sino por las aportaciones de Derecho comparado, problemas del método sistemático, la solución del problema en sistemas diferentes, los puntos semejantes entre los diferentes sistemas jurídicos.

El doctor Albiez presta atención a las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, ofreciendo así un elenco amplio de posibles soluciones jurídicas contrastadas cada una de ellas en cada sistema al que las normas aplicables pertenece, en particular los sistemas francés, italiano y alemán. La diversidad cultural y geográfica sobre las formas de elegir, títulos por los que se puede disponer a favor de otro y el contenido, los derechos y obligaciones que nacen de ese título.

Por su influencia en el Código civil, es de notar que en Derecho francés, por la irrevocabilidad de las donaciones, se prohíbe la donación de bienes futuros y la donación con reserva de la facultad de disponer, y, por su proximidad a los pactos sucesorios, la donación de bienes futuros (art. 943 CC francés). La donación de cosa ajena es anulable y por tanto confirmable.

Paradójicamente, las liberalidades entre cónyuges son en Francia revocables y las otorgadas por razón de matrimonio admiten cláusula de revocación. Se diría que en el país vecino la irrevocabilidad, que es la regla de las donaciones entidadas como contrato, en unos casos es requisito de esencia y en otros elemento natural. La donación *post mortem*, ejecutable a la muerte del donante, es válida y confiere, antes del fallecimiento, al donatario un derecho de crédito a término, que puede ser garantizado. También es válida la donación con cláusula de reserva de usufructo en beneficio del donante o de un tercero (art. 946 CC francés), por el desplazamiento actual y definitivo de la nuda propiedad. Como cláusula usual, la de retorno convencional, según la cual la donación se resuelve y los bienes donados vuelven al patrimonio del donante si premuere el donatario. Cláusula prevista como válida en los artículos 951 y 952 CC francés, y se funda en que el donante quiere favorecer a una persona determinada pero no que los bienes pasen a manos extrañas¹. Mientras que los codicilos no: no reconocemos los codicilos propiamente dichos. El Derecho francés es concluyente: calificamos con el nombre de testamento todos los actos de última voluntad revestidos de las formalidades necesarias para su validez, que en este Código se establezcan. En Derecho alemán no existe tal recelo a los pactos sucesorios.

Como el autor no es historiador, la línea argumental no se detiene en tales vicisitudes históricas, no es un juicio histórico sino positivo, con base en el Derecho vigente.

Cuestión distinta es que invoque una línea histórica como antecedente, lo que hace siempre con recato y referencia a los historiadores que han estudiado la evo-

¹ *Droit patrimonial de la famille, Régimes matrimoniaux, successions libéralités partages d'ascendant indivision*. Bajo la dirección de Michel Grimaldi, Dalloz Paris, 1998, p. 728.

lución histórica, los precedentes romanos². No pocos problemas en que se detiene fueron discutidos en la historia, donde la distinción entre *iure ultimae voluntatis* y actos *inter vivos* se encontraba con privar la *libera testandi factio* o pactos contra *bonos mores*, pactos de renuncia inicuos, como la renuncia a una gran herencia por una modesta atribución inmediata, promesa con premio para excluir la libertad de testar, que se entendía viciada como condición torpe.

Se distribuye la materia en tres partes, que ocupan las 263 páginas, densas y nutridas de información.

Dedica la primera parte al marco general, donde en unas observaciones preliminares traza los confines entre los actos *inter vivos* y *mortis causa*, analiza la posibilidad de determinaciones patrimoniales en vida tendentes a la ordenación del fenómeno sucesorio, la validez y eficacia en el contexto del Derecho sucesorio. La segunda, a las donaciones, en particular la donación *mortis causa*, sin duda por ser la clásica variedad más estudiada por la doctrina, claro paradigma donde abundan resoluciones discrepantes sobre su admisión en los Tribunales. En esta parte incluye en el término genérico «otras» para exponer la analogía de contenido, formas de negocios atributivos *post mortem*. La tercera parte, acaso la más problemática por las incidencias económicas y tributarias, se dedica a las estipulaciones a favor de tercero *post mortem*.

Mientras que el testamento concita las cuestiones relativas a la forma y revocación como ser acto formal y esencialmente revocable y sus disposiciones se concentran en torno a la posición del heredero como sucesor y el legatario como adquirente, el pacto sucesorio de ordinario mira a terceros, vivientes o nacederos; origina y reglamenta el vínculo jurídico, su esfera rebasa la relatividad característica de los contratos y su desenvolvimiento se traduce en términos de cumplimiento e incumplimiento. Los efectos, al menos indirectos, en los pactos sucesorios se producen antes (en el texto está virtualmente contenido el contexto) y después de la muerte del o de los disponentes.

Punto de partida en este estudio son los pilares sobre los que se asienta el Código civil: la autonomía privada y la libre disposición, que sitúa el trabajo en el marco de la posible configuración actual sin la esclavitud del lastre histórico de prohibiciones desaparecidas, pero sin la acrítica postura de ignorar la experiencia, que tiene como lugar común la historicidad del Derecho. El pie forzado, el recelo ante los pactos hereditarios tan característico de los códigos latinos y la intangibilidad de la legítima (el orden público sucesorio), con la gama de acciones y excepciones que defienden el principio informador.

Dedica particular atención al estudio de las donaciones con efecto *post mortem*, que califica de acto de disposición, que se rigen por las reglas comunes a las donaciones *inter vivos* y, dentro de ellas, por las de origen contractual (arts. 618 y 621 CC).

Destaca el autor que en el Código civil la donación *mortis causa* ha perdido autonomía, ha sufrido, dice, la «condena» a que fue sometida por el legislador francés. En la donación con efectos *post mortem* hay, a su juicio, sólo una causa: el *animus donandi* y, en consecuencia, la muerte del donante no tiene como efecto la atribución patrimonial (cuya causa se encuentra en la misma donación). El

² La permanencia de este tipo de contratos y la continuidad histórica ha sido objeto de estudio en fecha reciente por CHARLES MIRAMON, *Les donnés au Moyen Âge. Une forme de vie religieuse laïque (1180-1580)*, Paris, 1999, p. 386. E. 82073. El estudio de los textos romanos que realiza D'ORS en el Código de Eurico (1960), 33, 233, es una obra clásica. Recientemente, sobre el particular se ha pronunciado ESPEJO LERDO DE TEJADA, en *La sucesión contractual en el Código civil*, Universidad de Sevilla, 1999, en especial en las pp. 97 y ss.

óbito señala el momento de la adquisición definitiva del bien donado por parte del donatario (p. 70). Parece que la distinción radica en el pensar en la muerte ante las circunstancias que concurren como motivo cualificado del acto *inter vivos* de otorgamiento y no querer todavía los efectos finales, que quedan supeditados al evento (*post mortem*). En definitiva, el efecto traslativo no nace directamente con la muerte, sino que deriva del acto sucesivo que provoca el desplazamiento. El donante no quiere desprenderse de los bienes en vida o recuperarlos cuando cese el peligro, sino ordenar la sucesión pensando en que el donatario le sobreviva o encargando a un tercero que cumpla en su caso la obligación de dar. Acaso la consumación y el agotamiento se identifican con las consecuencias fiscales de una o dos transmisiones. En Derecho histórico (como recuerda Vismara), el término *post mortem* concretaba los bienes existentes al tiempo de la propia muerte, también los adquiridos sucesivamente a la perfección de la *donatio*.

Llama la atención que el autor (que no sigue la antigua distinción entre teoría y práctica) no se recrea en encasillar los contratos en torno a las categorías generales o tipos clásicos de actos *inter vivos*, pero cuenta con ellas. De modo que donaciones onerosas, renta vitalicia a favor de tercero *post mortem*, con carácter indemnizatorio o remuneratorio, donaciones indirectas, como suscripción de un seguro de vida en beneficio de tercero, con el correspondiente de la prima, mandato *post mortem*, aceptado en vida y ejecutado en muerte, al producirse el desprendimiento una vez muerto el estipulante; pactos societarios con cláusula de sobrevivencia, pactos de alimentos, atribuciones asistenciales como albergar en casa, cuidados durante todos los días de la vida del disponente, deberes de asistencia, se encuadran en un mismo contexto, formas extratestamentarias de sucesión, no tanto por la estructura e identidad del acto como por la función (idoneidad) del desplazamiento efectivo, o, quizá mejor, definitivo *post mortem*. La renta vitalicia también puede programarse a favor de un tercero *post mortem*, para recompensar favores, garantizar las consecuencias de una ruptura matrimonial o recompensar el trabajo ajeno de que se beneficia el disponente. Aparte las precauciones sobre la licitud o ilicitud de algunas cláusulas como opuestas a las leyes o buenas costumbres.

La razón práctica aconseja centrarse en las estipulaciones y cláusulas más frecuentes para desde allí hacer la depuración, en su caso, de lo desaconsejable y seleccionar los pactos más adecuados a la realidad actual. La importancia de la calificación del tipo se debe a la acción ejercitable, el defecto de forma, las consecuencias que le son propias, la conversión conforme a otro tipo. Distintas causas, distintas consecuencias.

Aunque se refiere a las posibles formas y modalidades de las figuras que selecciona puede advertirse en este estudio una preocupación principal que toma como método de observación. De una parte, el alcance y modo de la transmisión o desplazamiento de bienes del patrimonio del causante al del beneficiario (la entrada y salida de bienes de un patrimonio a otro), disposiciones en usufructo (*tamquam usufructu*), en nuda propiedad como contraprestación o correspondiente, que comunica la concepción romana de propiedad con la de poseedor legítimo. De otra parte, si procede, la eventual revocación, o la retransmisión, reintegrar el bien, el valor, aspectos de singular interés en las donaciones, puesto que en los pactos más bien es la resolución la amenaza y, a su vez, la garantía o remedio del cumplimiento o incumplimiento.

En la primera parte del estudio, la que dedica a analizar la posibilidad y la confluencia, la línea fronteriza entre los negocios *inter vivos* y *mortis causa*, expresa la manera de enfocar las cuestiones con sentido pragmático, no doctrinario. Las concepciones dualistas clásicas se mueven entre el formalismo y la revo-

cación, la validez de pactos de irrevocabilidad confirmada o no (en Derecho histórico con juramento).

Si se califica de donación *inter vivos*, toda analogía con los legados o mandas carece de fundamento. No obstante, no cabe olvidar que el legado se ha entendido como donación hecha por testamento como ocurre en el Derecho de Navarra (leyes 165 a 171), donde se regula con extensión la donación *mortis causa*: entre legados y donaciones no hay solución de continuidad. La ley 170 prescribe expresamente que los bienes donados *mortis causa* no forman parte de la herencia y el donatario podrá tomar posesión de ellos sin intervención de los herederos o albaceas del donante.

Las donaciones *mortis causa* se diferencian de las *inter vivos*, según el contenido de los artículos 620 y 661 CC, en que las primeras producen sus efectos por muerte del donante sin vinculación actual, mientras que en las segundas, estos efectos se producen entre vivos, es decir, inmediatamente. Los efectos inmediatos y con vinculación actual caracterizan la donación *inter vivos* [según la STS de 2 de noviembre de 1999 (RJ 7999) el disponente no dona el piso, le da dinero para pagarlo; dos actos o contratos con causa diferente, donación dineraria y compra del piso con la reserva de que el donante tenga el derecho de disfrutarlo mientras viva; la donación no es *mortis causa* y la compraventa es válida]. La diferencia según la jurisprudencia está en que en las *inter vivos* la muerte es un motivo subjetivo, en las *mortis causa* la muerte se incorpora a la donación como causa específica y determinada [en este sentido, la STS de 29 de octubre de 1956 (RJ 3421)]. De modo que es *inter vivos* aunque la cosa no se entregue de momento y se reserve la entrega de bienes o cantidades, lo necesario para vivir, modalidad que no cambia la naturaleza del acto.

La vida jurídica, dice el profesor Jochen Albiez Dohrmann, está llena de manifestaciones contractuales concretas, que expresan la voluntad de querer disponer de bienes y derechos en vida en orden a beneficiar a una persona determinada para el momento de la muerte, sin que tengan que ser por ello disposiciones sucesorias. El mismo enunciado alude al aspecto positivo de ser manifestaciones de la voluntad comprendidas en la libertad de pacto (la ley del contrato) y negativo, sin ser atribuciones sucesorias propiamente dichas, aunque sus funciones sean parecidas, de bordear el recinto acotado por el Derecho imperativo sucesorio, el sector del orden público en materia de herencias (ley de la herencia). La identidad de actos *inter vivos* y la función *mortis causa* son el término de comparación³.

Cierto que la transmisión del patrimonio en vida del causante, en relación con las donaciones *omnium bonorum*, enlaza históricamente con la libertad de testar. La *donatio omnium bonorum*, en cuanto que quita la libertad de testar, salvo si el donante se reserva bienes o derechos como el usufructo.

Cuestión siempre viva, la *querella inofisiosae donationibus*. Es inoficiosa *re tantum*, *re consilio*, *animus* o propósito.

El enlace entre la vida del adquirente y la muerte del causante, la donación incierta de la vida, se encuentra ante el escollo de la sobrevivencia del beneficiario. Con ella hay que contar para la cesión del patrimonio, de pensiones⁴.

³ La donación *mortis causa* es convencional, aunque no requiere la notificación de la aceptación que hace irrevocable la donación ordinaria. En principio es revocable por la aproximación al régimen del testamento. Si se convierte en irrevocable es nula la revocación por oponerse al pacto, contravenir lo pactado.

⁴ La venta mediante renta vitalicia es contrato instantáneo, no de ejecución sucesiva, sólo la obligación del comprador está escalonada a la duración incierta de la vida. Es negocio aleatorio.

En cada caso habrá de preguntarse el intérprete qué se donó, qué efectos produjo tal donación en los patrimonios de donante y donatario, si persiste como deuda hereditaria.

El título negocio, como la «voluntad de querer», no es un marco dogmático, describe la ascendencia alemana del autor y su formación granadina, el valor de la voluntad y la sugerencia de la imagen.

En el estudio de cada figura examinada en este libro se hace una triple referencia: al acto en sí, a las normas en que se funda y a las reglas sucesorias de los bienes, dentro y fuera del patrimonio hereditario. Así, p.e., en la reserva de facultades dominicales en su caso, como la donación *reservato usufructu*, que figura en cláusulas controvertidas ante los Tribunales [STS de 3 de noviembre de 1988 (RJ 8407), en el supuesto controvertido, la pensión alimenticia a cambio de la nuda propiedad de unas fincas], el usufructo conjunto o sucesivo, ventas con reserva de usufructo, cláusulas de reversión, el pacto de revocación o el pacto expreso de irrevocabilidad.

Entre los indicios para calificar estos actos hay que contar con los pactos de convivencia, más frecuentes en la actualidad, por razones demográficas, las que llama prestaciones asistenciales. Los alimentos debidos a título de donación (*pro donationis*, que engloba los alimentos legales) suscitan en la práctica los problemas sobre el incumplimiento por parte del donatario o por el donante, como si abandona el domicilio, la renuncia a la prestación y la acción resolutoria prevista en el artículo 1124 CC, característica de las obligaciones recíprocas.

Quién adquiere, cómo, en qué condiciones y circunstancias. Las cláusulas de convivencia, obligaciones de vivir en la casa con el donante, pactos de asistencia, tiñen el contrato de causal o modal, *causa data causa non secuta*, como ocurre si el futuro matrimonio no llega a celebrarse o se frustra el fin del contrato: *si causa non est secuta ipso iure revocatur*. Expresamente, la ley 117 del Fuero Nuevo indica que las donaciones *propter nuptias* quedarán ineficaces si el matrimonio no llega a celebrarse o desde que fuera declarado *nulo*.

Ahora bien, con la previsión de la vida, de por vida, se tiñe un contrato, aunque sea por naturaleza conmutativo como la venta, de aleatorio.

El Derecho sucesorio cerca el ámbito de la libertad, la autonomía privada, más allá del modelo normativo que el Código Civil se propone difundir, es decir, el testamento, pero concreta allí donde se prohíbe la sucesión contractual.

También la confusión entre la muerte como motivo del acto y la muerte como causa, donación *mortis causa*, negocios atributivos a causa de muerte, *post* será el efecto suspensivo o el término resolutorio.

Un hecho: que sobreviva al causante; un efecto, que se transmita; una circunstancia, el contenido. La titularidad y el patrimonio hereditario (desplazamiento), el orden público sucesorio se concentra en la legítima, de protección y los acreedores del disponente. En un sistema sucesorio, ¿a quién se protege?, ¿por qué?

Atribuciones con carácter exclusivamente asistencial del disponente o de terceros, cargas o modos, en general, la *fiducia*. Donaciones simuladas con reserva de usufructo por el donante que no se impone como carga sino como derecho, lo que permite revocar la donación, no el usufructo, como actos separables [STS de 15 de junio de 1995 (RJ 2889)].

A mi modo de ver, la razón de la verdadera diferencia reside en que las atribuciones se ejecutan en muerte y se preparan en vida. A ello se debe que haya un período de espera y otro de consumación, lo que lleva a cuestionar qué adquiere el donatario, en qué momento, en qué patrimonio se encuentran los bienes, las expectativas reforzadas, la caducidad por supervivencia.

El suceder del tiempo determina e influye en las titularidades patrimoniales. Pudiera decirse que en estos negocios el tiempo es divisible, señala las variables, marca los objetivos diferentes pese a la identidad del negocio entendido como figura típica o atípica, como referencia.

La donación con efectos *post mortem* constituye el tema más desarrollado, hasta la tercera parte de la obra. Estudia, qué es, por qué normas se rige, qué efectos produce, en qué se diferencia, las varias formas de *donatio mortis causa*, los diversos motivos, sus diversos efectos y consecuencias procesales, qué otras formas especiales. La *donatio mortis causa* piensa en la vida, el donante no quisiera desprenderse de los bienes, contempla y teme el peligro de perderla, según el relato de la histórica *cogitatio mortis*. Los bienes donados se apartan del patrimonio hereditario en lo que consiste su ventaja, que los bienes pasen a persona o personas determinadas con quienes en vida el donante tuvo ocasionalmente más íntima relación. Corresponde la calificación de donaciones *mortis causa* a aquéllas en que el donante no tiene intención de perder la libre disposición de los bienes donados, aplicándose el régimen de la sucesión testamentaria [RDGRN de 6 de marzo de 1997 (RJ 2033)]. Es criterio jurisprudencial reiterado que la donación *mortis causa*, a la que se refiere el artículo 620 CC, no transfiere desde luego al donatario la propiedad de los bienes donados, hasta que se produzca la muerte del donante (entre otras muchas, SSTS de 24 de febrero de 1986, 13 de junio de 1994, 25 de julio de 1996).

Están latentes las diversas concepciones de la *donatio mortis causa* entre los romanistas, especialmente debatidas entre los siglos XI-XVI, sobre la naturaleza del acto, los límites y el interés práctico de la cuestión. Si es *contractus per se* o *species legati*. Los límites de la eventualidad no lejana de la muerte, si es contrato por celebrarse entre personas vivientes, con traslado por tradición a un beneficiario y derechos y obligaciones en vida. Si es legado, por estar subordinada a la premuerte del donante, sujeta a la Falcidia, revocable por cambio de voluntad como un legado ordinario. La razón práctica con respecto a los acreedores la aplicación del *consilium fraudis*.

En particular, al referirse a las normas se dirige a los sistemas alemán, francés e italiano por la distinta manera de entender los pactos hereditarios. Hay un algo que queda fuera de la ordenación sucesoria del patrimonio hereditario, y precisamente allí se encuentra la razón de ser.

A mi juicio hay que separar los patrimonios del donante y del donatario y delimitar el patrimonio hereditario, ya que hasta la muerte *nulla est hereditas*, en cuanto derecho personalísimo nadie puede ser heredado en vida. Separar lo que pasa y lo que no pasa a la masa de la sucesión, las reservas, renta vitalicia, alimentos, usufructo.

A esto se añade que en la práctica a la sobrevivencia se añade la convivencia, por donde se aproxima a otras figuras que con ser tan peligrosas no despiertan tanta precaución por ser previstos para la vida: pactos de alimentos insertos en convenios más detallados; pactos donde el plazo de duración coincide con la vida del beneficiario; ventajas en concepto de retribución jubilatoria [STS de 8 de julio de 1991 (RJ 5376), con motivo de un pacto entre la empresa y su fundador].

La reconstrucción original clásica y la compleja realidad en que operan, con los diversos motivos y efectos, las distintas consecuencias procesales, la contraposición entre la *condenatio pecuniaria* y la *condemnatio in ipsam rem*, que Gayo recuerda como precedente histórico, el problema de la propiedad y los *iura in re aliena* (*de mortis causa donationibus*) admite donaciones *mortis causa* de renta vitalicia (*quoad vivere*), caso de que se ocupó D. 39.6.34.

Dichos pactos y cláusulas cuentan en el tiempo con otras prohibiciones, algunas desaparecidas como la intangibilidad de los capítulos *post nuptias* y la contratación entre cónyuges, además de la composición de la familia cerrada o abierta a la filiación no matrimonial.

La estipulación a favor de tercero *post mortem* es una materia menos estudiada en la doctrina y la discusión se concentra acerca de su viabilidad. La revocación parece consustancial. El mandato *post mortem*, la *fiducia*, el seguro, son figuras nada sencillas, donde la buena fe y la tutela de la confianza amplían el arbitrio judicial. Con mayor motivo las pensiones, que en el ámbito laboral tienen un régimen específico.

En definitiva, es un estudio donde la multitud de supuestos reseñados permite sugerir hipótesis. Donde el análisis de las normas se enmarca en cada sistema con una seleccionada reseña bibliográfica y donde se traduce la preocupación del autor de no eliminar las instituciones sólo porque presenten riesgos, sino ver si tales riesgos están justificados de modo que sean posibles previsiones que puedan contar con la tutela efectiva. La actual sociedad abierta al exterior aconseja estos estudios.

A mi modo de ver, sería ventajoso describir el elenco de cláusulas con una valoración que permitiera al lector una visión de síntesis sin la pérdida del detalle con que se han descrito. Esta tarea queda al lector, son objeciones no sustanciales sino de método.

Por lo que se refiere al autor, he tenido la oportunidad de seguir los primeros pasos de su andadura científica y me complace constatar de nuevo su indiscutible talante universitario, la disposición hacia los problemas que requieren tiempo por delante y la generosidad de profundizar en los problemas jurídicos y presentarlos como lo siente a la crítica, dejando a los demás la última palabra, previamente decantados los posibles significados, opciones o alternativas de solución.

Como objeciones ocasionadas por la sistemática puede señalarse la reiteración y la falta de una valorada selección de cláusulas admitidas y rechazables por razones fiscales, campo del que el autor del libro no es especialista pero no deja de ser cuestión actual. Las instituciones que no caben en el filtro fiscal acaban en un (acaso lamentable) desuso.

Es un libro que surge de la investigación en materia nada sencilla, que afecta al Derecho civil y mercantil, y donde el Derecho foral abre un abanico de posibilidades que en el Código no eran en su origen pensables.

Esto indica la predisposición de las fuentes, que aconseja señalar el significado de las estipulaciones. ¿Por qué divergen los sistemas? ¿En qué?

Hay contratos que responden a causa distinta, como los aleatorios, la renta vitalicia, donde el conflicto se produce por la debilidad del crédito de la pensión correlativo a la transmisión de presente de una cosa, de un patrimonio, de una suma. El *mandatum post mortem*, aceptado en vida y ejecutado después de la muerte, asume nuevos significados y contenido, enlaza con la posible renuncia a la revocación si los intereses no se desvían de la justa causa. No deja de ser una vía abierta a la confianza, de indudable extensión al Derecho sucesorio cuando, con mayor motivo, han desaparecido del Código civil las memorias y codicilos.

En el ámbito bancario, los depósitos bancarios de dinero a la vista, de títulos valores, con cláusula de designación con tercero beneficiario, cuentas indistintas, servicios de cajas de seguridad, han creado un uso de los negocios que cuenta con el apoyo de una jurisprudencia a la vez prudente y progresiva [se caracterizan por su «notoria pobreza de esquemas legales», según se lamenta la STS de 2 de julio de 1986 (RJ 3635)], de que se ocupa el libro.

En definitiva, el marco en que se mueve el autor, los actos atributivos en vida, recuerda en el plano de la «fuerza de ley» al Derecho transitorio: el tránsito de los bienes entre la vida y la muerte del disponente, entre la espera y la esperanza del beneficiario; en último término, el modo en que opera la muerte entre la atribución y la adquisición. Que la muerte no será un vacío jurídico ni un rincón de tormentas entre los beneficiarios por la voluntad del causante y la tutela efectiva de otros interesados legítimos.

José Antonio DORAL GARCÍA
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Navarra

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *Los deberes de protección del deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral*, ed. Civitas, Madrid, 2000, 519 pp. Prólogo de Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

1. El carácter complejo que reviste la relación obligatoria hace que la misma no pueda describirse como la simple correlación entre el deber del deudor de ejecutar la prestación y el derecho del acreedor a recibirla, sino que de aquélla derivan asimismo una serie de deberes accesorios, al servicio de la prestación principal, y de deberes de protección; el objeto de éstos es prevenir y evitar que el deudor ocasione daños al acreedor, ya sea en su persona ya en su patrimonio, con ocasión del vínculo que les une o, si se quiere, del contacto social a que la relación obligatoria da lugar entre ambas partes. Al estudio de dichos deberes de protección dedica esta monografía el Catedrático de Derecho civil Antonio Cabanillas, abordando no sólo los que derivan de contratos ya perfeccionados (deberes contractuales de protección) sino también los que se manifiestan en la etapa precontractual (deberes precontractuales). Como refleja el título de la monografía, su análisis en el campo contractual se extiende al Derecho Civil, al Mercantil y al Laboral, dando un marcado carácter interdisciplinar a su estudio; este planteamiento se halla plenamente justificado, pues entre los ámbitos propicios para el reconocimiento de deberes de protección siempre han ocupado un lugar relevante el contrato de trabajo (en cuyo marco el empresario está obligado a velar por la seguridad e higiene en el trabajo de sus empleados) y el de transporte, sin perjuicio de su posible apreciación en otros contratos (como el de prestación de servicios o el de arrendamiento), con motivo de cuya ejecución el deudor puede afectar a la esfera personal o patrimonial del acreedor. En cuanto al método, en la obra se recurre constantemente al Derecho comparado, exponiéndose de manera muy detallada el estado de la cuestión en Alemania, Francia e Italia sobre cada uno de los aspectos tratados, mas no para trasponer automáticamente a nuestro ordenamiento las respuestas dadas en aquéllos sino para destacar, en las consideraciones críticas que cierran la exposición de los diversos temas, las coincidencias y divergencias con las soluciones que a la luz de nuestro Derecho positivo cabe mantener y a cuya concreción va encaminado el análisis realizado por Cabanillas.

Por todo lo dicho, y porque la monografía no se limita al análisis de la doctrina existente en la materia sino que abarca también su tratamiento jurisprudencial en un afán de determinar las implicaciones prácticas de los diversos enfoques teóricos a propósito de los deberes de protección, la obra de Cabanillas es de obligada consulta para todo el que busque una visión global, concienzuda y detallada